

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: Anual.

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 LXI  
MMVIII

MINISTERIO DE JUSTICIA  
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA  
Boletín Oficial del Estado

Madrid, 2009

---

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

Reservados todos los derechos.

---

NIPO (BOE): 007-09-001-8

NIPO (M. de Justicia): 051-09-005-4

ISSN: 0210-3001

Depósito legal: M-126/1958

---

IMPRENTA NACIONAL DEL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO

Avda. Manoteras, 54. 28050 Madrid.

## Fin de protección de la norma e imputación objetiva (1)

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid

### A. INTRODUCCIÓN

A la teoría de la imputación objetiva pertenece, como uno de sus criterios esenciales, tal como sostiene, entre otros, mi eminente y querido amigo Jorge de Figueiredo Dias (2), el del fin de protección de la norma.

Sin embargo este criterio es rechazado, minoritariamente, por algunos autores, de entre los cuales quiero referirme solamente a dos.

Así, Frisch opina que «el “fin de protección” como instrumento rector para encontrar el contenido del Derecho es prácticamente insertible» (3). No obstante este rechazo de principio por parte de Frisch del criterio del fin de protección de la norma, la realidad es que, cuando se enfrenta con casos concretos, continuamente acude a ese criterio para alcanzar una solución (4).

---

(1) El presente trabajo se ha publicado en Portugal, en el libro-homenaje a Jorge Figueiredo Dias, y se enmarca dentro del Proyecto I+D del Ministerio español de Educación y Ciencia SEJ2006-06594/JURI, proyecto del cual soy el investigador principal.

(2) Cfr. *Direito penal*, Parte Gral I, 2.ª ed., 2007, pp. 339 ss.

(3) *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, p. 81; cfr. también pp. 82 ss., p. 85 n. 68.

(4) Cfr. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, 1988, p. 395 («el sentido de la prohibición»), p. 433 n. 205 («el problema decisivo no reside, sin embargo, en la cuestión de si se ha realizado un riesgo creado por el autor, sino también en si la dimensión específica del riesgo que se ha realizado posteriormente *cae dentro del ámbito de las dimensiones de riesgo por cuyo motivo se ha prohibido el comporta-*

Por su parte, Degener, después de afirmar que «la solución de la mano del “fin de protección de la norma lesionada” se muestra bien como una variante no-fiable –porque se ajusta de manera incorrecta–, bien como un aditamento jurídico insustancial» (5), dedica el resto de su monografía a explicar por qué, en su opinión, debe ser rechazado este criterio (6).

En lo que sigue voy a tratar de demostrar, ejemplificándolo con tres casos concretos, cómo el fin de protección de la norma es el único método interpretativo que permite alcanzar una solución razonable y fundamentada en numerosos supuestos de hecho.

## B. DAÑOS POR SHOCK (SCHOCKSCHÄDEN)

Dentro de los daños por shock –expresándolo más gráficamente: de la «muerte (o de las lesiones) por susto»– hay que distinguir dos supuestos: cuando el daño por shock es sufrido por la propia víctima del delito y cuando quien lo padece es algún familiar de o persona próxima a la víctima, quienes fallecen de un infarto al tener noticia del homicidio imprudente que ha sufrido la persona querida.

### 1. Daños por shock que sufre la propia víctima

a) En el supuesto de hecho que sirve de base a la sentencia del TS de 27 de febrero de 2001, A. 1343 («caso de la muerte por susto»), el automóvil que conducía el acusado, Juan Pedro G. P., a consecuencia de un adelantamiento antirreglamentario, chocó con el vehículo pilotado por Rafael M. M., quien «sufrió erosiones superficiales en cadera izquierda, codo, mano izquierda y cara anterior de la zona tibial izquierda, hematoma en flanco y clavícula izquierda a nivel de la musculatura», cursivas añadidas), p. 459 («el sentido de la norma»), p. 557 («tales “resultados” se encuentran evidentemente fuera del campo de protección de las normas de comportamiento que obligan a una intervención quirúrgica»), p. 559 («cuya evitación [del resultado] persigue la norma de comportamiento»). V. también *Frisch*, Tipo penal e imputación objetiva, 1995, p. 110 («se precisará tan sólo observar si se ha realizado o no uno de estos cursos causales abarcados por el ámbito de protección de la norma o un curso ajeno a dicho ámbito»), p. 112 («falta el requisito de la realización de un peligro desaprobado, en el sentido de que se haya materializado un curso causal cuya posible emergencia fuera la razón en virtud de la cual se prohíbe determinada conducta»).

(5) «Die Lehre vom Schutzzweck der Norm» und die strafgesetzlichen Erfolgsdelikte, 2001, p. 184

(6) Cfr., *op. cit.*, pp. 225 ss., 258 ss., 281 ss., 390 ss. y 425 ss.

culatura costal y posible fractura costal, impacto y situación que le provocó una fuerte situación de estrés, siendo inmediatamente trasladado en ambulancia al Hospital de San Juan, donde entró con un intenso dolor torácico, sensación de ahogo por falta de aire e insuficiencia respiratoria clínica que resultó ser un cuadro de infarto agudo de miocardio que le sobrevino como consecuencia del accidente y que causó su muerte sobre las 17.30 horas». En los Fundamentos de Derecho de la sentencia se expresa, para rechazar el primer motivo de casación de la defensa del acusado, que «la pretendida insuficiencia de prueba no puede estar referida al posible nexo causal entre el traumatismo sufrido por la víctima y su posterior fallecimiento, porque dicho nexo no ha sido afirmado en la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida, sino *a la relación entre la vivencia de la fuerte angustia desencadenada en la víctima por el accidente y el infarto agudo de miocardio que fue la causa inmediata de la muerte*. La afirmación de esta relación en el fundamento jurídico primero de la sentencia no carece de base probatoria en los autos de la instancia. En el informe de la autopsia *se descarta la etiología traumática del infarto, porque no se advierten signos de traumatismo directo en la zona cardíaca, pero se admite la posibilidad de una situación de estrés físico o psíquico, actuando sobre una persona que había sufrido anteriormente un pequeño infarto asintomático*. A la vista de este informe y de su ampliación en el juicio oral, así como del informe médico propuesto por la Defensa –que emitió su dictamen sobre la base de los datos que obraban en las actuaciones– el tribunal de instancia pudo elaborar fundadamente su criterio según el cual *el resultado de la muerte únicamente fue resultado de la dramática vivencia soportada por la víctima en el accidente*. Vivencia ciertamente angustiosa, primero por la advertida inevitabilidad de la colisión, después por la experimentación de las heridas encontrándose todavía en el interior del vehículo» (cursivas añadidas). Sobre la base de todas estas consideraciones, es decir: de que el comportamiento del acusado –el adelantamiento antirreglamentario que causó las lesiones– fue indubitadamente imprudente, y de la igualmente indubitada existencia de relación de causalidad entre ese comportamiento imprudente y la muerte por infarto sobrevenida a la víctima, la sentencia del TS de 27 de febrero de 2001 confirma la condenatoria por un delito de homicidio imprudente que había dictado el tribunal de instancia, sin que entre ni siquiera a considerar si la «irregularidad» del proceso causal (muerte, no a consecuencia de los traumatismos físicos sufridos, sino del «susto» que el accidente desencadenó en la víctima) podría excluir la imputación objetiva.

b) Por lo que se refiere a los daños por shock sufridos por la propia víctima, Frisch (7) excluye la imputación objetiva del resultado argumentando que «si se quisiera impedir todo comportamiento que puede llevar posiblemente a un shock, a excitaciones, y, con ello, a ulteriores menoscabos de otros, ello conduciría a una intolerable limitación de la libertad de actuación» (8), mientras que Roxin se manifiesta en el siguiente sentido, al comentar un caso de la jurisprudencia alemana en el que la víctima sufrió un ataque al corazón al ser adelantada imprudentemente por otro vehículo: «El peligro de que alguien sufra un ataque al corazón por un susto se incrementa siempre, si bien de manera insignificante, con el comportamiento de conducción automovilística incorrecta de un tercero. Pero el incremento es demasiado pequeño como para que el resultado aparezca como imputable. La finalidad de los preceptos que regulan la circulación es evitar, no menoscabos anímicos, sino menoscabos físicos inmediatos» (9).

c) En mi opinión, a la consecuencia de ausencia de imputación objetiva por la «muerte por susto» se llega –sobre la base del criterio del fin de protección de la norma– teniendo en cuenta los delitos de peligro abstracto o concreto para la vida o la integridad física regulados en el Código Penal.

Y así, por ejemplo, el artículo 316 CP castiga a «[l]os que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física»; los artículos 341, 342 y 343 CP recogen, como delitos de peligro concreto para la vida o la salud de las personas, la «[liberación] de energía nuclear o elementos radiactivos, ... aunque no se produzca explosión», la «[perturbación] del funcionamiento de una instalación nuclear o radiactiva, o alter[ación] [d]el desarrollo de actividades en las que intervengan materiales o equipos productores de radiaciones ionizantes», y la «expo[sición] de una o varias personas a radiaciones ionizantes»; el artículo 346, la «provoca[ción] [de] explosiones o utilización [de] cualquier otro medio de similar potencia destructiva... cuando los estragos comportaran necesariamente un peligro para la vida o la integridad de las personas»; el artículo 348, «la fabricación, manipulación, transporte,

(7) Cfr. Tatbestandsmäßiges Verhalten, 1988, pp. 397 ss.

(8) *Op. cit.* p. 399.

(9) Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 4.<sup>a</sup> ed., 2006, § 11 n. m. 77; v. también *el mismo*, Evolución y modernas tendencias de la teoría del delito en Alemania, 2008, pp. 25/26. En idéntico sentido *Rudolphi*, JuS 1969, p. 553.

tenencia o comercialización de explosivos, sustancias inflamables o corrosivas, tóxicas y asfixiantes..., poniendo en concreto peligro la vida, la integridad física o la salud de las personas»; el artículo 349, «la manipulación, transporte o tenencia de organismos [que] contraviniere[n] normas o medidas de seguridad establecidas, poniendo en concreto peligro la vida, la integridad física o la salud de las personas»; el artículo 351, la «provoca[ción] [de] un incendio que comporte un peligro para la vida o integridad física de las personas»; el artículo 352, el «incendi[o] [de] montes o masas forestales», con «peligro para la vida o integridad física de las personas»; el artículo 361, la expendición o despacho de «medicamentos deteriorados o caducados, o que incumplan las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad y eficacia, o sustituyan unos por otros, y con ello pongan en peligro la vida o salud de las personas»; el artículo 361, la puesta a disposición de deportistas de sustancias dopantes que «pongan en peligro la vida o la salud de las personas»; y el artículo 631, a los «dueños o encargados de animales feroces o dañinos que los dejaren sueltos o en condiciones de causar mal». Finalmente, y por lo que se refiere a los «delitos contra la seguridad del tráfico», los artículos 379 ss. CP configuran como delitos de peligro abstracto o concreto, la conducción a una velocidad excesiva o «bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas», la conducción de «un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta, [poniendo] en concreto peligro la vida o la integridad física de las personas», o «con consciente desprecio por la vida de los demás».

Todos estos delitos de peligro para la vida o la integridad física *tienen en común*, se tipifican como tales porque, *potencialmente*, son *posibles antecedentes* de homicidios o de lesiones imprudentes consecuencia bien de *traumatismos físicos*, bien de la incidencia nociva, *igualmente física*, que determinados agentes o sustancias pueden provocar en el organismo humano. Un obrero *corre el peligro* de caerse por el hueco de un edificio en construcción en el que no están instaladas las preceptivas vallas protectoras, y de romperse *físicamente* una pierna o de fallecer a consecuencia de un *traumatismo craneal*; una persona puede *estar expuesta* a sufrir *daños físicos* en su organismo si ingiere alimentos deteriorados o sustancias dopantes; los sujetos que se encuentran próximos a lugares donde tienen lugar explosiones o incendios se hallan *sometidos al riesgo* de sufrir *físicamente* destrozos o quemaduras, de la misma manera que la suelta de animales feroces es apta para *poner en peligro* a desprevenidos viandantes de ser víctima de mordeduras *físicas* en su cuerpo; y, finalmente, las conduc-

ciones imprudentes de vehículos pueden hacer *peligrar físicamente* la vida o la integridad de las personas.

Si, por consiguiente, todos estos delitos de peligro contienen actividades que entrañan *amenazas físicas* para las personas –*adelantándose* así la protección penal a conductas de mero riesgo–, cuando tales conductas se materializan –desplazando entonces el delito de lesión al de peligro– en un *resultado lesivo*, éste tiene que consistir también en uno de carácter *físico*. Ciertamente que las vivencias angustiosas que han experimentado, por ejemplo, el propietario de una fábrica a quien, sin haber estado expuesto a los efectos devastadores del siniestro, se le comunica telefónicamente que su inmueble ha sido destruido por la explosión imprudente causada por un tercero, o un excursionista que, sin estar amenazado en ningún momento por las llamas, presencia los pavorosos destrozos que está causando un incendio forestal, o el pacífico morador que, aunque su integridad física nunca ha estado en peligro, se despierta sobresaltado a las tres de la madrugada en su dormitorio porque un conductor imprudente ha empotrado su camión contra el comedor del hogar de aquél que se encuentra lidiando con una curva peligrosa, pueden colocar, *excepcionalmente*, a todas esas personas víctimas de la imprudencias ajenas al borde de un infarto que amenaza su salud o su vida. Sistemáticamente, sin embargo, es obvio que si esos delitos de peligro «comportan necesariamente un peligro para la vida o la integridad de las personas», tal peligro *sólo será típico* si se ha manifestado como riesgo de sufrir daños físicos –porque, por ejemplo, el propietario de la fábrica ha estado a punto de ser alcanzado físicamente por la explosión, o el excursionista de sufrir daños en su salud, o de perecer, bajo el efecto de las llamas, o nuestro pacífico morador de ser arrollado físicamente por el camión que ha embestido contra su casa–, y *no será típico*, en cambio, si, ante el susto sufrido, ese propietario, ese excursionista y ese morador, que no han corrido riesgo alguno de naturaleza fisicotraumática, *han estado a punto de padecer un ataque al corazón* (10). Porque si dichos delitos de peligro quisieran abarcar asimismo el riesgo de sufrir un infarto de miocardio, entonces no se entiende por qué no se han tipificado también –igualmente como delitos de peligro para la vida o para la salud– comportamientos tales como la tentativa de violación o de una estafa que arruinaría al sujeto pasivo, o –al margen ya de conductas base

(10) Naturalmente que no se discute que los autores de la explosión, del incendio y de empotrar imprudentemente el camión, deben responder por los daños materiales que han causado: lo que se discute es si deben responder, *además*, como autores de delitos de peligro, por los riesgos de infarto que esos resultados han provocado en otras personas.

delictivas como lo son las tentativas de esos hechos punibles— otras que no tienen ab initio ese carácter delictivo, como lo pueden ser la indiscreción que una amiga hace a una esposa enamorada de que su marido tiene una amante y está pensando en divorciarse, o la revelación que una persona hace a un padre de que tiene un hijo heroinómano, o la comunicación a un enfermo de que padece un cáncer de páncreas incurable, ya que todas estas conductas, si bien no son idóneas *físicamente* para causar muertes traumáticas, sí que lo son para producir *situaciones de estrés* análogas en intensidad a la que experimenta la persona a la que se le comunica que la fábrica de su propiedad ha quedado reducida a escombros por una explosión imprudente, o el excursionista testigo de un incendio devastador, o el habitante de una casa que a las tres de la madrugada se despierta sobresaltado por el ruido ensordecedor de un camión que ha dejado su comedor para el arrastre. De donde se sigue: Si *todos los delitos de peligro para la vida o la salud* tipificados en el Código Penal tienen como *denominador común* que son aptos para generar *riesgos físicos* para esos dos bienes jurídicos, ello sólo puede obedecer a que era precisamente en esa clase de riesgos físicos en los que pensaba el legislador cuando fueron creados y no en los riesgos primariamente anímicos a los que, en una cantidad despreciable de supuestos, también pueden dar lugar, por lo que estos últimos quedan fuera del ámbito de protección de la norma. Y si ello es así, si los numerosos delitos de peligro para la vida y para la salud contemplados en el Código Penal encuentran su explicación en la característica común de que suponen una amenaza fisicotraumática para esos dos bienes jurídicos —porque todos ellos son aptos para desencadenar tal amenaza y porque otras conductas que podrían originar vivencias angustiosas de la misma intensidad anímica que esos delitos de peligro no han sido recogidos como tales por la ley penal—, ello sólo puede querer decir que *quedan al margen de esos tipos* riesgos para la vida o para la salud derivados, no de un riesgo reconducible a una incidencia fisicotraumática, sino a otra de carácter primariamente anímico, por lo que hay que concluir: si en el delito de peligro —por ejemplo, en la explosión de un inmueble, en un incendio imprudente o en el choque de un camión contra una casa— sólo es típico el riesgo de morir o de resultar lesionado a consecuencia del *impacto material como tal* de la explosión, del incendio o del choque en cuestión —y no a consecuencia del impacto primariamente anímico que puede causar en el propietario de la fábrica la noticia de que ésta ha quedado reducida a escombros, o en el excursionista la imponente dimensión del incendio forestal que está presenciando, o en el morador el tremendo destrozo que un camionero imprudente ha provocado

en su casa–, entonces, cuando el delito de peligro se materializa en uno de lesión, también para éste debe regir lo mismo –el homicidio imprudente debe ser causado por un impacto material como tal y no por otro de naturaleza primariamente anímica–, porque no puede ser que lo que no es típico para el antecedente (para el delito de peligro) lo sea para su materialización (para el delito de lesión).

d) Por esta razón, porque, como se deduce de una interpretación sistemática de los delitos de peligro para la vida y la salud, en donde se han agrupado conductas potencialmente antecedentes de homicidios o lesiones culposas, las muertes imprudentes reconducibles, por ejemplo, a infracciones de la circulación deben tener su origen en lesiones fisicotraumáticas, y no en impactos primariamente anímicos consecuencia de vivencias angustiosas, hay que concluir que en el «caso de la muerte por susto» el autor sólo debería haber sido condenado por lesiones imprudentes y no por un homicidio.

## 2. Daños por «shock» que sufren terceras personas

Cuando son terceras personas las víctimas de los daños por «shock» –por ejemplo, la madre del accidentado sufre un infarto mortal al tener conocimiento de que su hijo ha muerto atropellado por un autor imprudente–, la doctrina dominante excluye la imputación objetiva, argumentando que el ataque al corazón que ha padecido esa madre cae fuera del ámbito de protección de la norma que impone la obligación de circular prudentemente en las carreteras (11).

Teniendo en cuenta lo que se ha expuesto supra 1 sobre los daños por «shock» causados a la propia víctima del accidente, es fácil de fundamentar por qué esas «muertes por susto» provocadas en terceras personas no pueden ser imputadas objetivamente: porque, sobre la base del principio del fin de protección de la norma, si ni siquiera la

---

(11) Cfr., en este sentido, ROXIN, *Honig-FS*, 1970, pp. 141/142; *el mismo*, AT I, 2006, § 24 n. m. 44 («No puede negarse que, por ejemplo, la muerte imprudente de un ser humano puede poner en peligro también la salud de las personas que le eran cercanas. Pero sería ir demasiado lejos... si se quisiera imputar jurídicopenalmente esos efectos al primer causante. Al fin de protección de la prohibición jurídicopenal de matar o de lesionar no le corresponde preservar de los efectos corporales de conmociones anímicas a otras personas distintas del primer afectado»); SCHÜNEMANN, JA 1975, p. 720. También FRISCH (cfr. *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, 1988, pp. 397 ss.; *Tipo penal*, 1995, p. 52) niega la responsabilidad penal del autor por el infarto sufrido por la madre de aquél a quien ha atropellado, pero considerando que aquí estamos ya ante una ausencia de conducta típica, y no de imputación objetiva, y tratando de fundamentar su posición en consideraciones distintas al criterio del fin de protección de la norma (criterio que, como hemos visto supra A, Frisch rechaza sin razón).

muerte como consecuencia de la vivencia dramática experimentada por quien ha sido *víctima directa del accidente* es imputable al autor imprudente del atropello, mucho menos aún puede imputarse a este último la misma «muerte por susto» sobrevinida a una tercera persona vinculada afectivamente con esa víctima.

## C. EL «CASO DE LA REACCIÓN DE PÁNICO»

### 1. La sentencia del TS de 27 de enero de 1984

El «caso de la reacción de pánico» (12), resuelto por el TS en su sentencia de 27 de enero de 1984, A. 421, consiste en un supuesto en el que el conductor de una furgoneta, M, invadió imprudentemente el arcén, precipitándose sobre tres peatones que caminaban por aquél, logrando dos de ellos, P y V, esquivar el vehículo, falleciendo el tercero, S, en el acto, al ser atropellado por el conductor; inmediatamente después de sucedido ese atropello mortal, V, espantada por lo ocurrido y viendo el cuerpo tendido de S, «salió corriendo presa de pánico y llamando a la esposa de S que se acababa de separar del grupo, yendo a precipitarse bajo las ruedas de un vehículo que circulaba en sentido contrario y que la atropelló sin que su conductor pudiera hacer nada por evitarlo», causando ese segundo atropello a V lesiones que tardaron en curar 93 días.

El TS condena a M, como no podía ser de otra manera, por un homicidio imprudente en la persona de S, y, además, y ahí reside lo discutible del caso, también por otro de lesiones imprudentes, imputándosele las que V había sufrido al ser atropellada por el segundo vehículo, fundamentando el tribunal esta última condena en que, por una parte, el conductor M actuó imprudentemente al invadir el arcén («... partiendo de la culpabilidad cierta, evidente y no discutida del procesado y hoy recurrente...») y en que, por otra, entre esa conducta imprudente y el atropello ulterior de V existió relación de causalidad (de condicionalidad): «no hay que olvidar que aquí [en la muerte causada directamente por M a S] *no acaba la relación causal* que se sigue con los factores desencadenantes de la acción del procesado, toda vez que espantada Victoria H. por lo ocurrido y viendo el cuerpo tendido de Santiago M., salió corriendo presa de pánico y llamando a la esposa de éste que se acababa de separar del grupo, yendo a precipitarse sobre

---

(12) Así lo denomina CANCIO, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, 2.ª ed., 2001, p. 364, n. 477.

las ruedas de otro vehículo que circulaba en sentido contrario al en que lo hizo el procesado y que la atropelló sin que su conductor pudiera hacer nada por evitarlo, pues no hay que olvidar la matización muy elocuente de los hechos contenida en los considerandos correspondientes y que se incorporan al *factum* conforme a lo dicho anteriormente, de que la ciega carrera de Victoria *vino motivada por la inicial acción temeraria del conductor y procesado*, creador de la situación de peligro, que provocó el anímico estado de terror y espanto y que fue el factor de que no adoptase precauciones en su loco afán de alejarse del lugar donde estuvo a punto de perder la vida y con la finalidad de avisar a su amiga del trágico fin de su esposo...» (cursivas añadidas).

La sentencia del TS basa su condena de M por las lesiones sufridas por V al ser atropellada por un segundo vehículo, por tanto, y en primer lugar, en que su conducta al invadir el arcén fue –como efectivamente lo fue– imprudente, y, en segundo lugar, en que entre esa conducta y las lesiones existió relación de causalidad, como efectivamente existió, ya que, si M no hubiera matado imprudentemente a S, V no habría huido despavorida del lugar de los hechos, entrando en la carretera donde fue atropellada por el segundo vehículo, ni habría resultado tampoco, en consecuencia, lesionada. Pero esta sentencia parte del esquema tradicional: imprudencia + relación de causalidad = responsabilidad penal, desconociendo, así, que esos dos elementos no bastan para decidir la atribución del resultado, sino que para ello es preciso, *además*, que al causante imprudente de la lesión de un bien jurídico ésta le pueda ser imputada objetivamente.

## 2. Las opiniones doctrinales

Sobre si el conductor M responde o no por las lesiones de V, la doctrina está dividida.

Luzón Peña, quien distingue en el delito imprudente entre autores y partícipes, estimando que estos últimos son siempre impunes (13), aplica esos principios al presente caso, llegando a una primera conclusión de que la víctima V sería «autora imprudente de sus propias lesiones», mientras que «C no sería autor, sino un mero partícipe objetivo», por lo que, partiendo de la atipicidad de la participación imprudente en una autoría imprudente, habría que estimar –al margen de la teoría de la imputación objetiva– que C no respondería de las lesiones sufri-

(13) Para una crítica de esta tesis cfr. sólo GIMBERNAT, *Ensayos penales*, 1999, pp. 361 ss.

das por V (14). Sin embargo, y teniendo en cuenta ulteriores peculiaridades del supuesto de hecho de esta sentencia del TS de 27 de enero de 1984, Luzón Peña —que equivocadamente trata de resolver los problemas de imputación objetiva, en gran medida, con la teoría de la participación (15)— modifica esa primera conclusión, llegando a la definitiva de que *C debe responder de las lesiones de V*, ya que, como ésta entró en la carretera en un «anímico estado de terror y espanto», aquél debe ser considerado, no partícipe imprudente de las autolesiones imprudentes que, como autora material, se autocausa V, sino, porque la actuación de ésta «no [es] libre ni responsable», *autor mediato* de esas lesiones, ya que, para causarlas, se ha servido, *como instrumento*, de la propia víctima: hay que «concluir afirmando que C es *autor (mediato) imprudente de las lesiones de V*» (16).

Frente a la opinión del TS y de Luzón Peña de que el conductor M debe responder por las lesiones que se autocausó V, otro sector de la doctrina mantiene, a partir de una contribución de Silva, y sobre la base del criterio del fin de protección de la norma, que a aquél no le son objetivamente imputables los menoscabos en la integridad física de ésta: «En definitiva, la norma infringida (de prudencia en el tráfico) no puede abarcar dentro de su ámbito de protección la evitación de resultados como las lesiones producidas, pues en principio no son algo que ella pueda impedir: también accidentes producidos fortuitamente, con completo respeto de las normas de tráfico, pueden dar lugar perfectamente a reacciones como las de V. y a accidentes como el segundo que se produjo. Estos, aunque fueran previsibles, no son algo que la norma pueda evitar. De ahí que deba excluirse la imputación objetiva de las lesiones de V. a la conducta de M.» (17).

(14) V. LUZÓN PEÑA, *Derecho penal de la circulación*, 2.<sup>a</sup> ed., 1990, p. 98

(15) „[S]i ... no hay autoría sino mera participación imprudente la conducta es impune y ya no tiene sentido acudir a la imputación objetiva» (LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal*, PG I, 1996, p. 385).

(16) LUZÓN PEÑA, *Derecho penal de la circulación* 1990, p. 100 (cursivas añadidas). V. también *el mismo*, PG, 1996, p. 510: «... actuación imprudente de un conductor (autor mediato), que invade un arcén o la acera arrollando a alguno de los peatones, provoca una gran conmoción y alteración de ánimo de otro de los peatones, que por ello sale corriendo y cruza sin ningún cuidado la calzada, siendo atropellado (instrumento imprudente de su propia autolesión)». En el mismo sentido que LUZÓN PEÑA, en relación al «caso de la reacción de pánico», se ha pronunciado GARCÍA ÁLVAREZ, *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular*, 1999, pp. 345 ss. con nota 119.

(17) SILVA, LI 1409 (1984), p. 3. V. también SILVA, ADPCP, 1987, p. 469, n. 76: «considero que el fin de protección de la norma lesionada por el conductor no puede abarcar la evitación de las conductas que terceros realicen al ver el resultado del primer proceso. Concretamente: no creo que dicho fin de protección pretenda evitar (a diferencia de LUZÓN, p. 104) que otros peatones salgan desparavidos al ver

Por su parte, Cancio (18) sostiene que el dato de la «irresponsabilidad situacional (reacción de pánico)», es decir: el consentimiento viciado con el que la víctima se autocoloca en una situación de peligro justifica por qué no se pueden imputar al conductor las lesiones que la víctima se causa a sí misma; de donde parece deducirse, a contrario, que, para Cancio, si la víctima hubiera invadido imprudentemente la calzada *no presionada por el pánico*, entonces habría que imputar a M las lesiones que V se autocausó.

### 3. Crítica y solución

La tesis de Luzón Peña –coincidente con el resultado condenatorio de la sentencia del TS– de que el primer conductor debe responder por las lesiones que se autocausa la víctima, porque aquél sería «autor (mediato) imprudente» de dichas lesiones, ha de ser rechazada. La autoría mediata, tal como viene regulada en el artículo 20, párrafo primero, CP, consiste en que el autor «realiza[n] el hecho... por medio de otro del que se sirve[n] como instrumento», tal como sucede, por ejemplo, con el médico (autor mediato) que, para matar a un paciente, engaña a la enfermera (instrumento), asegurándole que la inyección que va a administrar al enfermo contiene un antibiótico, cuando, en realidad, se trata de una sobredosis de morfina que le causa la muerte (autoría mediata por error en el instrumento), o cuando el asesino (autor mediato) consigue que la víctima (instrumento de su propia muerte) se arroje desde un tercer piso, falleciendo a causa de los graves traumatismos sufridos, amenazándole con que, si no lo hacía, la dispararía un tiro en la cabeza (autoría mediata por coacción en el instrumento). La autoría mediata se caracteriza, por consiguiente, por la *instrumentalización* («se sirve de») que el autor hace de otra persona para así, e indirectamente, alcanzar sus propósitos delictivos. Por ello, y si las palabras tienen un sentido, la autoría mediata es gramaticalmente incompatible con la imprudencia: porque no es imaginable que el autor imprudente *instrumentalice a, se sirva de otra persona* para alcanzar sus propósitos delictivos, siendo así que la imprudencia se caracteriza precisamente por que ese autor imprudente *no quiere*

---

que otras personas han sido atropelladas (p. ej. para comunicar la noticia)»; SILVA/BALDÓ/CORCOY, *Casos de jurisprudencia penal con comentarios doctrinales*, Parte General, 2ª ed., 1997, pp. 186/187. En el mismo sentido CORCOY, *El delito imprudente*, 1989, p. 539: «En este supuesto [en el “caso de la reacción de pánico”]... el resultado no entra dentro de los que el fin de la norma pretende evitar aun cuando en estos casos se pudiera afirmar la previsibilidad *ex ante*».

(18) Conducta de la víctima, 2001, p. 364 n. 477 (v. también p. 343).

*producir el resultado*; y, si no quiere producirlo, ¿cómo, entonces, va a «servirse de otro» para causar lo que no pretende causar?

En el supuesto de la sentencia del TS de 27 de enero de 1984 estamos ante una participación imprudente (el primer conductor, al invadir el arcén, contribuye con su negligencia a que la víctima entre en la calzada) en una autopuesta en peligro también imprudente con resultado de lesiones. Si aplicásemos las reglas que he establecido en otro lugar (19) para este grupo de casos, habría que distinguir: si la autopuesta se hubiera realizado de manera libre y espontánea, entonces el primer conductor no respondería del resultado lesivo, ya que, si la participación dolosa en unas autolesiones dolosas es impune, con mayor motivo debe de serlo también la participación imprudente en unas autolesiones dolosas y, con mayor motivo aún, en unas autolesiones imprudentes; en cambio, si la autopuesta en peligro, como sucede en el presente caso, no es libre, porque viene generada por una situación de pánico y espanto, entonces el consentimiento de la víctima no es eficaz jurídicamente, por lo que, en tal caso, el primer conductor debe responder por las lesiones que la víctima se causa a sí misma (20).

Sin embargo, los resultados a los que se llegaría sobre la base de los principios establecidos para la participación imprudente en autopuestas en peligro (imputación objetiva al primer conductor si la autopuesta no ha sido consentida eficazmente; ausencia de imputación objetiva si la víctima se ha sometido al riesgo libre y espontáneamente) *carecen de aplicabilidad* en el «caso de la reacción de pánico», porque, como mantienen Silva y sus seguidores, las *concretas lesiones* que sufre la víctima no pertenecen a los resultados que la norma quería evitar cuando estableció la prohibición de que los conductores invadieran los arcenes peatonales de las calzadas (principio del fin de protección de la norma) (21).

---

(19) Cfr. GIMBERNAT, *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, 2004, *passim*.

(20) Cfr. GIMBERNAT, *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, 2004, pp. 451 ss., donde se exponen diversos ejemplos de imputación del resultado al partícipe imprudente cuando el consentimiento de quien se somete al riesgo no ha sido válido.

(21) En contra, expresamente, LUZÓN PEÑA, *Derecho penal de la circulación*, 1990, p. 101: «ya que sí es plausible que uno de los fines que persigue la norma de cuidado que prohíbe a los vehículos invadir aceras o arcenes reservados a peatones sea, no sólo el de evitar atropellos directos, sino precisamente el de evitar que peatones irrumpen ciegamente en la calzada alterados y aterrizados por la invasión del vehículo de motor o al ver que arrolla a otras personas, y, en consecuencia, también se puede decir que un atropello y lesiones sufridas en esa irrupción de la persona aterro-

La norma que prohíbe invadir arcenes peatonales no persigue, además de evitar la muerte o las lesiones de quienes en esos momentos se encuentran en el arcén, también las lesiones que, indirectamente, puedan sufrir otros peatones *al ser arrollados por un segundo vehículo*, porque el hecho de que, a consecuencia del primer accidente, un peatón irrumpa en la calzada puede conducir, *indistintamente*, a que resulte lesionado o ileso, ya que: si detrás del conductor que invadió el arcén hubiera circulado *un segundo conductor* que, por la impresión que le había causado el accidente mortal que acababa de presenciar, se hubiera distraído, perdiendo así el control del vehículo, invadiendo también el arcén, entonces, en el caso de que por la calzada no hubiera circulado vehículo alguno, habría sido precisamente el alejamiento del arcén por parte del peatón el que habría impedido que fuera arrollado y lesionado por aquel segundo conductor. Con otras palabras: La entrada en la carretera del peatón no aumenta ni disminuye el riesgo de resultar lesionado: lo aumenta –como en el «caso de la reacción de pánico» –si por la carretera circula un vehículo que le atropella, y lo disminuye si la calzada está libre de tráfico y ese segundo conductor, distraído por el primer accidente, invade el arcén, en cuyo caso habría sido precisamente ese alejamiento del arcén el que le habría *salvado* (la calzada como lugar de refugio) del atropello y del menoscabo de su integridad física. De donde se deduce: como la salida del arcén por parte del viandante no aumenta el peligro de ser arrollado y lesionado por un segundo vehículo –unas veces lo incrementará, pero otras lo reducirá, en función del comportamiento que puedan adoptar ulteriores conductores–, la norma que prohíbe invadir arcenes persigue *únicamente* evitar daños personales a quienes en ese momento se encuentran en ellos y son atropellados *directamente* por el automóvil invasor, pero no las eventuales lesiones que puedan causarles *ulteriores vehículos*, ya que comportamientos como el del peatón que irrumpe en la carretera *lo mismo* pueden condicionar que sufran lesiones o que, gracias a esa irrupción, resulten ilesos. Por todo ello, la sentencia del TS de 27 de enero de 1984 no puede convencer, ya que, además de condenar correctamente por un homicidio imprudente, lo hace también por unas lesiones imprudentes causadas por un segundo vehículo que, por las razones que se acaban de exponer, derivadas del principio del fin de protección de la norma, no deben ser imputadas objetivamente al primer conductor que invadió el arcén.

---

rizada, etc., supone precisamente la realización de uno de los riesgos inherentes a la acción inicial».

## D. LOS CASOS DEL INCENDIO EN EL HOSPITAL Y DE LA AMBULANCIA

### 1. Introducción

Estos dos famosos casos ideados por la doctrina científica, que originariamente se introducen en la discusión dogmática antes del descubrimiento de la imputación objetiva –cuando se creía que el concepto de causalidad era el que debería predominar para resolver los problemas de tipicidad–, como supuestos en los cuales se podrían visualizar las bondades de las teorías causales de la adecuación y de la interrupción del nexo causal frente a los resultados insatisfactorios a los que conduciría la teoría de la condición, contienen la siguiente formulación: el autor, con la intención de matar a la víctima, dispara contra ésta, o bien la atropella imprudentemente, causándola lesiones, falleciendo aquélla porque la ambulancia que la traslada al hospital sufre un accidente de tráfico mortal o porque se declara un incendio en la clínica donde está siendo atendida, pereciendo abrasada por las llamas, introduciéndose a veces en este último supuesto la variante de que el lesionado no puede escapar del edificio, como lo han hecho las restantes personas que se encontraban dentro de él, porque, debido a sus heridas, no puede levantarse de la cama. Mientras que la teoría de la condición tendría que llegar en ambos casos, consecuentemente, a la conclusión de que el autor debería responder por un homicidio doloso consumado, ya que actuó con dolo y ya que causó el resultado –el disparo fue condición de la muerte, porque, si no se hubiera disparado contra la víctima, ésta no se habría encontrado en el hospital incendiado o no habría tenido que ser trasladada en la ambulancia que sufrió el accidente–, o por un homicidio culposo, en cuanto que su atropello imprudente *condicionó* el resultado letal, las teorías de la adecuación y de la interrupción del nexo causal calificarían la actuación dolosa de tentativa de homicidio, y la imprudente, únicamente de lesiones culposas: la de la adecuación, porque un disparo doloso o un atropello imprudente no son condiciones adecuadas para producir una muerte tal como ésta *en concreto* se produjo, a saber: a consecuencia de un incendio o de un accidente de ambulancia, y la de la interrupción del nexo causal, porque ese incendio o ese accidente de ambulancia habrían roto la relación de causalidad entre el tiro o el atropello imprudente originarios y el resultado de muerte.

Como expuse ya hace muchos años (22) y es hoy doctrina prácticamente unánime, tanto la teoría de la adecuación como la de la interrupción del nexo causal acuden a criterios que no tienen nada que ver con el concepto fisiconatural de la causalidad, por lo que, al argumentar en estos casos sus soluciones con la ausencia de causalidad entre los comportamientos (disparo, atropello imprudente) y los resultados (muertes por incendio o por un accidente de ambulancia), están acudiendo a una fundamentación que carece de toda fuerza de convicción.

## 2. Las opiniones doctrinales

Actualmente, la resolución de estos dos casos se ubica, *correctamente*, dentro del marco de la teoría de la imputación objetiva. Esta teoría, después de afirmar en ambos supuestos la relación de causalidad sobre la base de la doctrina de la equivalencia de las condiciones, niega, no obstante, acudiendo a consideraciones de carácter normativo, que tales comportamientos sean constitutivos de un homicidio doloso consumado o de un homicidio imprudente.

No obstante, y a pesar de que la doctrina dominante está de acuerdo —con algún matiz diferencial— en que en estos dos supuestos hay que negar la imputación objetiva del resultado, los distintos autores discrepan sobre cuál es el motivo de por qué ello es así.

Roxin, de acuerdo con su definición de la imputación objetiva como la creación de un riesgo prohibido que se realiza en el resultado, afirma, en relación al caso del incendio en el hospital, que «el disparo del autor ha provocado, ciertamente, el peligro no permitido del ocasionamiento de muerte de la víctima», si bien «en el incendio del hospital no se realiza el peligro que dimana de una lesión por disparo, por lo que, por este motivo, no puede imputársele al autor el resultado como un homicidio consumado» (23), y, por lo que se refiere al caso de la ambulancia, se expresa en los siguientes términos: «Cuando la

---

(22) GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 1966, pp. 99 ss. (= reimpresión de 1990, pp. 105 ss.).

(23) AT I, 2006, § 11 n. m. 47; cfr. asimismo § 11 n. m. 69 y § 12 n. m. 152. V. también *el mismo*, Armin Kaufmann-GdS, 1989, pp. 238/239: «Ciertamente que el autor ha creado con su disparo un peligro de muerte prohibido. Pero este peligro no se ha realizado en la ulterior muerte a consecuencia del incendio. Pues el peligro de que alguien que entra en un hospital perezca allí abrasado es... tan pequeño que jurídicamente no se puede tomar en consideración. Contemplado desde el punto de vista del autor, esta clase de muerte es una casualidad y, por ello, no puede serle imputada. Lo único que se le puede imputar es la lesión y, por ello, sólo puede ser castigado por un homicidio intentado, pero no por uno consumado»; v. también p. 241.

persona atropellada por un automóvil es víctima de un accidente de tráfico cuando es transportada al hospital, esta muerte no le es imputable al primer causante –independientemente de cuáles hayan sido sus deseos y representaciones– ni como homicidio doloso ni imprudente, ya que la realización de ese transporte no encierra ningún riesgo jurídicamente relevante» (24).

Otros autores niegan en estos casos que la muerte sea objetivamente imputable al causante originario, estableciendo, apenas sin ulterior fundamentación, que los resultados mortales, tal como éstos se produjeron en concreto, caen fuera del ámbito de protección de la norma (25).

En el caso del primariamente lesionado que posteriormente fallece a consecuencia de un accidente cuando es trasladado en un taxi o en una ambulancia al hospital, o a consecuencia del incendio del establecimiento hospitalario en el que ha sido internado, Puppe hace depender la imputación objetiva del resultado mortal al autor de la lesión de que concurra o no el requisito que Puppe llama de la «continuidad [de los elementos no permitidos de la acción inicial]» («Durchgängigkeitserfordernis») (26): «un comportamiento no-permitido origina, en primer lugar, una situación (por ejemplo, traslado en un taxi, estancia en un lugar) que, en sí, está permitida, a saber: una situación que igualmente podría haber sido provocada mediante un comportamiento permitido. Sólo a partir de esa situación –en sí permitida– se desarrolla entonces el proceso causal que lleva al daño casualmente o a consecuencia de un ulterior comportamiento culpable. No basta, por consiguiente, que una acción con parámetros contrarios al deber concurra de alguna manera como parte esencial necesaria en la explicación causal, sino que el elemento prohibido debe desplegarse en cierto modo por toda la explicación causal como un hilo rojo. Si ese hilo rojo

---

(24) ROXIN, *Honig-FS*, 1970, p. 137. V. también *el mismo*, *Chengchi Law Review*, 1994, p. 223. En el mismo sentido, y entre otros, EBERT/KÜHL, *Jura*, 1979, p. 573.

(25) Así, por ejemplo, OTTO, *NJW* 1980, p. 419; NAMIAS, *Die Zurechnung von Folgeschäden im Strafrecht*, 1993, pp. 146/147, pero negando la imputación objetiva sólo en el caso del incendio en el hospital, incluyendo el supuesto de que el herido no pueda abandonar la cama a consecuencia de la lesión originaria (en cambio, en el de la ambulancia estima que al autor de la lesión originaria se le debe imputar el resultado final letal: cfr. *infra* n. 33); SCHÜNEMANN, *GA* 1999, p. 219.

(26) «El requisito de la continuidad puede formularse, en abstracto, del siguiente modo: El comportamiento del autor con sus propiedades no permitidas debe estar vinculado mediante una cadena causal con la producción del resultado de tal manera que todo eslabón de esta cadena contenga un elemento prohibido» (PUPPE, *Strafrecht AT* 1, 2002, § 4 n. m. 7). JAKOBS, *AT*, 1991, 7/78 n. 131, se muestra de acuerdo con este criterio de PUPPE de la continuidad.

se interrumpe de tal manera que en un determinado momento sólo son necesarios elementos permitidos para la explicación causal de la situación producida, entonces queda interrumpida la relación de imputación. Ello es lo que quiere decir la expresión de que no se ha realizado el riesgo prohibido resultante de la infracción del deber de cuidado, sino que sólo se ha realizado el riesgo general de la vida.— Una situación no-permitida lo es, especialmente, la lesión del bien jurídico. En el caso originario del taxista o del incendio en el hospital no necesitamos esa lesión para la explicación del ulterior proceso desde el momento en que la posterior víctima se encuentra en el taxi o en el hospital. Otra cosa sucedería si, por ejemplo, la lesión del viajero del taxi fuera el motivo de que el taxista, para poder salvarle, condujera demasiado deprisa, o cuando la incapacidad del paciente para moverse fuera necesaria para explicar que no pudo ponerse a salvo del incendio en el hospital. Como la lesión misma constituye, como resultado juricopenalmente relevante, una situación no-permitida, el primer autor de la lesión responde en principio de todos los daños ulteriores para cuya lesión el primer daño es necesario para la explicación del curso causal como un elemento de continuidad (*durchgängiges Element*) en el sentido que he descrito más arriba» (27).

Por consiguiente, en los dos supuestos que estamos examinando Puppe distingue: si la primera lesión —situación no-permitida— lleva a otra situación permitida —traslado del herido en un taxi o en una ambulancia, estancia en un determinado local (por ejemplo, en un hospital)—, entonces se interrumpe la relación de imputación, ya que la originaria situación no permitida ha sido sustituida en el proceso causal por otra permitida por lo que no concurre el requisito de «continuidad [de los elementos no permitidos de la acción inicial]» (28). En cambio, si la originaria situación no-permitida (esto es: la lesión a consecuencia del disparo doloso o del atropello imprudente) sigue extendiéndose como un «hilo rojo» hasta el resultado de muerte (por-

(27) PUPPE, *ZStW* 99 (1987), pp. 610/611.

(28) Cfr. también PUPPE, *Bemman-FS*, 1997, p. 231: «La víctima no tenía ningún motivo... para encontrarse en el hospital en el preciso momento en el que se declaró el incendio si no hubiera sido porque previamente fue atacada por el autor de un forma no permitida. Pero aquellas propiedades del comportamiento del autor que son incompatibles con un mandato jurídico sólo se necesitan para la explicación del proceso causal hasta la entrada de una determinada fase intermedia, a saber: hasta el momento... en que tiene lugar la estancia en el hospital. Estas fases intermedias, como tales, representan, sin embargo, situaciones permitidas, aunque hayan sido provocadas de manera no permitida... Por consiguiente, la relación de imputación queda interrumpida cuando para el ulterior proceso causal sólo se necesitan elementos permitidos del comportamiento del autor. En tal caso, falta la *continuidad* de los factores no-permitidos en la cadena causal» (cursiva en el texto original).

que es esa lesión originaria la que condiciona el segundo resultado, ya que, por ejemplo, el lesionado no se puede salvar del incendio en el hospital debido a la inmovilidad que le ha provocado la primera lesión), entonces al primer autor se le debe imputar la muerte de la víctima, porque el «hilo rojo» de la situación no-permitida originaria ha «continuado» desplegando sus efectos hasta el fallecimiento final del lesionado por las quemaduras sufridas.

Frisch tampoco hace responsable en estos dos casos al autor de las lesiones por el resultado de la muerte final sobre la base del principio de que hay que «esforzarse en precisar aquel riesgo básico tolerado al que el individuo acostumbra a someterse regularmente, o preguntarse dónde empiezan aquellos peligros que el individuo procura normalmente evitar y ante la creación de los cuales necesita, en consecuencia, de protección», añadiendo que, «por lo general, aquí [en los casos de la ambulancia y del incendio en el hospital] se trata del peligro de la realización de riesgos de la naturaleza generales o de riesgos básicos tolerados –condicionados técnicamente–, a los cuales nos sometemos: participamos regularmente, sin más, en la circulación viaria, visitamos hospitales, etc.» (29). Según Frisch, por consiguiente, el autor de las lesiones no debe responder por los resultados letales, porque éstos no se han producido como la realización de un riesgo prohibido (del disparo, del atropello imprudente), sino como la realización del riesgo permitido general de la vida (participación en el tráfico viario, estancia en un hospital) al cual estamos continuamente sometidos (30). En el caso de que el herido fallezca posteriormente en el incendio, porque no se puede escapar de las llamas, al ser incapaz de abandonar la cama, Frisch –a diferencia de lo que opina, minoritariamente, Puppe– se inclina por no imputar el resultado mortal al autor de la primera lesión: «Uno puede tener distintos motivos para no ir a un hospital y no someterse a un tratamiento médico que le impida abandonar la cama o a una intervención quirúrgica; pero el motivo de un hombre razonable difícilmente será la idea de no poder eludir en ese caso un eventual incendio que se declara en la clínica» (31).

(29) FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, 1988, p. 391.

(30) *Op. cit.*, 1988, p. 397. V. también *el mismo*, *Tipo penal*, 1995, p. 53: «piénsese, por ejemplo, en el riesgo de un accidente de tráfico en el transporte a un hospital de la persona lesionada por un accidente de tráfico (causado por el autor)... En contra de la imputación de los resultados del (segundo) accidente, solamente se puede aducir, más bien, que el riesgo de morir en un accidente de tráfico es un riesgo general de la vida social, cuya provocación no está desaprobada, y que esto no cambia por estar desaprobada la acción inicial misma, por determinadas razones diferentes».

(31) FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, 1988, pp. 392/393. Adhiriéndose a FRISCH, SCHMOLLER, *Triffterer-FS*, 1996, p. 238: «Los riesgos vinculadas a ella [a la

De la doctrina mayoritaria en el caso de la ambulancia, que niega la imputación objetiva al primer causante de la lesión, se aparta, siguiendo a Puppe (v. *supra* n. 27), Namias (32): según él, aquí habría que afirmar la imputación objetiva del resultado, ya que «el autor sabe que una lesión precisa frecuentemente de un tratamiento médico inmediato, de manera que la víctima puede verse obligada, con ello, a un traslado peligrosamente prohibido con una velocidad excesiva. Consecuentemente, el peligro del accidente mortal, condicionado por el traslado a demasiada velocidad, debe ser calificado como relevante para la planificación de un ciudadano razonable, siendo imputable objetivamente su eventual realización» (33).

Por su parte, Feijoo resuelve estos dos casos con el criterio de la competencia por organización y de las incumbencias: partiendo de la base de que el accidente de la ambulancia o el incendio en el hospital *son reconducibles a comportamientos imprudentes de terceros*, en tales supuestos «se puede afirmar una «prohibición de regreso» de la responsabilidad por hechos delictivos de terceros. La conducta del primer autor [la lesión inicial] no tiene el sentido objetivo de favorecer un homicidio imprudente, sino que sólo motiva una actuación que se convierte en delictiva por razones exclusivamente imputables a terceros. El autor que lesiona no tiene nada que ver con la conducción temeraria [de la ambulancia]» (34). Independientemente de mi rechazo al criterio de la «competencia por organización» como fundamento de la teoría de la imputación objetiva (35), Feijoo elude –y no explica– su solución en los supuestos en los que el accidente mortal de la ambulancia se haya producido cuando su conductor circulaba, no imprudentemente, sino dentro de los límites del riesgo

lesión] –participación en la circulación viaria, estancia en edificios públicos, etc.– son, sin embargo, socialmente adecuados, es decir: no está prohibido, en general, exponer a otras personas a tales riesgos cotidianos, motivándoles, por ejemplo, para un viaje en coche o para la estancia en un edificio público. La consecuencia de ello es que los resultados que se producen de tales riesgos socialmente adecuados por lo general no son objetivamente imputables». En el mismo sentido también JAKOBS, *AT*, 1991, 7/79 n. 131 f: «Tampoco existe imputación cuando la víctima fallece en el incendio únicamente porque tiene un hándicap a consecuencia de la lesión: la imposibilidad de una huida en tiempos que ex ante no encierran peligro no aumenta el riesgo permanente general».

(32) No así en referencia al caso del incendio en el hospital en el que sigue a la doctrina dominante (cfr. *supra*, n. 25).

(33) NAMIAS, *Die Zurechnung*, 1993, pp. 152/153.

(34) *Homicidio y lesiones imprudentes: requisitos y límites materiales*, 1999, pp. 133/134.

(35) Cfr. GIMBERNAT, *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, 2004, pp. 438 ss.; *el mismo*, *ADPCP*, 2005, pp. 782 ss.

permitido, o cuando el incendio en el hospital se hubiera originado de manera fortuita, ya que entonces no existe ninguna acción delictiva (prohibitiva del regreso) que se interponga entre la lesión inicial y el resultado mortal.

### 3. Toma de posición

La *fundamentación* de por qué en estos dos grupos de casos (el de la ambulancia y el del incendio en el hospital) el causante de la primera lesión no debe responder por el resultado final mortal la expuse ya en 1966 y, desde entonces, no he cambiado de opinión: «Si a consecuencia de una cadena causal anómala... se produce la muerte del sujeto pasivo a quien el autor infirió, imprudentemente, una lesión de poca importancia, ¿deberá responder el agente por homicidio imprudente o sólo por las lesiones culposas?— En mi opinión, no estamos tampoco aquí ante una cuestión causal —la causalidad entre la lesión culposa y la muerte está fuera de duda—, sino ante un problema de la dogmática del delito culposo.— Dentro de este grupo de casos existen supuestos que no plantean dificultad alguna. Así, por ejemplo, en la idea más arriba desarrollada del campo de protección de la norma podemos hallar un argumento para justificar la absolución por homicidio imprudente del que lesiona por conducir sin cuidado su automóvil, produciéndose la muerte de la víctima a consecuencia de un accidente de la ambulancia que le transporta a una clínica. Sobre procesos causales tan anómalos la norma que impone el deber de circular con precaución no puede influir ni en un sentido ni en otro. Pudiera ser también que, gracias a las lesiones, hubiera perdido el tren que luego sufrió un accidente, salvándose así de una muerte segura. Con otras palabras: Si la ley me ordena que circule a una velocidad moderada puede impedir, con ello, el resultado de que cause lesiones a otra persona. Pero esta norma es incapaz de evitar muertes en circunstancias tan irregulares como las que acabamos de exponer; pues ¿qué debería ordenar entonces? ¿Qué se circulara con prudencia (para evitar un eventual accidente de la ambulancia) o que se circulara sin precaución alguna (para así conseguir que la víctima no tomara un tren que tal vez iba a sufrir un descarrilamiento)? De todo ello se sigue: Muertes de estas características no tienen nada que ver con los objetivos perseguidos por las normas que ordenan que se conduzcan los vehículos de manera cuidadosa» (36).

---

(36) GIMBERNAT, *Cualificados*, 1966, pp. 156/157 (p. 161 de la reimpresión de este libro de 1990). Por lo que se refiere al caso del incendio en el hospital, y *sobre la*

Sigo manteniendo, por consiguiente, que en estos dos casos es el criterio del fin de protección de la norma el que explica la ausencia de imputación objetiva en cuanto que, por ejemplo, una lesión originaria dolosa o imprudente puede condicionar indistintamente, que se perezca o no en un incendio, en función de si lo que arde es el hospital o el lugar donde se habría encontrado la víctima en el supuesto de no haber sufrido ninguna lesión, por lo que es imposible que el mandato que prohíbe menoscabar la integridad física de otro quiera abarcar, además de la eventual muerte a consecuencia de unas lesiones, también la que se puede originar a raíz de un incendio.

---

*base de la misma fundamentación*, me he manifestado posteriormente de la siguiente manera [GIMBERNAT, *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, 2004, pp. 435/436, cursivas en el texto original]: «Y así, el “fin de protección de la norma” es el que explica, por ejemplo, por qué no responde el autor imprudente de un atropello por la muerte de la víctima que, después de ser arrollada, fallece a consecuencia de un incendio que se declara en el hospital al que ha sido trasladada para ser curada de sus heridas. Si el legislador prohíbe que se circule negligentemente, la finalidad que con todo ello persigue es, obviamente, la de prevenir que quien resulta atropellado pueda morir por las lesiones que le produce el conductor imprudente, pero lo que con ello no quiere –ni puede– impedir es que el accidentado perezca en el incendio de un edificio, ya que el establecimiento de esa prohibición no tiene incidencia alguna en la evitación o no-evitación de una muerte en tales circunstancias, porque *podría muy bien suceder que precisamente ese atropello* –si variamos uno de los factores del supuesto de hecho con el que estamos operando– *hubiera impedido que la víctima pereciera abrasada*, pues si lo que se incendia no es el hospital, sino su casa, en donde se habría encontrado en el caso de no haber resultado lesionada por el autor imprudente, entonces habría sido precisamente en el hospital en donde se hubiera encontrado a salvo, evitando así que las llamas acabaran con su vida mientras se encontraba en su vivienda –ileso hasta entonces, porque no habría sufrido atropello alguno– contemplando tranquilamente la televisión. Con otras palabras: Si el legislador quiere prevenir, en serio, que una persona perezca abrasada en un edificio, entonces le surgiría la duda de si debía prohibir o permitir que alguien atropellara a otro imprudentemente, porque si lo que se incendia es la casa donde vive la víctima, entonces sería precisamente la circunstancia de encontrarse en el hospital –por lo que lo procedente sería permitir el atropello– la que habría salvado la vida del sujeto pasivo, de donde se sigue: la finalidad que persigue el legislador al prohibir que se atropelle imprudentemente a otra persona es prevenir que se pueda producir la muerte a consecuencia de las heridas sufridas en el accidente, pero no a consecuencia de un incendio, ya que aquella acción puede condicionar *indistintamente* que perezca abrasado (si lo que es pasto de las llamas es el hospital) como que se salve de esa clase de muerte (si, mientras se encuentra en el hospital, lo que se incendia es su casa): el fin de protección de la norma que veda esa conducta no es el de impedir un fallecimiento a consecuencia de incendios de edificios, y, por ello, si se produce en esas circunstancias, procede la absolución del autor del accidente por un homicidio imprudente, por falta de imputación objetiva, ya que la muerte por incendio no pertenece a la clase de las que quería impedir el legislador cuando estableció la prohibición de circular imprudentemente por las carreteras».

Pero como la doctrina se muestra dividida sobre una variante particular del caso del incendio en el hospital –a saber: la de que el herido no puede escapar de las llamas porque las lesiones le han dejado inmóvil– y porque existe una dirección científica que afirma la imputación objetiva en el caso de la ambulancia, este apartado no se puede cerrar sin una toma de posición ante ambas cuestiones.

Como acabamos de ver, Puppe, en contra de la doctrina dominante, mantiene, sobre la base del principio establecido por esta autora de la «continuidad [de los elementos no permitidos de la acción inicial]», que si el herido perece abrasado en el hospital porque las lesiones originarias le han impedido huir del incendio, entonces el primer autor respondería de un homicidio.

Pero este postulado de Puppe de la «continuidad» como criterio que debe decidir sobre la imputación objetiva de un resultado, y que lo establece axiomáticamente, sin fundamentación alguna que lo sustente, es incorrecto porque lleva a conclusiones distintas de las que derivan del principio del «fin de protección de la norma», cuya razonabilidad deriva de que no es más que una aplicación específica del método teleológico de interpretación. Que el herido no pueda escapar de las llamas porque sus lesiones han afectado a su capacidad de motilidad no puede justificar que el autor primario responda por la muerte como consecuencia del incendio en el hospital. En primer lugar, porque si lo que arde no es el hospital donde ha sido internado, sino su casa (la estancia en el hospital es, por consiguiente, la que le ha salvado de perecer), entonces es irrelevante que la lesión le haya afectado o no a su capacidad de movimiento: si en el hospital no se declara un incendio, su vida no se ha visto en ningún momento amenazada, independientemente de si la lesión originaria le permite moverse o no. Y, en segundo lugar, porque incluso en el caso de que sea en el hospital donde se produce el incendio, el hecho de que se encuentre inmovilizado tampoco tiene por qué influir sobre sus posibilidades de salvación: en los incendios en establecimientos públicos muchas veces las muertes no se producen por las quemaduras, sino porque los ocupantes, al intentar salir desordenadamente en una reacción de pánico, perecen aplastados al aglomerarse en las puertas, con lo que en ese supuesto, y si el espectacular incendio inicial es atajado a tiempo, habría sido precisamente la incapacidad de huir del hospital del paciente delictivamente lesionado la que le habría salvado de perecer aplastado.

En el caso de la ambulancia, y también frente a la doctrina dominante, Puppe y su discípulo Namias son de la opinión, como hemos visto, de que al autor de la lesión primaria se le debe imputar el resul-

tado de muerte si esa lesión «fuera el motivo de que el taxista [Puppe introduce aquí la variante de que el traslado al hospital se efectúe, no en una ambulancia, sino en un taxi], para poder salvarle, condujera demasiado deprisa» (37), mientras que Namias afirma la imputación objetiva del resultado mortal al primer causante si el estado del lesionado obliga «a un traslado peligrosamente prohibido con una velocidad excesiva» (38).

Aunque de las exposiciones de Puppe y Namias no se deduce, inequívocamente, si sólo afirman la imputación objetiva al autor primario para el supuesto de que la ambulancia (o el taxi) circulen imprudentemente o, en general, para cualquier traslado de emergencia, incluso cuando se efectúa respetando las normas de circulación previstas para los servicios de urgencia, en mi opinión hay que distinguir entre ambos supuestos, ya que la solución de cada uno de ellos está informada por distintos principios.

Ciertamente que las ambulancias que trasladan heridos pueden prescindir de respetar determinadas normas del tráfico viario (entre ellas, el límite de velocidad y las establecidas en los títulos II, III y IV Reglamento General de Circulación [RGC]), cuando –y sólo entonces– el traslado del paciente exija *realmente* una *atención inmediata* (cfr. art. 67.2 RGC). Pero el riesgo incrementado que supone la no vinculación a esas normas se ve *compensado, hasta reducir esos traslados a una conducción que no excede del riesgo normal* que encierra cualquier desplazamiento por carretera, tanto por las cautelas que tienen que observar los conductores de los servicios de urgencias como los demás partícipes en la circulación (39): y así, y debiéndose guiar esos conductores por el principio general «de que no ponen en peligro a ningún usuario de la vía [y usuario de la vía es también, naturalmente, el herido que se transporta]» (art. 68.2 RGC), «[l]os conductores de los vehículos destinados a los referidos servicios [de urgencia] harán uso ponderado de su régimen especial únicamente cuando circulen en prestación de un servicio urgente y cuidarán de no vulnerar la prioridad de paso en las intersecciones de vías o las señales de los semáforos, sin antes adoptar extremadas precauciones, hasta cerciorarse de que no existe riesgo de atropello a peatones y que los conductores de otros vehículos han detenido su marcha o se disponen a facilitar la suya» (art. 67.2 RGC); además, deberán «adv[ertir] de su presencia mediante la utilización simultánea de la señal luminosa, a

(37) PUPPE, ZStW 99 (1987), p. 161.

(38) NAMIAS, *Die Zurechnung*, 1993, p. 153.

(39) En el mismo sentido FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, 1988, p. 392 y los autores que cita en p. 390, n. 31.

que se refiere el artículo 173, y del aparato emisor de señales acústicas especiales» (art. 68.2 RGC), estableciendo el artículo 69 párrafo primero RGC («Comportamiento de los demás conductores respecto de los vehículos prioritarios») que «tan pronto perciban las señales especiales que anuncien la proximidad de un vehículo prioritario, los demás conductores adoptarán las medidas adecuadas, según las circunstancias de momento y lugar, para facilitarles el paso, apartándose normalmente a su derecha o deteniéndose si fuera preciso». Por lo demás, cuando el servicio de urgencia lo realice un taxi o un vehículo particular, sus conductores y el resto de los participantes en la circulación deberán atenerse también a las cautelas establecidas para los vehículos prioritarios, estableciendo, además, el artículo 70.1 RGC que «[s]i, como consecuencia de circunstancias especialmente graves, el conductor de un vehículo no prioritario se viera forzado, sin poder recurrir a otro medio, a efectuar un servicio de los normalmente reservados a los prioritarios, procurará que los demás usuarios adviertan la especial situación en la que circula, utilizando para ello el avisador acústico en forma intermitente y conectando la luz de emergencia, si se dispusiera de ella, o agitando un pañuelo o procedimiento similar».

De todo ello se sigue: Si el traslado en un servicio de urgencia –sea en una ambulancia o en un vehículo particular– encierra, por una parte, un mayor peligro en cuanto que, *no siempre, sino sólo cuando se exige una atención inmediata*, el conductor puede dejar de observar determinadas reglas de la circulación, como, por ejemplo, el límite de velocidad, pero ese mayor peligro se ve compensado, por otra parte, por toda una serie de precauciones que deben observar tanto los conductores de esos vehículos en servicio de urgencia como los restantes usuarios de la circulación, entonces dicho traslado *no sobrepasa el riesgo encerrado en cualquier viaje automovilístico*, por lo que, si el legislador quisiera realmente evitar la muerte de una persona concreta en un accidente de tráfico, no sabría si tenía ordenar que otro la lesionase o que dejase de hacerlo: porque si el sujeto en cuestión ocupa en un automóvil el lugar del acompañante y es acuchillado por una persona que va en la parte trasera del vehículo, haciendo ello necesario su traslado a un hospital, y ese automóvil sufre posteriormente un accidente mortal, al chocar en su ulterior trayecto con unas piedras que se han desprendido de la montaña que bordea la vía interurbana, entonces habría sido la ambulancia que llegó sin ningún problema a su lugar de destino la que le habría salvado de morir en la carretera: la norma que prohíbe lesionar dolosa o imprudentemente a otro no pretende –ni puede pretender– evitar muertes a consecuencia de accidentes de trá-

fico, por lo que esta clase de muerte cae fuera del ámbito de protección de la norma y no puede ser imputada objetivamente.

Junto a este supuesto en el que la ambulancia o el vehículo particular, sin infringir las reglas de diligencia previstas para vehículos en servicio de urgencias, sufren el accidente que ocasiona la muerte del primariamente herido dolosa o imprudentemente, en cuyo caso hay que negar la imputación objetiva del resultado letal al primer causante de la lesión, Puppe y Namias se muestran partidarios de afirmar esa imputación objetiva si el conductor del vehículo de emergencia se ha comportado, a su vez, también imprudentemente. De la discusión de este supuesto de hecho no me puedo ocupar aquí, porque debe ser desarrollada dentro del marco de una constelación más amplia de casos, a saber: de aquella constelación en la que entre el inicial comportamiento doloso o imprudente de un primer autor se interpone, hasta conducir a la muerte de la víctima, el ulterior comportamiento doloso o imprudente de un tercero, que es lo que sucede, por ejemplo, con el conocido problema de si existe o no imputación objetiva del resultado mortal cuando el médico que atiende a un herido antijurídicamente infringe la *lex artis* (operación quirúrgica o tratamiento médico equivocados).

Y así concluyo mi contribución a este homenaje a Jorge de Figueiredo Días, el gran penalista portugués que ha contribuido, como ningún otro, con su extraordinaria obra científica y con sus relaciones personales, al hermanamiento de las ciencias penales de hablas lusa y española y a situar a la dogmática de su país en el privilegiado puesto internacional que actualmente ocupa.

## ¿Engaño por medio del aprovechamiento de defectos de organización ajenos?

Acerca de la distribución de riesgos conforme al § 263 StGB en casos de errónea acreditación en cuenta y constelaciones emparentadas (\*)

MICHAEL PAWLIK (\*\*)

### I. LOS GRUPOS DE CASOS PROBLEMÁTICOS

En una sentencia del 8 de noviembre de 2000 que ha concitado mucha atención, el BGH (1) decidió que desde el punto de vista de la estafa, por principio, el aprovechamiento de una *errónea acreditación en cuenta* no debería ser tratado de modo distinto que el aprovechamiento de una *transferencia hecha por error*: en ambas constelaciones de casos faltaría regularmente el engaño típico de la estafa (2). Ya en

---

(\*) Título en alemán: *Täuschung durch die Ausnutzung fremder Organisationsmängel? Zur Risikoverteilung gemäß § 263 StGB in den «Fehlbuchungsfällen» und verwandten Fallkonstellationen*; publicado en: D. Dölling (a cargo de la ed.), *Jus humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2003, pp. 689 ss. Traducción de Paola Dropulich.

(\*\*) Profesor de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Filosofía del Derecho, Universidad de Regensburg (al momento de la publicación, Universidad de Rostock).

(1) BGHSt 46, pp. 196 ss.; con comentarios de GEPPERT, JK 2001, StGB, § 263/58; HEFENDEHL, NSTZ 2001, pp. 281 ss.; HEGER, JA 2001, pp. 536 ss.; JOERDEN, JZ 2001, pp. 614 ss.; KRACK, JR 2002, pp. 25 ss.; MARXEN, <http://www.rewi.hu-berlin.de/Lehrstuehle/Marxen/fall.html>, y RANFT, JuS 2001, pp. 854 ss.

(2) Del mismo modo, JOECKS, Studienkommentar StGB, 3a ed., 2001, § 263, nro. marg. 43 ss.; KINDHÄUSER, en: Nomos Kommentar zum StGB, 1994 ss., § 263, nro. marg. 176; *el mismo*, Lehr- und Praxiskommentar StGB, 2002, § 263, nro. marg. 75; LACKNER/KÜHL, StGB, 24a ed., 2001, § 263, nro. marg. 9; SAMSON/GÜNTHER, en: Systematischer Kommentar zum StGB, 1994 ss., § 263, nro. marg. 37;

un fallo anterior, el BGH había llegado a esta conclusión para la situación de la transferencia hecha por error –una transferencia eficazmente realizada, pero a la que no le subyace una pretensión jurídica material, lo cual no es advertido por el transferente– (3). En su decisión del año 2000, el tribunal puso ahora en claro que lo mismo valdría también para las acreditaciones erróneas, en las cuales el Banco, a causa de un error contable interno, asienta incorrectamente un activo en la cuenta del cliente. Con ello se produce una fractura tanto con la anterior jurisprudencia de los tribunales superiores regionales (4), como también con la doctrina dominante hasta el momento (5); el «riesgo general de la vida de los Bancos» se ha elevado desde entonces (6).

Los casos en los cuales el autor se aprovecha de negligencias de la parte perjudicada en la realización de transacciones financieras ciertamente no están limitados al ámbito del servicio de transferencias. Problemas semejantes pueden plantearse, a modo de ejemplo, también en las operaciones de cheques. Así, en el año 2001, el BGH hubo de decidir la cuestión de si comete un engaño típico del delito de estafa, quien presenta un cheque con el que se exige el pago de una deuda que, como él sabe, no existe más (7). Acorde con su tendencia a interpretar restrictivamente el requisito del engaño –demostrada en los casos de transferencia–, el tribunal considera que ese elemento

---

KREY/HELLMANN, *Strafrecht Bes. Teil*, Tomo 2, 13a ed., 2002, nro. marg. 364a; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, 6a ed., 2002, § 51, nro. marg. 16; *Wessels/Hillenkamp*, *Strafrecht Bes. Teil/2*, 25a ed., 2002, nro. marg. 498; PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999, p. 160; GEPPERT (*supra* nota 1), § 263/58; HEFENDEHL, *NStZ* 2001, pp. 281 ss.; KRACK, *JR* 2002, pp. 25 ss.; MARXEN (*supra* nota 1), pp. 5 s.; SCHMOLLER, *StV* 1994, pp. 191 ss.; probablemente también BOCKELMAN, *ZStW* 79 (1967), pp. 47 s.; detalladamente además GÖSSEL, *Strafrecht Bes. Teil*, Tomo 2, 1996, § 21, nro. marg. 93, 97 s.; HEGER, *JA* 2001, pp. 536 ss.; JOERDEN, *JZ* 2001, pp. 614 ss.; RANFT, *JuS* 2001, pp. 854 ss.

(3) BGHSt 39, pp. 392 ss.; con comentarios de GEPPERT, *JK* 1994, *StGB*, § 263/40; JOERDEN, *JZ* 1994, pp. 422 ss.; NAUCKE, *NJW* 1994, pp. 2809 ss.; y SCHWANE, *JA* 1994, pp. 541 s. –Con esta decisión coincide la opinión casi unánime en la literatura; referencias en nota 57–.

(4) OLG KÖLN, *NJW* 1961, pp. 1735 s.; *NJW* 1980, p. 2366; OLG KARLSRUHE, *Justiz* 1978, pp. 173 s.; OLG STUTTGART, *NJW* 1979, pp. 2321 s.; OLG CELLE, *StV* 1994, pp. 188 ss.

(5) CRAMER, en: *Schönke/Schröder*, *StGB*, 26a ed., 2001, § 263, nro. marg. 16c; *Tröndle/Fischer*, *StGB*, 50a ed., 2001, § 263, nro. marg. 7; TIEDEMANN, en: *Leipziger Kommentar zum StGB*, 11a ed., 1992 ss., § 263, nro. marg. 41; *el mismo*, 50 Jahre Bundesgerichtshof (BGH-FG), 2000, pp. 553 s.; HOHMANN/SANDER, *Strafrecht Bes. Teil I*, 2a ed., 2000, § 11, nro. marg. 28; RENGIER, *Strafrecht Bes. Teil I*, 5a ed., 2002, § 13, nro. marg. 8 *in fine*; KÜHL, *JA* 1979, p. 683; MÜLLER, *JR* 1979, pp. 473 ss.; PUTZO, *JuS* 1978, p. 551.

(6) Correctamente, JOERDEN, *JZ* 2001, p. 614.

(7) BGH, *NStZ* 2002, pp. 144 s.

típico regularmente no se cumple en el caso del cobro de un cheque sujeto a repetición. A las constelaciones previamente mencionadas están emparentados aquellos casos bien conocidos, en los cuales alguien se aprovecha del descuido de su *partner* en la comunicación al entregar dinero. Según la opinión –entretanto– casi generalizada, no comente estafa aquel que sin hacer comentario recibe de vuelto, como él reconoce, una suma de dinero demasiado elevada (8). ¿Pero qué sucede cuando, más allá de ello, interviene activamente en la transacción? En ese caso, según la opinión de la jurisprudencia, es susceptible de ser penado por estafa (9); la doctrina aboga también en esa medida por mayor reserva (10).

Con ello quedan nombradas las constelaciones de casos que forman el objeto de las siguientes consideraciones. No son sólo su actualidad y su importancia práctica las que le proporcionan derecho a un debate científico profundizado. Antes bien, en ellas se torna visible, como en un vidrio ustorio, la *problemática general* del elemento del engaño típico: ¿según qué criterios se deben distribuir en el ámbito del § 263 StGB los «riesgos de orientación» (*Lackner*) y su contrapartida, las competencias de información? (11) ¿Depende ello de la clasificación de una conducta como «engaño concluyente» o como «engaño por omisión»? La presente exposición acerca de estas cuestiones está dedicada a Ernst Joachim Lampe, un hombre de ciencias que hizo del derecho penal económico –y aquí en particular del tipo penal de la estafa y de los delitos semejantes a la estafa– uno de los puntos centra-

(8) BGH, JZ 1989, pp. 550 s.; OLG Frankfurt, NJW 1971, p. 527; OLG Düsseldorf, NJW 1969, pp. 623 s.; OLG Köln, NJW 1980, pp. 2366 s.; AG Bremerhaven, JZ 1967, pp. 370 s.; CRAMER, en: *Schönke/Schröder* (*supra* nota 5), § 263, nro. marg. 17a; TRÖNDLE/FISCHER (*supra* nota 5), § 263, nro. marg. 13; KINDHÄUSER, en: NK-StGB (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 173; LACKNER/KÜHL (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 9; TIEDEMANN, en: LK<sup>11</sup> (*supra* nota 5), § 263, nro. marg. 64, p. 67; KÜPER, *Strafrecht Bes. Teil*, 5a ed., 2002, p. 272; *Otto* (*supra* nota 2), § 51, nro. marg. 17; WESSELS/HILLENKAMP (*supra* nota 2), nro. marg. 507; RENGIER (*supra* nota 5), § 13, nro. marg. 7; en extenso, BLEI, *Strafrecht II* (Bes. Teil), 12a ed., 1983, p. 223; KAISER, NJW 1971, pp. 601 s.; críticamente, también RANFT, *Jura* 1992, p. 67.

(9) Cfr. BGH (*Dallinger*), MDR 1953, p. 21; OLG Hamm, MDR 1968, p. 778; OLG Frankfurt, NJW 1971, pp. 527 s.; OLG Köln, NJW 1987, pp. 2527 s.; más restrictivo, OLG Köln, NJW 1980, pp. 2366 s.

(10) KÜHNE, *Geschäftstüchtigkeit oder Betrug?*, 1978, p. 18; JOERDEN, JZ 1988, pp. 104 s.; VOLK, *JuS* 1981, pp. 882 s.; probablemente también BÖHM, NJW 1971, pp. 1143 s.

(11) LACKNER, en: *Leipziger Kommentar zum StGB*, 10a ed., 1985 ss., § 263, nro. marg. 29, 50, 69.

les de su obra científica, y que ha contribuido sustancialmente al desarrollo posterior de este ámbito jurídico (12).

## II. LOS «CASOS DE ERRÓNEA ACREDITACIÓN EN CUENTA»

### 1. Argumentación del BGH: análisis y crítica

Dentro de la dogmática del delito de estafa es en gran medida indiscutida la proposición de que el riesgo de que no exista una deuda, en principio, ha de soportarlo quien cumple la prestación (13). Por ello, la mera recepción de la prestación no implica, como es sabido, afirmar la existencia del derecho respectivo (14). Pero algo distinto ocurriría, según la concepción tradicional, tan pronto como el receptor de la prestación vaya más allá de esa mínima intervención, en especial al «exigir» de alguna forma la prestación no debida: al hacerse valer una deuda se afirmarí, a la vez, la existencia de los hechos en que se funda el derecho. En una escueta, pero –a causa del carácter difuso del límite entre afirmaciones sobre hechos y opiniones jurídicas– a la vez también imprecisa formulación: la exigencia de una prestación contendría la afirmación concluyente de la existencia de la deuda (15). De

(12) Remítase a las siguientes contribuciones: «Der strafrechtliche Schutz der Arbeitskraft», FS Maurach, 1972, pp. 375 ss.; «Die strafrechtliche Behandlung der sog. Computer-Kriminalität», GA 1975, pp. 1 ss.; «Erfordert die Bekämpfung der sogenannten Computerkriminalität neue strafrechtliche Tatbestände?», en: Bundesminister der Justiz (Ed.), Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, tomo XII (1977), Anexo 3; «Strafrechtliche Aspekte der “Unterschrifterschleichung” durch Provisionsvertreter», NJW 1978, pp. 679 ss.; «Der Kreditbetrug (§§ 263, 265 b StGB)», 1980; «Falsches Glück», JuS 1994, pp. 737 ss.

(13) BGHSt 39, pp. 392, 398; OLG Köln, NJW 1987, pp. 2527, 2528; TRÖNDLE/FISCHER (*supra* nota 5), § 263, nro. marg. 13; TIEDEMANN, en: LK<sup>11</sup> (*supra* nota 5), § 263, nro. marg. 39; WESSELS/HILLENKAMP (*supra* nota 2), nro. marg. 513.

(14) BGHSt 39, pp. 392, 398; BGH, JZ 1989, p. 550; OLG Köln, NJW 1987, pp. 2527, 2528; CRAMER, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER (*supra* nota 5), § 263, nro. marg. 17a; JOECKS (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 32; KINDHÄUSER, en: NK-StGB (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 173; LACKNER/KÜHL (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 9; SAMSON/GÜNTHER, en: SK-StGB (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 33; TIEDEMANN, en: LK<sup>11</sup> (*supra* nota 5), § 263, nro. marg. 39; RENGIER (*supra* nota 5), § 13, nro. marg. 7; WESSELS/HILLENKAMP (*supra* nota 2), nro. marg. 507, 513.

(15) OLG Köln, NJW 1961, pp. 1735 s.; NJW 1987, pp. 2527, 2528; OLG Celle, StV 1994, pp. 188, 189; OLG Hamm, NSTZ, pp. 130, 131; CRAMER, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER (*supra* nota 5), § 263, nro. marg. 16c; LACKNER/KÜHL (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 9; TIEDEMANN, en: LK<sup>11</sup> (*supra* nota 5), § 263, nro. marg.

la presentación de una orden de pago o de transferencia se deduce, sobre la base de estas suposiciones de la opinión dominante hasta el momento, el contenido declarativo tácito de que para la suma a pagar o a transferir existiría suficiente cobertura en la cuenta (16). Ello faltaría cuando el derecho al pago que hace valer el respectivo titular de la cuenta, de ninguna manera le corresponde a éste en sentido jurídico-material. Precisamente éste sería el caso en el supuesto de aprovechamiento de una errónea acreditación en cuenta. Una acreditación errónea sería civilmente ineficaz y, por consiguiente, no fundamentaría un derecho a obtener el pago por parte del (supuesto) beneficiario (17). El titular de una cuenta que se aprovecha de una acreditación errónea, es decir, que retira o transfiere dinero que por error –sin tener por base una orden de transferencia– ha sido acreditado en su cuenta, sería, por esta razón, punible por estafa (18).

El BGH contradice esta interpretación en el fallo mencionado al comienzo. *En primer lugar*, la Sala se dirige allí contra la tesis de la ineficacia jurídico-civil de la acreditación errónea. Se pronuncia a favor de la concepción, consolidada entretanto en la jurisprudencia y doctrina civiles, que reconoce que también la acreditación errónea produciría «derechos al abonarse el importe en la cuenta» (19). La comunicación de un abono en cuenta, efectuada por un Banco, representaría por regla general una promesa de pago o un reconocimiento de deuda frente al cliente (20). El ejercicio del derecho a asentar un débito compensatorio, que le corresponde al Banco según las AGB Banken 8, párr. 1, sólo tendría por consecuencia la eliminación retro-

39; KÜPER (*supra* nota 8), pp. 271 s.; MÜLLER, JR 1979, p. 473; atenuadamente, KINDHÄUSER, en: NK-StGB (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 175 («Al hacerse valer una deuda puede ser afirmada a la vez, falsamente, la existencia de los hechos en que se funda el derecho»; el destacado se agrega).

(16) Ejemplar, OLG Karlsruhe, Justiz 1978, pp. 173, 174; OLG Celle, StV 1994, pp. 188, 189; HOHMANN/SANDER (*supra* nota 5), § 21, nro. marg. 27; RENGIER (*supra* nota 5), § 13, nro. marg. 8.

(17) A modo de ejemplo, OLG Karlsruhe, Justiz 1978, pp. 173, 174; OLG Stuttgart, NJW 1979, pp. 2321 s.; OLG Celle, StV 1994, pp. 188, 189; HOHMANN/SANDER (*supra* nota 5), § 21, nro. marg. 27; KÜHL, JA 1979, p. 683; MÜLLER, JR 1979, p. 473. Asimismo, desde el aspecto jurídico-civil, OLG München, WM 1971, pp. 264, 265; SCHLEGELBERGER/HEFERMEHL, HGB, tomo IV, 5a ed., 1976, apéndice al § 365 HGB, nro. marg. 38.

(18) Referencias en nota 5.

(19) Cfr. BGHZ 72, pp. 9, 11; 87, pp. 246, 252; BGH, NJW 1991, p. 2140; PALANDT/SPRAU, BGH, 61a ed., 2002, § 676 f BGB, nro. marg. 10; BAUMBACH/HOPT, HGB, 30a ed., 2000, BankGesch C/14 (pp. 1330 s.); SCHWINTOWSKI/SCHÄFER, Bankrecht, 1997, p. 123.

(20) BGHSt 46, pp. 196, 200.

activa de este derecho originado al principio de modo eficaz (21). Más allá de ello, la Sala se dirige *en segundo lugar* contra la suposición general, según la cual el libramiento de una orden de transferencia contendría la manifestación concluyente de que para la suma a transferir existiría suficiente cobertura en la cuenta. En la praxis bancaria, no serían excepcionales los débitos sin respectiva cobertura; los Bancos concederían crédito para girar en descubierto y tolerarían con frecuencia también descubiertos adicionales en exceso de ese límite (22).

En cuanto se las observa en detalle, estas objeciones son más débiles de lo que parecen a primera vista. En primer lugar, en lo concerniente al segundo de los puntos de vista aducidos por el tribunal, los casos allí mencionados se diferencian sustancialmente de la constelación que se encuentra aquí en discusión. Ciertamente, un Banco otorga crédito para girar en descubierto y aun más allá de ese límite tolera incluso, con un cierto alcance, descubiertos en cuenta que son *reconocidos por él como tales*. Pero de ello no se puede concluir que el Banco estaría dispuesto a renunciar al requisito de cobertura en cuenta también frente a aquel cliente que dispone sobre un saldo activo que le fue destinado gracias a una acreditación errónea (*aún no reconocida como tal por el Banco*). En el primer caso, el Banco actúa *sobre la base de una ponderación de riesgos* hecha previamente; en el segundo caso le *falta*, en cambio, el *conocimiento del riesgo*. Ambas situaciones de hecho no son comparables desde la perspectiva del Banco; una constelación, por ello, no despliega fuerza probatoria respecto de la otra (23).

Pero tampoco la referencia del BGH al derecho a obtener el pago, que existe en materia civil, es suficiente para privar de su base argumentativa a la opinión hasta ahora dominante. Para aquellos que, junto a la concepción tradicional, ven en la orden de transferencia la afirmación concluyente de la legitimación material propia del titular de la cuenta, es pues –como destaca Krack– (24) «sólo consecuente» el creer reconocer en su solicitud el enunciado de que a él tampoco le serían conocidas circunstancias que fundamentarían la *extinción unilateral* (aquí: facultad para asentar un débito compensatorio) de ese derecho. La posibilidad de esta interpretación (25) demuestra que un

(21) BGHSt ídem, pp. 200 s.

(22) BGHSt. ídem, pp. 198 s.

(23) Críticamente acerca del argumento del BGH, también HEFENDEHL, NStZ 2001, p. 282, y RANFT, JuS 2001, p. 856.

(24) JR 2002, p. 26.

(25) A ella remiten, junto a KRACK, también HEFENDEHL, NStZ 2001, p. 282, y RANFT, JuS 2001, p. 856.

análisis *jurídico-civil*, tan importante también para la comprensión precisa de la estructura normativa de la presente situación de hecho, no dispensa sin embargo del tratamiento de la verdadera problemática *jurídico-penal*. Según lo expuesto hasta aquí, ésta se puede resumir en la cuestión de *qué conclusiones tiene derecho a extraer* una de las partes de la falta de una manifestación explícita de su contraparte respecto de un determinado ámbito temático, de *cómo*, por tanto, es *distribuido el riesgo de orientación* entre los *partners* de la comunicación. Por consiguiente, ¿el empleado bancario que efectúa el pago está efectivamente facultado a deducir del silencio del cliente que según su estado de conocimiento faltarían los presupuestos objetivos de un derecho a asentar un débito compensatorio? ¿O tiene que partir de que el cliente no se habría pronunciado acerca de este tema de ninguna manera –ni afirmativa, ni negativamente–? En este caso, el titular del patrimonio menoscabado por el pago, es decir, el Banco, sería *por sí mismo* competente para obtener la información respectiva, y un engaño típico por parte del cliente no entraría en consideración.

También las explicaciones del BGH documentan por sí mismas que *éste* es el problema del que realmente se trata. Es decir, la cuestión de si pertenecería al ámbito de competencias del cliente poner en conocimiento del Banco la existencia de un derecho a debitar en compensación, en modo alguno fue dejada de lado por el Tribunal. Sólo que su análisis no se efectúa desde la perspectiva del *empleado bancario*, sino en cuanto a la del *cliente*. El BGH no pregunta, por tanto, *qué tiene derecho a esperar* el empleado bancario y *qué conclusiones* está facultado a extraer, por esa razón, del silencio del cliente. El BGH analiza, antes bien, *qué debe hacer* el cliente en el marco de su relación comunicativa con el trabajador bancario, respecto de *qué*, por tanto, él debe pronunciarse. Como es sabido, el nombre tradicional de este modo de tratamiento del problema reza: «engaño por omisión» (26). La exposición anterior muestra, sin embargo, que el llamado engaño por omisión no se diferencia, desde una perspectiva sistemática, del llamado engaño concluyente: sólo puede engañar quien es *competente* por un determinado riesgo no permitido de error para su *partner* (27). En el caso del engaño por omisión, este requisito

(26) La posibilidad de un engaño por omisión es reconocida casi en forma unánime; cfr. sólo CRAMER, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER (*supra* nota 5), § 263, nro. marg. 18; KINDHÄUSER, en: NK-StGB (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 181 ss.; SAMSON/GÜNTHER, en: SK-StGB (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 40 ss.; TIEDEMANN, en: LK<sup>11</sup> (*supra* nota 5), § 263, nro. marg. 21, 74.

(27) KINDHÄUSER, en: NK-StGB (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 78; *el mismo*, LPK (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 47. En extenso acerca del concepto de engaño que aquí se toma por base, PAWLIK (*supra* nota 2), pp. 73 ss. También subrayan la

es tratado bajo la voz de posición de garante (28); en el engaño concluyente, en cambio, es «ocultado» regularmente bajo la pregunta de qué habría «co-declarado tácitamente» uno de los *partners* de la interacción frente al otro (29). Esta diferente clasificación no modifica en nada la identidad material de las respectivas cuestiones a tratar; la apreciación de que uno de los *partners* de la comunicación tendría derecho a confiar en un determinado contenido declarativo representa, antes bien, sólo el *reflejo teórico-normativo* de la competencia de la otra parte para crear el estado de información correlativo. Decisiva es, en ambos casos, la distribución del riesgo de orientación (30).

Aun en otro lugar de los fundamentos del fallo, el BGH se ocupa de la distribución de riesgos entre las partes. En el marco de sus explicaciones acerca de la cuestión de un *engaño concluyente* expone: «La gestión de la cuenta y el asiento en debida forma de débitos y créditos se halla, conforme al § 676 f BGB, en la esfera de deberes del Banco. Éste carga con la responsabilidad por la gestión de la cuenta y con ello, en principio, también con el riesgo de que la deuda exista y que la prestación no exceda al derecho» (31). Sobre el contenido material

«íntima conexión» entre engaño concluyente y engaño por omisión, LACKNER, en: LK<sup>10</sup> (*supra* nota 11), § 263, nro. marg. 54 ss., 69; SAMSON/GÜNTHER, en: SK-StGB (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 37; ARZT/WEBER, Strafrecht Bes. Teil, 2000, § 20, nro. marg. 44; ELLMER, Betrug und Opfermitverantwortung, 1986, pp. 100 ss.; SEIER, Der Kündigungsbetrag, 1989, p. 404; SCHAUER, Grenzen der Preisgestaltungsfreiheit im Strafrecht, 1989, pp. 115 ss.; SEELMANN, NJW 1980, pp. 2546 s.; VOLK, JuS 1981, p. 882; VORMBAUM, JuS 1981, p. 22. Que los límites entre engaño concluyente y engaño por omisión se desdibujarían, constatan además, GÖSSEL (*supra* nota 2), § 21, nro. marg. 22; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, Strafrecht Bes. Teil 1, 9a ed., 2003, § 41, nro. marg. 39; MITSCH, Strafrecht Bes. Teil 2/Tlb. 1, 1998, § 7, nro. marg. 27; RANFT, JA 1984, p. 724; *el mismo*, Jura 1992, p. 66.

(28) Cfr. sólo CRAMER, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER (*supra* nota 5), § 263, nro. marg. 19; SAMSON/GÜNTHER, en: SK-StGB (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 43; TIEDEMANN, en: LK<sup>11</sup> (*supra* nota 5), § 263, nro. marg. 51.

(29) Fundamental acerca de esta determinación normativa del carácter de concluyente, LACKNER, en: LK<sup>10</sup> (*supra* nota 11), § 263, nro. marg. 28; próximo, TIEDEMANN, en: LK<sup>11</sup> (*supra* nota 5), § 263, nro. marg. 30; enfáticamente, además, WALTER, Betrugsstrafrecht in Frankreich und Deutschland, 1999, pp. 47 ss.

(30) Al engaño por omisión le queda un ámbito de aplicación independiente, en la medida en que esta figura jurídica se considere aplicable, junto a la opinión dominante, también allí donde la conducta del autor no posee valor declarativo y falta una «relación comunicativa» entre autor y víctima (cfr. sólo TIEDEMANN, en: LK<sup>11</sup> [*supra* nota 5], § 263, nro. marg. 51, con otras referencias; acerca de la posición aquí sostenida en esta cuestión, PAWLIK [*supra* nota 2], pp. 84 ss., 106 ss.). También en estos casos la tarea consiste, ciertamente, en distribuir el riesgo de orientación de modo convincente. Constelaciones de ese tipo, de todos maneras, no afectan la apreciación aquí efectuada respecto de la dependencia sistemática del engaño concluyente *dentro de relaciones comunicativas dadas*.

(31) BGHSt 46, pp. 196, 199.

de esta frase se ha de volver enseguida. En el contexto actual es de interés la circunstancia de que el Tribunal, aparentando absoluta evidencia, fundamenta sus expresiones remitiéndose a los argumentos de BGHSt 39, pp. 392, 398. Las consideraciones contenidas en ese fallo, sin embargo, fueron efectuadas por el BGH aun en el marco del examen de un *engaño por omisión*. Este detalle prueba, con especial claridad, que la aquí defendida nivelación de la supuesta diferencia sistemática entre los distintos tipos de engaño está muy lejos de propagar un estado de revolución en la aplicación del derecho. La presente concepción sólo expresa abiertamente lo que la jurisprudencia, de todos maneras, practica tácitamente ya en gran medida.

Con ello no está dicho que la distinción entre engaño por omisión y engaño concluyente sea sin más de ningún valor. Pero dentro de relaciones comunicativas dadas, ella no marca una diferencia ontológica y sistemáticamente significativa, sino sólo una constatación *fenomenológica* (32). Más preciso: ella toma en cuenta la circunstancia de que existen grados de tipicidad social de distinta intensidad (33). Cuanto más evidente parece el hacer responsable a uno de los *partners* de la comunicación por un determinado déficit de información de su contraparte, tanto más fácil se presta usualmente a recurrir a la figura del engaño concluyente, a pretender reconocer la competencia del autor, por tanto, directamente en el contenido de su declaración. En otros casos, en cambio, las circunstancias no son tan claras; por tanto, una determinada conclusión de la víctima respecto del modo en que la información es presentada por el autor no se impone con el mismo énfasis. Allí aparece de nuevo más claramente la cuestión de si también *por ello* podría ser aun responsabilizado el autor y, por ese motivo, se discute allí explícitamente, recurriendo a la figura del engaño por omisión, la cuestión de la posición de garante del autor. Así, en el grupo de casos que se hallan aquí en discusión, es más adecuado suponer que aquel que hace valer una deuda afirmaríala su existencia actual, antes que considerar que él sostendría a la vez la ausencia de motivos para debitar en compensación. Ésta es, sin embargo, una diferencia puramente gradual, sin carácter sistemáticamente fundamental. El *supraconcepto teórico-penal* general de ambos grupos de casos es, sea otra vez destacado, aquel de la *competencia*, y el objeto específico de la distribución de competencias en el ámbito del engaño es el *riesgo de orientación*.

(32) Cfr. sobre ello nota 30.

(33) Sobre ello, en detalle, PAWLIK (*supra* nota 2), pp. 99 s.

## 2. Distribución de competencias en los «casos de errónea acreditación en cuenta»

Ahora bien, ¿cómo están constituidos *materialmente* los criterios de distribución de competencias en los casos que aquí interesan? *Schmoller* ha expuesto de modo convincente que, ante la distribución de tareas entre el Banco y el cliente, la petición de pago efectuada por éste debería considerarse como una especie de «solicitud», con la que él requeriría el control interno del Banco y la posterior decisión sobre el pago (34). El BGH hace suya esta consideración: sería el Banco el que cargaría con «la responsabilidad por la gestión de la cuenta». Por ello, el Banco haría examinar a través de sus empleados, junto a los requisitos formales de una transferencia, también la cobertura en la cuenta. En esa medida, el valor declarativo de una solicitud de transferencia se agotaría «en la petición de que se efectúe la transacción requerida»; ella no contendría en general la afirmación de poseer un derecho a obtener el pago respectivo (35). Esta fundamentación es evidentemente independiente de las consideraciones del BGH tratadas y reconocidas como insuficientes en el punto 1: No es la *circunstancia fáctica* de que los Bancos admiten –incluso con frecuencia– giros en descubierto, sino un *juicio normativo* acerca de la distribución de responsabilidades entre los *partners* de la comunicación, lo que ahora sirve al BGH como punto de partida del modo de razonar con el que se distancia de la opinión hasta ahora dominante. Si la responsabilidad del Banco por la *gestión de la cuenta* es el punto de vista determinante penalmente, entonces no importa de modo decisivo si además se reconoce o no civilmente un *derecho al pago* por parte del cliente que se aprovecha de una acreditación errónea (36). Las extensas explicaciones que el BGH dedica a esta cuestión, si bien son comprensibles en atención al estado de discusión hallado por el Tribunal, bajo puntos de vista de fundamentación son, en rigor, superfluas (37).

(34) SCHMOLLER, StV 1994, p. 192.

(35) BGHSt 46, pp. 196, 199.

(36) Correctamente, JOERDEN, JZ 2001, p. 614.

(37) Con razón las designa MARXEN (*supra* nota 1), p. 4, como «añadido». Se fundan asimismo de modo decisivo en el punto de vista de la distribución de riesgos en los casos de acreditación errónea: JOECKS, StK (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 45 s.; KINDHÄUSER, en: NK-StGB (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 176; *el mismo*, LPK (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 75; SAMSON/GÜNTHER, en: SK-StGB (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 37; PAWLIK (*supra* nota 2), p. 160; JOERDEN, JZ 2001, p. 614; KRACK, JR 2002, pp. 26 s.; MARXEN, ídem, pp. 5 s.; SCHMOLLER, StV 1994, pp. 191 ss. En cambio, consideran decisivo el reconocimiento efectuado por el BGH de un derecho civil al pago por parte del cliente: LACKNER/KÜHL (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 9; KREY/HELLMANN (*supra* nota 2), nro. marg. 364a; OTTO (*supra*

La comprensión del BGH según la cual, desde el punto de vista jurídico-penal, el Banco soporta el riesgo de orientación respecto a errores de sus empleados originados en fallas en la gestión de la cuenta, merece aprobación. El cliente no ha aumentado el grado de desorientabilidad por parte del Banco, sino que se ha limitado a crear la ocasión en la cual esa desorientabilidad pudo surtir efecto a su favor. En ello no radica nada prohibido; pues fuera de especiales relaciones de confianza, el titular de un bien jurídico por sí mismo es competente por las consecuencias perjudiciales que tienen su origen en la organización defectuosa de su ámbito jurídico. Esta competencia por los efectos internos de la propia organización del ámbito jurídico está ligada inseparablemente al concepto de derecho subjetivo como tal. Un derecho subjetivo –ejemplo típico: la propiedad– otorga a su titular la facultad de *exclusión* de otras personas. Hasta donde alcanza la facultad de exclusión, los demás no tienen una posibilidad reconocida jurídicamente de examinar los procesos internos del ámbito jurídico ajeno o, menos aun, de modificarlos por su cuenta. Las personas extrañas a ese ámbito, sin atención a cuyo carácter se impone la obligación penal de contribuir a evitar las consecuencias perjudiciales para su contraparte, originadas en defectos de organización de ésta, soportarían una profunda *asimetría* en su relación jurídica con ella: Por las *ganancias* que se generan para el titular del ámbito jurídico organizado de modo signado por riesgos, permanecería sólo éste competente (*vulgo*: él podría quedárselas); en cambio, tendría derecho a descargarse en cierta medida de la competencia para evitar *pérdidas* que amenazan producirse. Un derecho penal comprometido con la idea de la autorresponsabilidad no tiene motivo para favorecer tal asimetría en una relación de personas jurídicamente iguales (38).

---

nota 2), § 51, nro. marg. 16; WESSELS/HILLENKAMP (*supra* nota 2), nro. marg. 498; GEPPERT (*supra* nota 1), § 263/58; HEFENDEHL, NStZ 2001, pp. 282, 284; HEGER, JA 2001, p. 538.

(38) Por ello, es errada la referencia del BGH a la regulación del Art. 141bis del Código Penal suizo (correctamente, MARXEN [*supra* nota 1], p. 6). La no punibilidad del aprovechamiento de acreditaciones erróneas no resulta de una laguna de punibilidad lamentable que debe ser cerrada en la medida de lo posible, sino que ella es por completo acorde al sistema. Por asimetría están caracterizadas aquellas relaciones jurídicas en las cuales un «fuerte», por razones de solidaridad, debe sacrificar de modo excepcional alguno de sus bienes jurídicos a favor de un «débil» (§§ 34, 323 c StGB). Presupuesto para ello es, sin embargo, una situación de necesidad existencialmente significativa para el «débil» (respecto del § 34 StGB: PAWLK, Der rechtfertigende Notstand, 2002, pp. 160 ss.; respecto del § 323 c StGB: SEELMANN, in: NK-StGB [*supra* nota 2], § 323 c, nro. marg. 12). No se trata de ello en los casos que aquí interesan.

Esto vale también para la relación de un Banco con sus clientes. Si bien atañe al cliente particular una obligación civil accesoria relativa al control de los extractos de cuenta (AGB-Banken 11, párr. 4), cuya infracción puede hacer responsable al cliente por daños y perjuicios (39); de acuerdo a las consideraciones precedentes no existe motivo, empero, para adoptar ese deber de cooperación en la distribución jurídico-penal de competencias: El Banco no está obligado a informar al cliente sobre los pormenores de su organización interna o, menos aun, a permitirle un examen activo. Antes bien, al cliente le son comunicados en los extractos de cuenta sólo los resultados de aquellos procesos internos. Es a la primacía del Banco sobre su organización, a la que penalmente se corresponde su competencia exclusiva básica por errores de organización. Es cierto que una competencia de información más amplia por parte del cliente, vinculada al ejercicio de confianza especial, no está excluida desde el principio. Pero, por regla general, faltan en este sentido los puntos de apoyo fácticos necesarios; el BGH –en el contexto del engaño *por omisión*– ha expuesto esto en forma detallada y convincente (40).

Expresado en las categorías de la Parte General, la solución del caso de errónea acreditación en cuenta manifiesta, junto a la fragilidad de la distinción entre actuar y omitir, también la necesidad de una consecuente *normativización del concepto de autoría*: no es su «conocimiento superior» como tal, lo que convierte a alguien en autor de un engaño relevante para la estafa, sino su competencia por el error de otro –lo que se ha de determinar valorativamente–. La dogmática del tipo penal de la estafa, el cual se puede comprender como un caso tipificado de autoría mediata (41), utiliza en esa medida un entendimiento que en la doctrina usual de la autoría mediata es aceptado sólo aisladamente (42).

### 3. Contraposición con interpretaciones divergentes

La jurisprudencia anterior y la literatura han desconocido en gran medida la dimensión *normativa* de la presente problemática. Así,

(39) OLG Hamm, WM 1986, pp. 704, 707; BAUMBACH/HOPT (*supra* nota 19), AGB-Banken 11, nro. marg. 9.

(40) BGHSt 46, pp. 196, 202 s.

(41) Este punto de vista ha puesto de relieve sobre todo KINDHÄUSER; cfr. KINDHÄUSER, FS Bemann, 1997, pp. 339 ss.; *el mismo*, en: NK-StGB (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 55 ss., con otras referencias; *el mismo*, LPK (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 33; asimismo, PAWLİK (*supra* nota 2), p. 228, con otras referencias.

(42) Fundamental, JAKOBS, GA 1997, S. 553 ss., con referencias respecto a la opinión contraria en nota 22 (p. 560).

el OLG Köln rechazó la objeción de que un Banco no confiaría en lo informado por el cliente sino exclusivamente en sus propios documentos, con una lapidaria remisión al texto del § 263 StGB –considerado en ese sentido, en general, como desafortunado– (43), según el cual «la provocación y el mantenimiento de un error representan elementos conceptuales por completo equivalentes» (44). Schröder completó esto con la afirmación de que el cliente que se aprovecha de una acreditación errónea cometería un engaño en la medida en que, a través de la presentación de su orden, remitiría al empleado bancario a la planilla de cuenta de la que éste debería deducir la existencia del correspondiente saldo activo (45). Con ello, ciertamente, Schröder invirtió sin más la distribución de tareas y de riesgos existente de hecho entre instituto bancario y cliente (46).

Así como el simple recurso al texto de la ley –sólo de presunto valor expresivo para la presente problemática– no permite eludir la distribución de competencias precedentemente desarrollada, ésta tampoco puede ser soslayada gravando al cliente con una posición de garante por injerencia fundada en su petición de pago. Joerden concuerda con esta posición si se parte, junto al BGH, de que la acreditación errónea habría generado un derecho jurídicamente eficaz del cliente frente al Banco (47). Tan pronto como se *rechazara* que se origine un derecho al pago, se debería afirmar, en cambio, una posición de garante del cliente por injerencia. Es decir, al hacer valer el activo no destinado a él, el cliente habría creado para el Banco, de modo consciente y contrario a deber, el riesgo de «que sus empleados dedujeran de la errónea planilla de cuenta un saldo activo del cliente no existente en realidad» (48). Por este motivo, estaría obligado o bien a impedir que se origine el error respectivo, o bien a aclarar el error originado (49). En definitiva, esta consideración termina en la posición del OLG Köln y de Schröder: El cliente que hace valer una supuesta deuda está obligado penalmente a librar al Banco, en forma parcial, de la competencia por sus defectos internos de organización. En el marco de la exposición precedente, sin

(43) Cfr. sólo CRAMER, in: SCHÖNKE/SCHRÖDER (*supra* nota 5), § 263, nro. marg. 7; TIEDEMANN, en: LK<sup>11</sup> (*supra* nota 5), § 263, nro. marg. 7.

(44) OLG Köln, NJW 1961, p. 1736.

(45) SCHRÖDER, JR 1961, p. 434; del mismo modo, OLG Karlsruhe, Justiz 1978, pp. 173, 174; LACKNER, en: LK<sup>10</sup> (*supra* nota 11), § 263, nro. marg. 48; KÜHL, JA 1979, p. 683; MÜLLER, JR 1979, p. 474.

(46) En rechazo, también *Schmoller*, StV 1994, p. 191.

(47) JOERDEN, JZ 2001, p. 614.

(48) JOERDEN, *ídem*, p. 615.

(49) JOERDEN, *ídem*; igualmente, ya *el mismo*, JZ 1994, p. 423.

embargo, esta valoración posee sólo escasa fuerza de convicción. Joerden mismo no logra armonizarla con su posición previa acerca de la distribución de riesgos entre el Banco y su cliente. Allí estuvo aun de acuerdo con el BGH, y remarcó que sería el Banco el que cargaría con la responsabilidad por la gestión de la cuenta; esto valdría, como añade expresamente, «con independencia de..., si en los casos de acreditación errónea se reconoce o no la existencia de un derecho jurídicamente eficaz por parte del cliente del Banco» (50). En cambio, en sus consideraciones acerca de la cuestión de la injerencia, Joerden califica el hecho de hacer valer una supuesta deuda, sin más, como una «disposición sobre el saldo activo» (51). De esa forma, deja de lado que la disposición *decisiva normativamente* –el pago del dinero–, según la distribución de riesgos antes aprobada por él, cae en el ámbito de riesgos a cargo del Banco; de modo que éste, y no el cliente que se limita a provocar el proceso, soporta en esa medida el riesgo de orientación. La aceptación de una posición de garante del cliente por injerencia queda, de esta manera, privada de sustento (52).

También la argumentación de Ranft padece del defecto de sobre-dimensionar el concepto de engaño, es decir, de cargar al cliente con una competencia desmedida por los intereses del Banco. Según la opinión de Ranft, el cliente ha cometido un engaño concluyente: Quien dispone sobre el saldo activo de su cuenta, declararía con ello que no le serían conocidas circunstancias que pudieran autorizar a la

(50) JOERDEN, ídem.

(51) JOERDEN, ídem.

(52) Una posición de garante del cliente por injerencia niegan también, KRACK, JR 2002, p. 26 y RANFT, JuS 2001, pp. 857 s. –Por la misma razón fracasa también el recurso en cierto modo auxiliar de JOERDEN al principio jurídico *dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est* (al respecto, en general: ROTH, en: Münchener Kommentar, BGB, T. 2, 4a ed., 2001, § 242, nro. marg. 539 ss.; J. SCHMIDT, en: STAUDINGER, BGB, 13a reelaboración, 1995, § 242 BGB, nro. marg. 777 ss.; TEICHMANN, en: SOERGEL, BGB, Tomo 2, 12a ed., 1990, § 242, nro. marg. 298 ss.). Con ayuda de esta proposición, JOERDEN busca mostrar que al cliente no le estaría permitido valerse de un saldo activo reconocido por él como el resultado de una acreditación errónea, aun cuando, junto al BGH, se parta de que a través de ella se habría fundamentado un derecho del cliente, en sí mismo, civilmente eficaz (ídem; también RANFT, ídem, p. 856, reprocha «malicia» al titular de la cuenta que se aprovecha de una acreditación errónea). JOERDEN subestima aquí otra vez los «efectos a distancia» de la distribución de riesgos por él aceptada. Es decir, si el Banco soporta el riesgo de orientación, entonces la valoración que en ello subyace, para evitar contradicciones axiológicas, debe alcanzar también la interpretación del principio *dolo agit*; en este caso falta una *petición normativamente relevante* por parte del cliente.

contraparte a asentar un débito compensatorio (53). Sin embargo, el cliente no habría provocado el respectivo error del empleado bancario que efectúa el pago, pues éste no indagaría habitualmente la forma en que se llevó a cabo la acreditación en cuenta (54). Ranft desvincula aquí los elementos «engaño» y «error» de un modo sumamente cuestionable sistemáticamente. Su argumentación acaba en la afirmación de que «el tráfico» –como es sabido, el parámetro para la determinación del contenido de las llamadas declaraciones concluyentes (55)– abrigaría una *expectativa* respecto del cliente, cuyo *cumplimiento* sería *de modo típico indiferente* para el concreto representante de ese «tráfico» –para el empleado bancario como el actual *partner* en la comunicación del respectivo cliente–. Difícilmente se puede compatibilizar esta construcción con el entendimiento usual del «engaño concluyente». Si se interpreta el contenido de la declaración del cliente así como lo hace Ranft, se tiene que afirmar entonces, consecuentemente, también un correspondiente error del empleado bancario incluso en el estadio débil de la –así llamada– «co-consciencia objetivo-conceptual» (56). Que Ranft retroceda ante este segundo paso es, en el marco de las consideraciones precedentes, en definitiva correcto. Sin embargo, a diferencia de lo supuesto por el propio Ranft, la razón decisiva para ello no radica en la separación organizativa y personal de los procesos individuales de trabajo dentro del Banco, sino en que el elemento del engaño se debe interpretar, desde el principio, de modo significativamente más restrictivo de lo que Ranft acepta.

La contraposición con planteos de solución concurrentes confirma, por lo tanto, el significado central que para la interpretación del § 263 StGB le corresponde a la distribución del riesgo de orientación entre las contrapartes. Quien pase por alto esta circunstancia incurrirá muy probablemente en incongruencias al tratar problemas particulares concretos.

(53) RANFT, ídem.

(54) RANFT, ídem. Lo último destacan también BGH, NStZ 2000, pp. 375 s., y AG Tiergarten, NJW 1989, p. 846.

(55) Cfr. sólo CRAMER, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER (*supra* nota 5), § 263, nro. marg. 14; SAMSON/GÜNTHER, en: SK-StGB (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 27; TIEDEMANN, en: LK<sup>11</sup> (*supra* nota 5), § 263, nro. marg. 28 ss.

(56) En esa medida, correctamente MÜLLER, JR 1979, p. 475. Por ello, en contra de la propuesta de KRACK (JR 2002, p. 25; similar ya HEFENDEHL, NStZ 2001, p. 283), la existencia de un engaño no se puede dejar abierta aquí con la fundamentación de que «de todas maneras», dado que el empleado bancario regularmente no reflexionaría acerca de la legitimación material del cliente, faltaría un error.

### III. LOS «CASOS DE TRANSFERENCIA HECHA POR ERROR»

#### 1. Criterios de distribución de competencias

La conclusión fundamentada precedentemente –no punibilidad del cliente del Banco por delito de estafa– es aplicable también a aquellos casos en que el cliente se aprovecha de una *transferencia hecha por error* (57). Tanto una estafa en perjuicio del Banco que materializa el pago, como una en perjuicio de quien realiza la transferencia, fracasa por falta de un engaño relevante de acuerdo al § 263 StGB. En lo que concierne a la *posición del Banco que efectúa el pago*, la transferencia hecha por error deja intactos sus intereses patrimoniales: al igual que en el caso de transferencias libres de error, el Banco puede dirigirse al transferente (o bien a su Banco); la relación jurídico-civil de repetición existe entre el transferente y el receptor de la transferencia (58). Por este motivo, queda excluida la provocación, por parte del cliente, de una desorientación del Banco que realiza el pago, que sea relevante en atención al bien protegido por el § 263 StGB –el patrimonio (59)– (60). En cambio, en la *relación del cliente con el transferente*, considerado de modo puramente constructivo, queda espacio para la admisión de un

(57) Esto es reconocido hoy, en definitiva, unánimemente: BGHSt 39, pp. 392 ss.; CRAMER, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER (*supra* nota 5), § 263, nro. marg. 16c; OLG Köln, NJW 1979, p. 278; OLG Hamm, MDR 1979, p. 692; OLG Düsseldorf, NJW 1987, pp. 853 s.; Joecks, StK (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 44; KINDHÄUSER, en: NK-StGB (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 176; *el mismo*, LPK (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 75; LACKNER/KÜHL (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 9; SAMSON/GÜNTHER, en: SK-StGB (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 37; TIEDEMANN, en: LK<sup>11</sup> (*supra* nota 5), § 263, nro. marg. 41, 64; *el mismo*, BGH-FG (*supra* nota 5), p. 554; HOHMANN/SANDER (*supra* nota 5), § 11, nro. marg. 28; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD (*supra* nota 27), § 41, nro. marg. 42; KREY/HELLMANN (*supra* nota 5), nro. marg. 364; RENGIER (*supra* nota 5), § 13, nro. marg. 8, 12; PAWLIK (*supra* nota 2), p. 160; GEPPERT, JK 1994, StGB, § 263/40; HEFENDEHL, NStZ 2001, p. 284; JOERDEN, JZ 1994, pp. 422 ss.; KÜHL, JA 1978, p. 683; MÜLLER, JR 1979, pp. 472 s.; NAUCKE, NJW 1994, pp. 2809 ss.; SCHMOLLER, StV 1994, p. 192; THOSS, JA 2000, p. 672.

(58) BGH, NJW 1985, p. 2700; BAUMBACH/HOPT (*supra* nota 19), BankGesch, C/16 (p. 1331); MÖSCHEL, JuS 1972, p. 300.

(59) Esta determinación del bien protegido es hoy apenas todavía puesta en duda; cfr. sólo CRAMER, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER (*supra* nota 5), § 263, nro. marg. 1; KINDHÄUSER, en: NK-StGB (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 13 ss.; TIEDEMANN, en: LK<sup>11</sup> (*supra* nota 5), previo al § 263, nro. marg. 18 ss.; PAWLIK (*supra* nota 2), pp. 82 ss.

(60) Que a causa de la caracterización del § 263 StGB como delito contra el patrimonio, son típicos sólo aquellos engaños que infringen los *derechos de administración patrimonial* de la víctima, es expuesto en *mi* obra mencionada en nota 2 (pp. 82 ss.); en una posición próxima MITSCH (*supra* nota 27), § 7, nro. marg. 38.

engaño típico; al fin y al cabo, quien retira el dinero calla que lo obtenido por él –el derecho al pago o bien la suma de dinero pagada– está sujeto a repetición por parte del transferente (61). Por ello, desde el punto de vista del engaño, la mera referencia al hecho de que el receptor del dinero tiene un derecho (sin bien sujeto a repetición) a exigir el importe transferido es tan poco concluyente en los casos de transferencia hecha por error, como lo fue en la constelación de la errónea acreditación en cuenta (62). Pero consideraciones acerca de la distribución del riesgo de orientación conducen también aquí a negar la punibilidad del cliente\* por delito de estafa.

En tanto se halle en cuestión su *silencio frente al empleado del Banco que materializa el pago*, esta conclusión resulta de que, *sub specie* del derecho penal, nunca le puede ser exigido colaborar en la clarificación de errores concernientes al ámbito de organización del instituto bancario representado por aquél. Entonces, en el marco de la mencionada relación comunicativa, *de ninguna manera* puede ser obligado a emplear su propia ventaja cognoscitiva a favor de un *tercero*, a revelar por tanto informaciones que, llevadas a conocimiento del tercero, le facilitarían a éste el corregir errores dentro de su esfera de organización. Lo mismo vale en lo concerniente al *silencio* del beneficiario *directamente frente al propio transferente*. Aquellos autores, según cuya opinión engaños típicos de la estafa son posibles sólo dentro de concretas relaciones comunicativas (63), deberían excluir aquí desde el principio la existencia de un engaño. Pero aun si se pasa por alto esta reflexión, se fracasa de todas maneras a causa de las consideraciones desarrolladas precedentemente acerca del riesgo de orientación; es decir, aquí vale otra vez que el receptor de la transferencia no tiene que librar al transferente de las consecuencias perjudiciales de su deficiente organización (64).

## 2. Caso especial: cobro de un cheque sujeto a repetición

La estructura de los casos de transferencia hecha por error se corresponde, en el punto decisivo normativamente, con aquella de una

(61) Correctamente, HEFENDEHL, NSStZ 2001, p. 284.

(62) En esa medida, modifíco *mi* argumentación expuesta en (nota 2), p. 160.

(63) Fundamental, HERZBERG, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantprinzip, 1972, pp. 72 ss. (sólo una conducta con valor declarativo entraría en consideración como engaño); en extenso acerca de la respectiva controversia, PAWLIK (*supra* nota 2), pp. 109 ss.

(64) Este punto de vista subraya con especial énfasis JOERDEN, JZ 1994, p. 423.

\* Con autorización del autor, se traduce aquí «punibilidad *del cliente*», pese a que en el original alemán dice «punibilidad *del transferente*», lo que claramente no se corresponde al sentido del texto. (N. de la T.)

situación de hecho que en el año 2001 fue sometida a decisión del BGH: Contra la compañía aseguradora *V* le correspondía a *A* el derecho a cobrar la suma de 65.000 DM. *V* remitió un cheque cruzado por el importe respectivo al Banco de *A*, el que le acreditó a éste el valor del cheque. Algunos días más tarde, por equivocación, *V* envió personalmente a *A* un nuevo cheque por la mencionada suma. *A* presentó igualmente este cheque al cobro (65). El BGH rechazó la existencia de un engaño típico: El segundo cheque habría contenido una orden de pago jurídicamente eficaz librada por *V*, la cual habría obligado al Banco girado a materializar el pago. Si bien como consecuencia de la extinción de la deuda producida en el ínterin, a la relación fundamental entre *V* y *A* le habría faltado la causa jurídica en el sentido del § 812 BGB, las circunstancias de la relación fundamental, empero, no pertenecerían «en principio, en una consideración valorativa global, al contenido declarativo de la presentación de un cheque» (66).

La conclusión del BGH debe ser aprobada; la fundamentación, sin embargo, es incompleta, pues el Tribunal no menciona con mayor precisión las valoraciones a las que se refiere. Recurriendo a las reflexiones precedentes se puede remediar esa omisión sin dificultad. Desde el principio sólo entra en consideración una estafa en perjuicio de *V*. Pero en contra de ésta interviene el principio de distribución de competencias desarrollado anteriormente, según el cual el riesgo de orientación con respecto a defectos de organización ha de soportarlos aquel en cuyo ámbito jurídico se producen los defectos respectivos. Por ello, desde el punto de vista jurídico-penal, *V* no tenía derecho ni a esperar que *A* la informara a ella misma sobre su equívoco, ni a confiar en que él llevara esta circunstancia a conocimiento de su *partner* inmediato en la comunicación, es decir, del empleado del Banco que materializa el pago (67).

(65) BGH, NStZ 2002, pp. 144 s.

(66) BGH, ídem, p. 145.

(67) No pertenece inmediatamente al contexto del presente tema –aprovechamiento de defectos de organización ajenos– la cuestión dejada abierta por el BGH (ídem) de si comete un engaño típico aquel que presenta a su *partner* un *cheque extraviado*. Quien recibe tal cheque bajo lesión del deber de examen que le compete según el artículo 21 ScheckG responde, de acuerdo a los §§ 990, 989, 166 párr. 1, 276 BGB, ante el librador, o en caso contrario ante un legitimado, por eventuales daños (RGZ 166, pp. 98, 105; BGHZ 26, p. 268, 272; BAUMBACH/HEFERMEHL, WechselG und ScheckG, 22a ed., 2000, Art. 21 ScheckG, nro. marg. 5a; BÜLOW, WechselG, ScheckG, AGB, 2a ed., 1995, Art. 21 ScheckG, nro. marg. 2, 6). A qué se debe referir ese examen, depende del tipo de cheque presentado (Art. 5 ScheckG). Quien presenta un *cheque al portador* está formalmente legitimado ya por la posesión del documento. En cambio, en el caso de un típico *cheque a la orden*, según el Art. 19 ScheckG, es necesaria una cadena ininterrumpida de endosos. El BayObLG ha extraído de allí la conclusión de que en el caso de presentación de un cheque

#### IV. ERROR AL ENTREGAR DINERO

Por último, han de ser abordados los casos que bien pueden ser denominados «clásicos», es decir, aquellos en los cuales el autor se aprovecha de una falta de atención de su *partner* en la comunicación al entregar dinero. Sirva de ilustración el siguiente caso, decidido en el año 1987 por el OLG Köln: A presentó en la Caja de Ahorros Municipal S un fajo de billetes en moneda extranjera que, como él sabía, poseía un valor aproximado de 5.000 DM. Debido a un error al contar los billetes, la cajera K fijó el valor del fajo en aproximadamente 20.000 DM. Ante la respectiva comunicación, A reaccionó con las palabras: «Está bien así.» A continuación, recibió el pago de la mencionada suma (68). El OLG estimó posible que K, a la comunicación del importe a pagar calculado por ella, haya asociado concluyentemente la pregunta dirigida a A, de si se declaraba de acuerdo con el resultado obtenido al contar el dinero, como fundamento para los cálculos siguientes. En ese caso, a juicio del Tribunal, la respuesta afirmativa de A habría representado un mantenimiento del error, típico de la estafa (69). Según esta interpretación, a diferencia de los casos tratados anteriormente, A no se ha limitado, por medio de la expresión de una petición socialmente adecuada, a «impulsar» la transacción que condujo a un resultado perjudicial para la Caja de Ahorros; antes

al portador extraviado faltaría ya un engaño típico; por el contrario, de la presentación de un cheque a la orden se debería deducir, en todo caso en conexión con una firma efectuada en el reverso, la declaración del presentante de que él sería el legitimado (NJW 1999, pp. 1648, 1649; de acuerdo, LACKNER/KÜHL [*supra* nota 2], § 263, nro. marg. 11; MARXEN, EWiR § 263 StGB 1/99, pp. 519, 520). Esta diferenciación es, sin embargo, poco convincente: La legitimación formal de quien presenta el cheque fundamenta, *en igual medida para ambos tipos de cheques mencionados*, la presunción de su legitimación material. Por ello, desde el punto de vista del engaño, ambas situaciones de hecho deben ser tratadas del mismo modo. Parece correcto negar este elemento del tipo también para el caso de presentación de un cheque a la orden. La conclusión contraria extraída por el BayObLG es demasiado amplia. Para librarse del riesgo de responsabilidad civil, el tomador del cheque necesita sólo determinar *que* existe una cadena de endosos ininterrumpida y «no llamativa» (es decir, que no da motivo a una grave desconfianza). En cambio, él no necesita formarse una convicción positiva en el sentido de que quien entrega el cheque sería el *verdaderamente* (materialmente) legitimado. En correspondencia con ello, éste no tiene motivo para afirmar su legitimación material. Por tanto, de su conducta se debe extraer (formulado en la terminología tradicional) sólo el contenido declarativo de que están dadas todas las circunstancias que el otro debe controlar para determinar su (del transferente) legitimación formal. Pero esta afirmación (cadena ininterrumpida de endosos) es correcta por regla general, de modo que un engaño conforme al § 263 StGB queda excluido.

(68) Según OLG Köln, NJW 1987, pp. 2527 s., con comentario de JOERDEN, JZ 1988, pp. 103 ss.

(69) OLG Köln, ídem, p. 2528.

bien, mediante una confirmación explícita, él ha intervenido en el desarrollo de la transacción como tal (70).

Este acto de participación, sin embargo, en cierta medida le fue impuesto por su *partner* en la comunicación *K*. Se imaginaría el caso en que *K*, al contar el dinero, se hubiera equivocado *en perjuicio* de *A*; entonces, éste observaría el error y contradiría por ello el resultado dado a conocer por *K*. En este supuesto, *A* actúa en su propio interés. Por medio de su intervención puede provocar que *K* deba contar otra vez el dinero, en tanto no quiera arriesgarse a que fracase el negocio. Una intervención inmediata es aquí conveniente para *A*, por lo demás, ya por el hecho de que en caso contrario le amenazan importantes dificultades probatorias. En esa medida, se puede hablar en esta situación de una *carga de contradecir* por parte de *A*. En la interpretación del OLG Köln, ésta se transforma en un *deber de contradecir*. En vez de sus *propios* intereses, el cliente debe ahora favorecer los intereses *ajenos*. Expresado de otro modo: a *K* le es concedida la facultad jurídica de imponer a *A*, de modo unilateral, un *deber de cooperación* reforzado penalmente; ante la pregunta de *K*, *A* debe poner su propio nivel de información al servicio del Banco. Ni siquiera por medio del silencio puede escapar a la exigencia de colaboración, pues de acuerdo a una aclaración expresa del OLG, un silencio de su parte habría de interpretarse igualmente como –concluyente– confirmación (71). La cuestión decisiva normativamente es, por lo tanto, si merece protección penal el esfuerzo de *K* por poner a *A* «en el deber» de actuar a favor del Banco representado por ella. Se trata aquí, una vez más, de la adecuada distribución del riesgo de orientación entre los *partners* de la comunicación. Se hace manifiesto, por consiguiente, que la estructura normativa del presente problema coincide con aquella de los casos tratados con anterioridad: Declaraciones que de modo *puramente fáctico* son apropiadas para conducir a error al *partner* de la comunicación –como por ejemplo la manifestación explícita «¡Está bien así!», en la situación de hecho del OLG Köln– caen en el ámbito de regulación del tipo penal de la estafa, sólo cuando bajo puntos de vista normativos se presentan como *no cumplimiento de un deber de cooperación*. Con más precisión: Uno de los *partners* debe poder ser considerado como *competente* por una determinada provisión de información para su contraparte. A consecuencia de ello, el déficit de

---

(70) En esa medida, este caso resulta algo más difícil que aquellas situaciones de hecho en las que el cliente, sin hacer comentario, se guarda el vuelto que le es entregado. Que en estos casos no interviene el § 263 StGB, es reconocido hoy casi unánimemente (referencias en nota 8).

(71) OLG Köln, NJW 1987, pp. 2527, 2528.

información de ésta se imputa incriminatoriamente a aquél, al competente. La denominación para el juicio de imputación respectivo en el contexto del § 263 StGB reza: «engaño».

¿Ha cometido *A* un engaño en este sentido, por medio de su respuesta afirmativa a la pregunta de *K*? Por regla general, el *partner* de un negocio tiene derecho a esperar, al solicitar una información, que su contraparte no responda a la pregunta que le fue dirigida contradiciendo su propia convicción. Es decir, de la fiabilidad básica del medio de comunicación «lenguaje» dependen *por igual ambas partes contratantes*; en esa medida, el deber de veracidad no representa una carga unilateral (sólo) del interrogado *in concreto*. Pero desde el punto de vista de la estafa, la fiabilidad de informaciones proporcionadas por medio del lenguaje no es un fin en sí mismo (72); ella sirve para posibilitarle a la persona individual el *manejo auto-responsable de su patrimonio* (73), para facultarla por tanto, a modo de ejemplo, para decidir sobre una base objetiva suficiente respecto de la aceptación de riesgos económicos. Este limitado objetivo *no* exige descargar al titular del patrimonio también de aquellos riesgos que se generan para él por el hecho de que debe *procesar y evaluar*, dentro de su propia esfera de organización, las informaciones relevantes para su decisión. Pero justamente a ello se llegaría, si se calificara como engaño típico, junto al OLG Köln, la reacción afirmativa de *A* a la pregunta de *K*. La soberanía de organización, tanto para el acto de pago propiamente, como también para el proceso de conteo y de cálculo previo, corresponde aquí a quien efectúa el pago, es decir, al Banco. Sus empleados competentes tienen derecho a decidir cómo debe ser ejecutado técnicamente el proceso en que se cuenta el dinero, y qué personal es designado para ello. Si bien el cliente está habilitado a contradecir el *resultado obtenido*; el Banco puede no permitir, empero, intromisiones del cliente en el *procedimiento como tal* por él determinado. Quien tiene el *derecho de determinación* exclusivo sobre un cierto ámbito de organización, y además está facultado a *retener* para sí las *ganancias* allí generadas, ése no tiene permitido a la vez poder extender a su *partner* en la comunicación, por medio de una simple interrogación, la *competencia por la eliminación de eventuales errores* de esa organización. El hacer participar a éste en los *riesgos* de la organización respectiva, pero privarlo de las *ventajas* (jurídicas y económicas) de

(72) Este punto de vista pasa por alto KINDHÄUSER, en: NK-StGB (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 122; *el mismo*, LPK (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 65. KINDHÄUSER acepta un *amplio* deber con el contenido de atenerse a la verdad cuando se dice algo.

(73) PAWLIK (*supra* nota 2), p. 83.

ésta, significaría otra vez introducir una asimetría fundamental en la relación con su contraparte, para la cual no existe una razón convincente objetivamente. Por tanto, aun si en el presente caso se interpreta en el sentido de una pregunta la comunicación a *A* del resultado obtenido al contar el dinero, *A* no estaba obligado a dar una respuesta conforme a la verdad. Antes bien, el riesgo de orientación permanece en el ámbito de *K*. La transformación, tomada en cuenta por el OLG Köln, de la carga de contradecir del cliente en un deber de cooperación, por esta razón, no merece aprobación. Un engaño típico de *A* no entra en consideración (74).

## V. RESUMEN

Con ello, el presente estudio ha llegado a su término. Éste se ha esforzado, por un lado, por poner de relieve las valoraciones materiales que son decisivas contra una punibilidad por estafa en los casos de errónea acreditación en cuenta y en las constelaciones, emparentadas a ellos, del aprovechamiento de defectos de organización ajenos. Por otro lado, la exposición precedente ha intentado demostrar que un tratamiento sistemáticamente satisfactorio de estas situaciones de hecho requiere una consecuente normativización del concepto del engaño típico. Si en el marco de la modificación del entendimiento tradicional del engaño, se concedió un lugar destacado a las expresiones «competencia» y «distribución de competencias», ello no ocurrió con la intención de imponer a la dogmática de la estafa una determinada posición teórico-penal, o incluso filosófico-jurídica. Como ya antes fue expuesto, la presente terminología surge, antes bien, del afán por conceptualizar y por reunir en un conjunto sistemáticamente satisfactorio, modos de razonar que materialmente son reconocidos ya en gran medida y –si bien no siempre libre de contradicciones– de hecho son puestos en práctica. Que de este modo la interpretación de un tipo penal central de la Parte Especial haya sido familiarizada más íntimamente con algunas categorías básicas de la teoría general del derecho penal, representa, a mi parecer, un beneficio para ambas partes: La dogmática de la Parte Especial obtiene en esa medida una base sistemática más estable, y aquella de la Parte General gana en claridad y en relevancia práctica. Confío por ello en que un hombre de ciencias como Ernst-Joachim Lampe, formado por igual en ambas áreas, contemplará con simpatía el objetivo aquí perseguido.

(74) Del mismo modo, JOERDEN, JZ 1988, pp. 104 s.

# La autoría mediata por aparatos jerarquizados de poder en la jurisprudencia española

ALICIA GIL GIL (\*)

## I. INTRODUCCIÓN

Hace cuarenta y cinco años Roxin expuso por primera vez su construcción de la autoría mediata por aparatos de poder jerarquizados (1). Desde entonces han corrido ríos de tinta a favor y en contra de esta teoría. No es objeto de este trabajo pronunciarnos sobre los múltiples argumentos y contraargumentos vertidos por la doctrina española, alemana o de otros países a favor o en contra de esta figura. Existen en la literatura española obras excepcionales en este sentido que pueden ilustrar al lector sobre la discusión, mucho mejor de lo que yo podría hacerlo en un resumen de 30 páginas, como por ejemplo la magnífica monografía de Eva Fernández, *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, Granada, Comares, 2006, la más breve pero muy completa y clara obra de Patricia Faraldo, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas: la autoría mediata con aparatos organizados de poder*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, o, con carácter más general, referido a todas las formas de autoría mediata, el excelente libro de Carolina Bolea, *Autoría mediata en Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

El objeto de este trabajo, por el contrario, se centra en el análisis de la aceptación de esta figura por la jurisprudencia española. Los tri-

---

(\*) Profesora Titular de Derecho penal, UNED, Madrid.

(1) ROXIN, «Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate», en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1963, pp. 193 ss., que posteriormente dio lugar a la obra *Täterschaft und Tatherrschaft*, § 24 (1.ª ed., 1963, 8.ª ed., 2006). Existe traducción española de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, de la 6.ª y la 7.ª ed. publicadas por Marcial Pons, 1998 y 2000.

bunales españoles jamás han condenado hasta ahora en aplicación de esta figura, aunque sí se han referido a ella en algunas escasas resoluciones. Me propongo por tanto analizar los motivos de la no utilización de esta teoría. Pretendo investigar si la no aplicación de la construcción de Roxin se debe a un rechazo de la misma que acoja los argumentos de una parte de la doctrina o a otras razones, como pueden ser la ausencia hasta el momento de supuestos en los que se den todos los elementos exigidos para la aplicación de esta figura, o, incluso, a la innecesariedad de la misma ante la interpretación propia y amplísima que la jurisprudencia española viene haciendo de otras figuras, en contra de las definiciones doctrinales de las mismas.

En las siguientes líneas vamos a analizar las diferentes soluciones que nuestra jurisprudencia ha adoptado para imputar al dirigente de una organización los crímenes cometidos por sus subordinados, para, finalmente, extraer algunas consecuencias que darán respuesta a la pregunta sobre por qué los tribunales españoles nunca hasta hoy han aplicado la autoría mediata por aparatos de poder jerarquizados.

## II. LA IMPUTACIÓN AL DIRIGENTE EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

Antes de entrar en el análisis de la jurisprudencia española sobre la forma de imputación al jefe u organizador, conviene advertir que la autoría y participación es una de las materias tratadas de forma más caótica por nuestros tribunales (2), por lo que no vamos a encontrar una línea jurisprudencial clara sino cantidad de soluciones dispares, de las que solo podremos extraer la conclusión de que existen varias soluciones dominantes simultáneamente aplicadas.

### 1. La solución de la coautoría

La principal razón por la que los tribunales españoles no han sentido nunca la necesidad de acudir a la figura de la autoría mediata por aparatos de poder es en mi opinión, como voy a ilustrar a continuación, que manejan un concepto de coautoría tan amplio que aquella figura no les resulta necesaria.

Aunque el TS repite sistemáticamente en todas sus sentencias desde finales de los 90 hasta la actualidad que aplica la teoría del

---

(2) De la misma opinión BACIGALUPO (2008), pp. 1 ss.

dominio funcional del hecho en la coautoría (3), pretendiendo con ello haber abandonado la teoría del acuerdo previo (4) que ideó la jurisprudencia española para hacer responder como autor al organizador, lo cierto es que en muchas sentencias aplica una versión propia de la teoría del dominio funcional que se aparta de la concepción mayoritaria en la doctrina. Aunque cada vez se pueden encontrar más sentencias en las que se analizan correctamente los elementos de esta figura: el acuerdo de voluntades, la aportación durante la fase ejecutiva y su esencialidad (así SSTS. de 19 de julio de 2007 y de 15 de marzo de 2007) (5), en otras muchas prescinde de analizar –porque da por supuesto– o incluso de exigir la esencialidad de la contribución, conformándose con que esta se preste en fase ejecutiva según el plan común (por ejemplo SSTS 27 de enero de 1999, 9 de febrero de 1999, 8 de junio de 1999) (6) e incluso encontramos sentencias en que aprecia coautoría y considera que todos los intervinientes tenían el dominio del hecho cuando existió un mutuo acuerdo entre los intervinientes en el cual se repartieron los papeles que debían representar cada uno y aunque alguno de ellos haya actuado exclusivamente en fase preparatoria. Así por ejemplo el TS condena como coautor a quien solo ha participado en la organización y planeamiento del delito, afirmando que tal sujeto tenía el dominio del hecho como los demás inter-

---

(3) Véase sobre ello GARCÍA DEL BLANCO (2006), pp. 544 ss.

(4) El TS utilizó esta teoría para hacer responder como autores a todos los intervinientes en la comisión de un delito que hubieran acordado previamente su ejecución y con independencia del papel material que cada uno de ellos desempeñara en la realización de ese plan acordado. Véase sobre la misma con mayor detalle GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ (2001), pp. 201 ss. La teoría del acuerdo previo fue formalmente abandonada por la TS tras la demoledora crítica de Gimbernat en su obra *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966. La superación de esta doctrina no es sin embargo total en nuestra jurisprudencia pues con frecuencia el TS se conforma ahora con cualquier tipo de aportación del participante en el acuerdo común, sin que el tribunal entre a valorar su esencialidad o no para asignarle una responsabilidad como coautor o sin exigir que se realice en fase ejecutiva. Véase GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ (2001), pp. 203 ss., y GARCÍA DEL BLANCO (2006), pp. 522 ss.

(5) Según esta jurisprudencia, que estaría de acuerdo con la doctrina mayoritaria, el coautor debe aportar una contribución esencial en fase ejecutiva, y eso es lo que le da el dominio funcional del hecho, y lo que le diferencia del cooperador necesario, que actuaría solo en fase preparatoria. Como señala CEREZO MIR (2001), p. 226, el requisito de la esencialidad de la aportación del coautor debería examinarse *ex ante*, y de esta manera el cooperador necesario también podría actuar en fase ejecutiva, pero con una contribución no esencial *ex ante* (dominio del hecho propio del coautor) sino sólo *ex post*.

(6) Véase sobre ello GARCÍA DEL BLANCO (2006), p. 549 y nota 465, p. 558.

vinientes en las SSTS de 4 de noviembre de 1997 (7), de 8 julio 1998, 2 de febrero de 1999, 14 de diciembre de 1998, 31 de marzo de 2000, 13 de diciembre de 2002 (8).

La mayoría de la doctrina española defensora de un concepto de autor basado en la idea del dominio del hecho exige que el coautor actúe en la fase ejecutiva con una contribución que aún no siendo típica se considere esencial según el plan común para la realización del delito. La doctrina además suele entender que no basta para considerar como esencial una aportación con afirmar la capacidad del code-lincuente de impedir la comisión del delito, aunque el TS interpretó la esencialidad en este sentido en alguna ocasión, sino que se trataría de

---

(7) STS de 4 de noviembre de 1997: «1. Esta Sala ha sostenido reiteradamente en los últimos años que el previo acuerdo, por sí mismo, no es determinante de la coautoría, como lo consideraba la jurisprudencia más antigua. Por el contrario, la decisión conjunta de la realización del hecho punible, que caracteriza la coautoría, debe ir acompañada de una aportación a la ejecución que exteriorice el dominio funcional del hecho, o el codominio del mismo. Por lo tanto, la tesis sostenida por el Fiscal debe ser analizada desde esta perspectiva, dado que el solo acuerdo previo entre los partícipes no es determinante de la coautoría, ni de la cooperación necesaria. En efecto, el criterio del acuerdo previo es, ante todo, incompatible con el propio texto de la ley penal, dado que, éste (antes y después de la reforma de 1995) exige “un acto sin el cual (el delito) no se habría efectuado”. Es evidente que un acto de estas características requiere inexorablemente una aportación de determinada significación, que no puede ser en ningún caso reemplazada por el acuerdo entre los partícipes. Si esto es así respecto de la cooperación necesaria, no puede ser de otra manera para la coautoría, toda vez que ésta debe implicar también un juicio sobre la aportación al hecho que justifique un reproche penal adecuado a la autoría.

2. En el presente caso los criterios antes señalados conducen al resultado propugnado por el Fiscal, dado que el recurrente, además de haber tomado parte de una decisión común de realizar el hecho, ha participado en la dirección y organización del hecho punible por el que se lo condena junto con otro implicado en los hechos. De esta manera, su codominio del hecho no puede ser puesto en duda, toda vez que la participación en la dirección del hecho le proporcionaba al acusado la posibilidad de configuración del delito como tal».

(8) En la sentencia de 13 de diciembre de 2002, el TS interpreta que en su sentencia contra el comando Araba de ETA, la AN había calificado al dirigente organizador, que solo había intervenido en la fase preparatoria, como autor mediato, pero en un sentido no técnico, significando con ello únicamente que no había realizado él mismo la acción típica y sin hacer ninguna referencia a utilizar a otro como instrumento, lo que a juicio del TS no impide su consideración como autor directo pues su aportación era absolutamente relevante y convergía con la de los demás acusados en la consecución del resultado. En realidad la SAN 183/2000 de 20 de enero de 2000 es sumamente confusa, empieza calificando a los organizadores que actúan en fase preparatoria de autores mediatos, para luego decir que el autor mediato en sentido estricto, o técnico exige instrumento irresponsable, y acabar considerándoles autores directos al haber no solo «concurso de voluntades entre todos los partícipes, sino que también cada uno de ellos tuvo dominio del acto, puesto que su propio o voluntario desistimiento hubiera vuelto ineficaz la ejecución de los otros partícipes».

al menos la posibilidad de evitar el hecho mediante la no prestación de su aportación desde una perspectiva *ex ante* (9). Por ello, prescindiendo de los excesos en que incurre el TS al considerar coautor a quien actúa exclusivamente en la fase preparatoria, parece que para considerar al dirigente u organizador coautor sería exigible como mínimo que el mismo actualizara su contribución durante la fase de ejecución y que además ello se considerase esencial para la comisión del delito.

Así, en opinión de Cerezo Mir (10), o de Gómez Benítez (11), el jefe de la banda que actualiza su función de dirección u organización durante la fase de ejecución y quienes sin realizar actos ejecutivos cooperan de cualquier otra forma necesaria en dicha fase ejecutiva tienen el dominio funcional del hecho y son verdaderos coautores. En cambio cuando el organizador no actualiza su labor durante la fase ejecutiva, es decir, no dirige la ejecución del delito, aunque sea a distancia, no puede ser considerado autor (12).

Podría considerarse que la STS en el caso del secuestro de Segundo Marey por el grupo terrorista GAL (STS 8421/1998 de 29 de julio de 1998, Ponente: Joaquín Delgado García) (13) el TS aplicó esta versión, pues condenó al Ministro del Interior y al Secretario de Estado como autores (14), al considerar probado que habían participado en la toma de algunas decisiones conforme iban surgiendo problemas concretos (como si se dejaba en libertad al secuestrado o no al percatarse de que se habían confundido de víctima, o qué contenido se daba a la nota de rescate). Esta toma conjunta de decisiones durante la fase de ejecución podría considerarse que cumple el requisito de la actualización de la función de dirección, del que habla Gómez Benítez.

---

(9) Véase sobre todo ello GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ (2001), pp. 392 ss. con abundantes citas doctrinales.

(10) CEREZO MIR (1982), pp. 176-177.

(11) GÓMEZ BENÍTEZ (2000), pp. 120, 135-136.

(12) GÓMEZ BENÍTEZ (2000), p. 119, nota 29, p. 120.

(13) El ponente prescinde absolutamente de fundamentar el concepto de autor según el cual imputa a los acusados, por lo que solo podemos deducirlo de los elementos que declara probados y en los que basa dicha calificación.

(14) Los intermediarios tanto políticos –el gobernador civil, el secretario general del PSOE en Vizcaya– como policiales –los jefes policiales– también son considerados coautores, porque se considera que toman parte en las decisiones tanto iniciales como durante la fase de ejecución. Los ejecutores también fueron considerados por supuesto autores, los mercenarios franceses que realizaron el secuestro fueron juzgados en Francia, donde se cometió el hecho, los policías españoles que recibieron al secuestrado entregado en la frontera por los mercenarios franceses, lo custodiaron o trasladaron son también considerados autores por el TS, pues todos ellos realizaron actos típicos.

En cambio, mucho más lejos va la solución de Muñoz Conde (15), que en contra de la opinión mayoritaria, y a favor de la interpretación más amplia que están haciendo los tribunales, considera que en determinados casos de delincuencia organizada puede considerarse autor al dirigente organizador que actúa exclusivamente en fase preparatoria. De esta opinión son también otros autores españoles que defienden que igualmente que el que actúa sólo en fase preparatoria puede tener el codominio del hecho, como Ferré Olivé (16) o Marín de Espinosa (17): Aunque puede decirse que esta opinión es en nuestra doctrina todavía minoritaria (18).

En la STS 6461/2001 20 de julio de 2001 (caso Lasa-Zabala) (19), Ponente: Joaquín Giménez García, también en el marco del terrorismo

---

(15) En opinión de MUÑOZ CONDE (2001), p. 518, el dirigente de ETA que sin intervenir en los atentados decide su ejecución desde la cúpula de la organización puede ser considerado coautor si decide la realización de un atentado concreto identificando a la víctima y planeando todos los detalles de la ejecución y quién se encargará de la misma, aunque luego no intervenga en la fase ejecutiva. En su opinión en casos de criminalidad organizada como la terrorista no ve una diferencia sustancial entre la conducta del que realiza directamente el hecho y la del que lo planifica, lo controla y dirige su concreta realización, aunque no esté presente en la ejecución y su aportación se haya realizado antes de que esta comience. Por ello lo que para la mayoría constituiría una cooperación necesaria –según una definición de esta figura que él mismo aceptó por no dejar como superflua esta categoría y que cree necesario conservar para cuando no se pueda demostrar el dominio funcional según su explicación– es en realidad una verdadera coautoría (p. 520).

(16) En su opinión el jefe aunque no realiza actos ejecutivos domina funcionalmente el hecho si su aportación es de magnitud relevante, FERRÉ OLIVÉ (1999), pp. 96-97.

(17) Según esta autora, no es necesario contribuir en fase ejecutiva para ser coautor, siempre que se tenga mando de decisión o funciones directivas, quien emite la orden y quien la trasmite determinan el desarrollo del hecho y son coautores, MARÍN DE ESPINOSA (2002), pp. 140-141.

(18) Así lo constata FERNÁNDEZ IBÁÑEZ (2006), p. 283.

(19) STS 6461/2001 de 20 de julio de 2001 (caso Lasa-Zabala) Ponente: Joaquín Giménez García: «En el presente caso ya se parte de la acreditación por prueba directa –testimonio del coimputado– y resto de las probanzas analizadas de la realidad de la detención de dos personas y de la autoría respecto del recurrente. Autoría que es plural en la medida en que existe un acuerdo de voluntades de varias personas, todas menos una, integradas en una cadena mando militar, pero el único civil, el Sr. XXX, en su condición de Gobernador Civil, Jefe de todas las Fuerzas de Seguridad del Estado en la Provincia; todas acordes en la realización del plan delictivo trazado, con distintos papeles en tres niveles que pueden ser de decisión, coordinación y ejecución, todos nucleares respecto del tipo y por tanto con igual grado de responsabilidad penal, ...»

«se está en un claro supuesto de coautoría en el que hay un reparto de papeles, y en este sentido cuando los diversos partícipes colaboran eficazmente en el fin común, todos son autores de los hechos, y por lo que se refiere al recurrente, a la sazón Gober-

de Estado de los GAL, puede verse esta construcción de la coautoría, pues en la narración de los hechos solo se alude a una intervención del Gobernador Civil de Vizcaya en la fase preparatoria, como persona que toma la decisión e interviene en la organización, sin que quede acreditada su posterior intervención o toma de decisiones concretas durante la fase ejecutiva, a pesar de lo cual es considerado coautor.

Una solución intermedia podemos ver en el Auto del Tribunal Constitucional 332/1984, de 6 de junio desestimando el recurso de amparo presentado por el General Armada y Comyn (20), frente a la condena del TS como autor del delito de rebelión por su intervención en el Golpe de Estado del 23 de febrero de 1981 por sentencia 1175/1983, de 22 de

---

nador Civil de la Provincia, y como tal autoridad máxima del Ejecutivo Central, y jefe de todas las fuerzas de seguridad, es claro que sin su consentimiento, o por decirlo más claramente contra su consentimiento, no hubiera podido llevarse a cabo unos hechos como los enjuiciados, existiendo una evidente «comunidad» de decisión con el resto de condenados por quien en función del cargo que tenía se encontraba en una clara posición de garante de los valores superiores del ordenamiento jurídico como la libertad y el propio respeto a la Ley, con independencia de que la ejecución fuese realizada por otras personas».

(20) *Auto del Tribunal Constitucional 332/1984, de 6 de junio* (desestimando el recurso de amparo presentado por el General Armada y Comyn, frente a la condena del TS como autor del delito de rebelión por su intervención en el Golpe de Estado del 23 de febrero de 1981 por sentencia 1175/1983 de 22 de abril de 1983 Ponente: Luis Vivas Marzal): «Según constante y conocida doctrina jurisprudencial, cuando varias personas se ponen de acuerdo entre sí para un común fin delictivo, se crea una solidaridad en orden a la responsabilidad criminal, que convierte a todos los concertados en autores del delito, cualquiera que sea la importancia de la actuación material de cada uno en el reparto de papeles para la ejecución del plan concebido. En consecuencia, cuando alguien se concierta con terceros para cometer un delito de rebelión militar, repartiéndose las misiones respectivas para la ejecución de este delito, esencialmente intersubjetivo y con exigencia de intervenciones plurales y de función varia, resolviéndose su ejecución que se pone en práctica por los concertados, desde el mismo momento del alzamiento de armas se entra en la fase consumativa, que absorbe los actos previos y preparatorios, respondiendo todos los concertados por el delito consumado de rebelión, aunque la parte correspondiente a los actos que en el concierto se hayan encomendado al agente concreto no puedan llegar a realizarse en la totalidad planeada, pese a los intentos del mismo, por causas exteriores a él y ajenas a su voluntad, que ha permanecido identificada con la de los rebeldes y con el fin común propuesto. Conforme a ello, el procesado General Armada y Comyn, concertado para la ejecución del delito de autos con los demás rebeldes y que, ya iniciado el alzamiento en armas y consumado el delito de rebelión, intentó dirigirse al Palacio de la Zarzuela, para encontrarse en tal lugar durante los hechos, como estaba convenido, así como trató de sustituir al Gobierno legítimo por otro presidido por él, como era propósito de los rebeldes, lo que no logró por la oposición de terceros y no por desistimiento voluntario, no puede considerarse como simple conspirador que no traspasa la fase preparatoria del delito, apartándose de su ejecución, sino que es partícipe de la parte ejecutiva de la que debe responder en la forma prevista en el artículo 287 del Código de Justicia Militar, por su carácter de cabeza principal de la rebelión».

abril de 1983. Según este auto del TC, que intenta explicar y dar por buena la solución del TS, frente a la sentencia del Consejo Supremo de Justicia Militar, que había condenado a Armada sólo por conspiración, bastaría por tanto con que el dirigente, en su planeamiento del delito se hubiese asignado algún papel a cumplir en la fase de ejecución –en este caso acudir a palacio y convencer al Rey para que aceptase el golpe de Estado y proponer un futuro gobierno que sustituyera al legítimo– para que fuese considerado autor, aun cuando luego no hubiese conseguido realizar esa aportación, a pesar de lo cual el delito –que es de mera actividad– se perfeccionó, y el acusado responde como autor de un delito consumado.

Se puede decir, por tanto, que en la jurisprudencia española ha imperado la tesis de la coautoría para imputar a los dirigentes los delitos cometidos por los subordinados. Unas veces exigiendo la actualización de la dirección en la fase ejecutiva, otras presuponiendo que el dirigente organizador tiene el dominio del hecho aun cuando sólo actúe en la fase preparatoria, y otras muchas por la vía de considerar verdaderos autores a los inductores y a los cooperadores necesarios (21).

Las primeras dos vías responden a una tendencia a ampliar el concepto de coautor, que también se ha advertido en Alemania, donde, a diferencia de lo que sucede en España, no existe la figura del cooperador necesario que permite castigar al partícipe con la misma pena que el autor si la importancia de su contribución lo merece (22). Pero a pesar de que nosotros contamos con la figura del cooperador necesario nuestro TS sigue castigando como coautor, bien porque le parezca que la calificación como cooperador o como inductor supondría rebajar la consideración de la aportación del jefe, aun cuando se le pusiera la misma pena, o bien, y entramos con ello en la tercera vía anunciada, porque nuestros tribunales han asumido en múltiples resoluciones que el cooperador y el inductor son verdaderos autores, por lo que directamente pasa a considerarlos como tales, manejando todos estos conceptos indistintamente como si fueran la misma cosa (por ejemplo SSTS de 12 de febrero de 1976, de 4 de noviembre de 1997 y 7 de noviembre de 2001).

Aunque en muchas sentencia el TS ha reconocido que inductor y cooperador necesario no son verdaderos autores, en otras muchas sigue considerándolos autores pese a que la doctrina mayoritariamente

---

(21) Sobre la tendencia de nuestra jurisprudencia a considerar a los inductores y cooperadores necesarios como verdaderos autores y sus causas véase BACIGALUPO (2008), pp. 3 ss.

(22) Sobre ello FARALDO CABANA (2004), p. 128

afirma que no todas las figuras recogidas en el antiguo artículo 14, actual artículo 28 son autores, sino que inductores y cooperadores necesarios son partícipes castigados con la misma pena que el autor (23). Por ello muchas sentencias contra dirigentes de ETA argumentan en los fundamentos jurídicos que el dirigente organizador que ordenó el atentado y en ocasiones también proporcionó los medios para cometerlo es inductor por lo primero y cooperador necesario por lo segundo, a pesar de lo cual luego el fallo los condena como autores. Véase como ejemplo la STS de 2 de julio de 2004 y Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal de 2 de octubre de 2002 y en el mismo sentido la SAN 27 de septiembre de 2000.

En España algunos de los autores que rechazan la construcción de Roxin de la autoría mediata por aparatos de poder organizados proponen castigar al hombre de atrás como coautor. Por ejemplo Conde Pumpido (24), Ferré Olivé (25), Marín de Espinosa (26) y Muñoz Conde (27) para las organizaciones criminales no estatales ni paraestatales (28).

Aunque una parte de la doctrina ha rechazado la solución de la coautoría para aquellos casos que en su opinión deberían ser tratados como autoría mediata por aparatos de poder, argumentando, siguiendo a Roxin, por ejemplo, la falta de acuerdo entre el dirigente y el ejecutor material (29) hay que decir que nuestro TS ha interpretado el elemento del mutuo acuerdo de manera muy amplia, se acepta el acuerdo tácito y coetáneo a la realización de los hechos, pero además al TS le basta en ocasiones el mero conocimiento o incluso el no oponerse para imputar en coautoría.

Así en el caso del secuestro de Segundo Marey, antes mencionado, (STS de 29 de julio de 1998) en relación con la responsabilidad como coautor del Ministro de Interior, le bastó al TS para fundamentar el codominio del hecho con argumentar que el Ministro estaba infor-

---

(23) Véase sobre ello con abundantes citas de jurisprudencia y de doctrina GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ (2001), pp. 64 y pp. 67 ss.

(24) CONDE-PUMPIDO FERREIRO (1997), p. 21.

(25) FERRÉ OLIVÉ (1999), pp. 96-97.

(26) MARÍN DE ESPINOSA (2002), pp. 134, 137 ss.

(27) MUÑOZ CONDE (1999) pp. 155 ss., MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (2004), p. 456.

(28) Para las estatales y paraestatales acepta la autoría mediata por aparatos de Roxin, véase MUÑOZ CONDE /GARCÍA ARÁN (2004), p. 454.

(29) Entre otros sostienen este argumento contra la solución de la coautoría FARALDO CABANA (2004), p. 129, FERNÁNDEZ IBÁÑEZ (2006), p. 260, CEREZO MIR (2001), p. 218, nota 52, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ (2001), p. 375, PÉREZ CEPEDA (2002), p. 117.

mado y había consentido, o como mucho había participado en la toma de algunas decisiones conforme iban surgiendo, aunque no hubiera jamás ninguna comunicación directa entre el Ministro y los ejecutores materiales del secuestro. Nótese que según el relato de los hechos el ministro y el Secretario de Estado no podían ser considerados inductores pues no parte de ellos la idea, sino que la aceptan al serles planteada por el gobernador civil que habría decidido el plan junto con los jefes policiales.

El TS aprecia el acuerdo de voluntades por tanto sin necesidad de contacto entre todos los coautores, bastando con que la información haya llegado a todos ellos a través de los eslabones que hacen de intermediarios. Podría por tanto afirmarse que el TS acepta que el cumplimiento de una orden o encargo es sumarse a un acuerdo de forma tácita, como lo es también el aprobar o consentir la operación diseñada por unos subordinados para ser ejecutada por otros que aceptan el encargo.

Una parte de la doctrina está de acuerdo con esta relativización del requisito del mutuo acuerdo, pues desde el momento en que se acepta la suficiencia de un acuerdo tácito y coetáneo a la realización de los hechos es posible que no exista una resolución delictiva expresa y con distribución de roles (30).

También se argumenta en contra de la solución de la coautoría que en estos casos no hay «realización conjunta del hecho» como exige nuestro CP (31). Sin embargo, como ya hemos dicho, muchos autores españoles opinan que el coautor tiene el dominio funcional del hecho y puede ser subsumido en la definición del artículo 28 cuando a pesar de no realizar actos ejecutivos realiza o actualiza una aportación esencial en la fase de ejecución. Ello supone que el hombre de atrás puede ser considerado coautor si «sigue dirigiendo» la realización del hecho durante la fase ejecutiva aun cuando no llegue a realizar actos ejecutivos ni esté siquiera presente en el lugar de la ejecución, pues puede

---

(30) Sobre la aceptación del acuerdo tácito y coetáneo en la doctrina española véase GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ (2001), pp. 160 ss. con ulteriores citas en nota 135, y pp. 164 ss., con citas de doctrina y jurisprudencia del TS en nota 142 y GARCÍA DEL BLANCO (2006) pp. 557 ss., que destaca la escasa prueba que exige el TS para afirmar la existencia de un acuerdo coetáneo y tácito, bastando con estar presente y no oponerse, o deduciéndose de la acción conjunta realizada, etc. Como señala esta autora en la doctrina y jurisprudencia española se admite incluso una coautoría sucesiva, o como la llama el TS «adhesiva».

(31) Asume esta crítica FERNÁNDEZ IBÁÑEZ (2006), p. 264, y como muy bien apunta esta autora la solución a la misma dependerá de si se acepta o no que quien actúa sólo en fase preparatoria tenga dominio funcional del hecho.

dirigirla a distancia (32). Con esta intervención en la fase ejecutiva (33) parece que se satisfaría el requisito típico de la comisión «conjunta» que exige el artículo 28 CP español en la definición de la coautoría. Pero quienes defienden que también tiene el dominio del hecho quien actúa solo en la fase preparatoria (34) tendrán el mismo argumento para defender que ese dominio del hecho supone la realización conjunta del mismo. Desde luego así lo ha entendido la Jurisprudencia. La STS de 14 de diciembre de 1998, con un argumento luego repetido en muchas otras sentencias, afirma: «La nueva definición de la coautoría acogida en el artículo 28 del CP 1995 como “realización conjunta del hecho” viene a superar las objeciones doctrinales a la línea jurisprudencial que ya venía incluyendo en el concepto de autoría, a través de la doctrina del “acuerdo previo”, a los cooperadores no ejecutivos, es decir a quienes realizan aportaciones causales decisivas, pero ajenas al núcleo del tipo –por ejemplo, a quien planea el “golpe” que ejecutan otros– pese a que resultaban más difícilmente encuadrables en el artículo 14.1.º del CP 73 que exigía “tomar parte directa en la ejecución del hecho”. La “realización conjunta del hecho” implica que cada uno de los concertados para ejecutar el delito colabora con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto. No es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, pues a la realización del mismo se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común. En consecuencia, a través del desarrollo

---

(32) FARALDO CABANA (2004), p. 137, NÚÑEZ CASTAÑO (2000), p. 187, GÓMEZ BENÍTEZ (2000), p. 112, FERRÉ OLIVÉ (1999), p. 97, MUÑOZ CONDE (2001), pp. 513, 520, aunque acepta la teoría de Roxin de la autoría mediata por aparatos de poder jerarquizados, propone también la solución de la coautoría para los casos en que no se de alguno de los requisitos de aquella construcción. En su opinión no sería necesario para responder como autor ni la presencia física en la fase de ejecución ni la realización de actos ejecutivos, y va todavía a más lejos que los autores anteriormente citados, al admitir que incluso aportaciones no realizadas en la fase ejecutiva, sino antes, pueden ser calificadas de coautoría, si en una valoración total y globalizadora de las mismas, desde el punto de vista de su relación de intermediación temporal y espacial con la acción ejecutiva, se entiende que son tan decisivas para la realización del delito como las propiamente ejecutivas, pues determinan o coconfiguran decisivamente la realización del hecho, y que por ello quien las realiza tiene el dominio funcional de hecho.

(33) La doctrina mayoritaria en España exige una aportación durante la fase ejecutiva para considerar al sujeto coautor véase por ejemplo CEREZO MIR (1982), pp. 176-177, GÓMEZ BENÍTEZ (2000), pp. 110 ss., GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ (2001), pp. 372 ss., con ulteriores citas doctrinales. En cambio por ejemplo MUÑOZ CONDE (2001), pp. 519 ss., defiende que cabe la coautoría no ejecutiva.

(34) Véase por ejemplo MUÑOZ CONDE /GARCÍA ARÁN (2004), p. 455.

del *pactum scaeleris* y del co-dominio funcional del hecho, cabe integrar en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones ajenas al núcleo del tipo, como la de quienes planifican, organizan y dirigen a distancia la operación, sin intervenir directa y materialmente en su ejecución».

En mi opinión esta interpretación que considera coautor a quien sólo interviene en la fase preparatoria es excesiva y lleva a borrar la distinción entre autor y partícipe. Lo cierto es que el TS parece haber encontrado en la teoría del dominio del hecho, por su mayor flexibilidad –o quizá indefinición– de los criterios, una puerta abierta para poder fundamentar sin mayores problemas, aparentemente, las soluciones por las que previamente ya se había decantado teniendo en cuenta para ello básicamente el criterio de la necesidad de pena que merece determinada intervención, lo que ha sido criticado por la doctrina, pues en la mayoría de los casos sería más adecuada una calificación como inducción o como cooperación necesaria, lo que en el CP español satisface de igual manera el deseo de imponer la misma pena que al autor, pese a lo cual el TS se empeña en ampliar el concepto de coautor (35), hasta el punto que la teoría del acuerdo previo, rechazada por la doctrina y por el propio TS hace años, se esconde realmente tras múltiples decisiones (36).

Si no se acepta que quien realiza un acto preparatorio pueda tener el dominio funcional del hecho, y si la labor de organización no se actualiza en la fase ejecutiva ni tan siquiera como «dirección de la ejecución», por ejemplo porque el dirigente de la organización delega en subordinados intermedios esa dirección en la fase de ejecución, ya no se puede considerar al dirigente coautor, y entrarían en juego otras figuras, u otras fundamentaciones de la autoría.

Pero volviendo al tema que nos ocupa en este trabajo, lo cierto es que además del argumento de que la amplitud de la figura de la coautoría tal y como la entienden nuestros tribunales ha hecho innecesario para ellos acudir a nuevas construcciones, también hay que tener presente que aun cuando se admitiera la teoría de la autoría mediata por aparatos de poder jerarquizados, de la que nos ocuparemos infra, esta construcción exige una serie de requisitos que no se dan en todos los casos que hemos analizado anteriormente. Por ejemplo en casos de organizaciones pequeñas, basadas en las relaciones personales de sus

---

(35) Sobre todo ello GARCÍA DEL BLANCO (2006), pp. 552 ss., 555 ss. En el mismo sentido BACIGALUPO (2008), p. 7.

(36) GARCÍA DEL BLANCO (2006), pp. 556 ss.

miembros, como pudieran ser los GAL e incluso ETA (37), no puede predicarse la fungibilidad del ejecutor, por lo que la solución para castigar al jefe de la banda será la de coautor, si actualiza sus tareas de dirección durante la ejecución (y tal actividad se considera una contribución esencial que le otorga el codominio funcional del hecho), aunque sea dirigiendo a distancia la ejecución del delito (38), o la de inductor o cooperador necesario en caso contrario (39).

## 2. La solución de la inducción y la cooperación necesaria

Como hemos visto nuestros tribunales también acuden con frecuencia a la figura del inductor (completada con la del cooperador necesario) para castigar al dirigente de la organización por los delitos cometidos por sus subordinados, aunque a veces acaban condenándolos como autores siguiendo la concepción de que ambas categorías son verdaderas clases de autor. Las sentencias en las que nos vamos a fijar como exponentes de esta solución se refieren a dirigentes de la banda terrorista ETA que ordenan el delito, a veces a uno solo de los ejecutores que es quien a su vez da las órdenes al resto de integrantes del comando, y en ocasiones también proporcionan al comando la información o los medios para realizarlo (lo que les merece la calificación añadida de cooperadores necesarios), como por ejemplo la STS 4718/2004 de 2 de julio de 2004 [Caso Hipercor (40)] o la Sentencia

---

(37) Más dudoso y complicado es el caso del Golpe de Estado del 23 F, pues si bien se utilizaron ejecutores materiales con los que no había una relación personal de confianza, lo cierto es que los mandos que los dirigían y ejecutaban a su vez con ellos el delito, es decir, por ejemplo el mando que entró en las Cortes con las tropas, sí formaban un pequeño grupo basado en estrechas relaciones personales de confianza y lealtad, por lo que respecto de esos mandos que conducían a las tropas era difícilmente predicable la fungibilidad.

(38) De la misma opinión CEREZO MIR (1982), pp. 176-177, GÓMEZ BENÍTEZ ADPCP, (1984), p. 110.

(39) Sobre las diferencias entre el dirigente del aparato de poder y el jefe de la banda véase FERNÁNDEZ IBÁÑEZ (2006), pp. 268 ss., que sigue también la opinión expuesta en el texto –p. 280–.

(40) STS 4718/2004 de 2 de julio de 2004 (Caso Hipercor) Ponente: Joaquín Delgado García: «La sentencia recurrida condenó a XXX y a YYY como autores de 21 delitos de asesinato, 30 delitos más de lesiones de diferente gravedad, 13 faltas de lesiones y un delito de estragos, al primero como inductor y cooperador necesario y al segundo como partícipe material en la colocación del artefacto que explotó en el establecimiento Hipercor de Barcelona el 19.6.87.»

«Estimamos que, con lo antes expuesto, hay base razonablemente suficiente para que la sentencia recurrida pudiera afirmar que fue el procesado XXX quien ordenó la realización del atentado en Hipercor: era el dirigente de ETA bajo cuya responsabili-

de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal 40/2000 de 2 de octubre de 2002 (Atentado contra la Dirección General de la Guardia Civil) (41).

Aunque en los casos analizados no está claro que se den todos los requisitos para aplicar la construcción de la autoría mediata por aparatos de poder jerarquizados, en particular porque los comandos de ETA están formados por grupos pequeños de personas y probablemente su relación con el dirigente que ordena un concreto atentado se basan en relaciones personales y de confianza y no constituyen un supuesto de fungibilidad del ejecutor, y por lo tanto estas sentencias no demuestran una opción de la jurisprudencia por esta solución frente a la de la autoría mediata, lo cierto es que la solución de la inducción también es propuesta por una parte de la doctrina española que rechaza la construcción de Roxin.

En España rechazan la autoría mediata por aparatos de poder y proponen castigar al dirigente como inductor por ejemplo Gimbernat (42), Díaz y García Conlledo (43), López Peregrín (44), Olmedo (45), Gutiérrez Rodríguez (46), Cobo y Vives (47), Pérez Cepeda (48), Rodríguez Devesa (49), o Rodríguez Mourullo (50).

dad en esas fechas actuaban los comandos armados, que no obran por su cuenta, sino obedeciendo órdenes superiores como es propio de la disciplina existente en esta clase de bandas criminales».

(41) *Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal 40/2000 de 2 de octubre de 2002 (Atentado contra la Dirección General de la Guardia Civil)*: «Los delitos de asesinato, uno consumado y cuatro frustrados obedecen al indudable ánimo o dolo de muerte que tuvo el acusado, al ordenar y poner los medios necesarios para que los autores materiales llevasen a cabo los hechos».

«5). De los expresados delitos es responsable en concepto de autor el acusado, en el doble carácter de inductor y cooperador necesario del artículo 28, párrafo 2.º, a) y b), del C. Penal».

«IV. FALLO: 1) Condenar al acusado XXX, como autor responsable de los siguientes delitos...

(42) GIMBERNAT (1966), pp. 189 ss., para quien el dirigente de la organización sería inductor y los mandos intermedios que transmiten la orden son cómplices.

(43) DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (1995), p. 704,

(44) LÓPEZ PEREGRÍN (1997), pp. 403 ss., quien también admite la posibilidad de cooperación necesaria cuando no sea viable el castigo por inducción.

(45) OLMEDO CARDENETE (2000), pp. 282, ss.

(46) GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ (2001), pp. 388 ss., quien también admite la posibilidad de cooperación necesaria cuando no sea viable el castigo por inducción.

(47) COBO DEL ROSAL/ VIVES ANTÓN (1999), p. 677, nota 41.

(48) PÉREZ CEPEDA (1997), p. 406, 412 ss. y (2002), pp. 117 ss.

(49) RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ (1995), pp. 810-811.

(50) RODRÍGUEZ MOURULLO (1972), p. 809, admitiendo también otras formas de participación.

Contra la solución de la inducción se ha argumentado que la inducción debe ser directa mientras que en los casos que analizamos no existe un contacto directo entre el dirigente y el ejecutor, sino que la orden se va transmitiendo a través de una larga cadena de mando (51). La doctrina ha contestado de diversas maneras a esta crítica. Por ejemplo Gimbernat niega que esto sea un inducción en cadena porque en su opinión el subordinado no actúa porque se lo dijese el sargento que transmitía la orden, sino porque ésta correspondía a la voluntad de Hitler (52). Más convincente, sin embargo me parece la respuesta de Olmedo (53): En su opinión la calificación de «directa» de la inducción no implica la necesidad de una relación inmediata entre inducido e inductor, pues por ejemplo la definición de la provocación también emplea el término «directamente» y sin duda no se exige esa relación de inmediatez entre provocador y destinatario, pero además, el que la inducción sea directa no se elimina por que haya intermediarios que se limitan a transmitir la orden, pues los eslabones de la cadena no se van induciendo unos a otros sino que actúan como meros portadores del mandato (54).

Resta además el problema en esta solución de cómo calificar a los mandos intermedios que transmiten la orden. Gimbernat y Olmedo los consideran meros partícipes (55), que en ocasiones podrían ser considerados cooperadores necesarios castigados según el CP español con la misma pena que el autor, aunque no con otros códigos penales que carecen de esta figura, y según los cuales los intermediarios deberían tener siempre una pena atenuada de ser considerados partícipes. Esta solución no me parece correcta, pues, como bien ha señalado Faraldo Cabana (56), si se les considera cómplices del inductor no responderían por ser partícipes en una participación, lo mismo si se les considera cómplices del cooperador necesario. Entiendo que no cabe considerar como cómplices a todos aquellos que actúan únicamente antes de que el ejecutor tome la decisión –acepte la orden– de cometer el delito. Aquel cuya aportación al hecho empieza y acaba antes de que el ejecutor tome la resolución delictiva –por ejemplo quien solo transmite la orden de que debe cometerse determinado delito a otro mando encargado a su vez de darla al ejecutor– no puede ser considerado cómplice de un autor que aún no existe –aún no ha dado comienzo

---

(51) Así, contra la solución de la inducción BOLEA BARDÓN (2000), p. 373, HERNÁNDEZ PLASENCIA (1996), p. 272.

(52) GIMBERNAT (1966), p. 192.

(53) OLMEDO CARDENETE (2000), p. 282, nota 278.

(54) Se adhiera a esta opinión GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ (2001), p. 388.

(55) También los considera cómplices HERNÁNDEZ PLASENCIA (1996), p. 276.

(56) Véase la crítica de FARALDO CABANA (2004), pp. 182 ss.

a la ejecución y ni tan siquiera está resuelto a cometer el concreto delito— pues no cabe entender como cómplice del autor a aquel cuya aportación empieza y termina antes del acuerdo de voluntades con éste y como cómplice de otro partícipe resulta impune (57).

Estimo en cambio que todo miembro de la cadena de mando que a su vez ejerce autoridad al transmitir la orden debe ser considerado inductor.

Ello nos devuelve a la crítica de la inadmisibilidad de la inducción en cadena. Pero al respecto debemos señalar que nuestro TS en contra de la opinión de una gran parte de la doctrina (58), admite la inducción en cadena: «Es doctrina de esta Sala, de la que exponente la Sentencia 212/2007, de 22 de febrero, que «no es impedimento para afirmar la inducción el que hubiera mediado intermediario, ya que puede existir una forma de inducción que se valga de una persona para crear en otro la resolución criminal, sin que a ello obste el que el artículo 28.a) exija que la inducción sea directa, ya que con ello lo que quiere el legislador es que se concrete en un determinada persona (autor) y en un determinado delito, sin que se impida una posible inducción en cadena».

Aunque en alguna sentencia el TS ha negado la inducción en cadena y calificado a quien encarga a otro ordenar a un tercero la ejecución de un delito, como cooperador necesario, no casa la sentencia ni modifica el título de imputación por que la pena es la misma, con lo que parece que le da igual inductor que cooperador (STS 18 de octubre de 1994). Pero lo cierto es que ya desde el siglo XIX podemos encontrar sentencias en las que el TS califica los supuestos de inducción en cadena como de inducción al instigador principal mediante el argumento de negar que el inductor del inductor sea un inductor en cadena (cooperador necesario) sino que era en su opinión inductor al hecho sin más SSTS 20 de marzo de 1890, 8 de enero de 1941, 25 de octubre de 1968, 7 de febrero de 1986, 10 de abril de 2003, 28 de noviembre de 1994 (59), 12 de noviembre de 1991, 12 de noviembre

---

(57) En cambio el director u organizador que da instrucciones a un ejecutor que ya ha iniciado la comisión del delito o que ya se haya resuelto y después llega a iniciar la ejecución, sí puede ser considerado cooperador necesario si no es coautor por realizar una contribución esencial que le otorgue el dominio del hecho. Y los intermediarios que siguen transmitiendo las instrucciones del dirigente o los datos necesarios para cometer el delito una vez que el ejecutor ya se ha resuelto a cometerlo, también podrían ser considerados partícipes salvo que sean coautores.

(58) FARALDO CABANA (2004), p. 183, GÓMEZ RIVERO (1995), pp. 126 ss., HERNÁNDEZ PLASENCIA (1996), pp. 269 ss.

(59) «Es intrascendente que para la inducción del hecho se sirviese el inductor de un intermediario o enlace con los autores materiales pues ello tampoco es inducción para la inducción sino directamente para la ejecución del hecho».

de 1991. Esta opinión la sustenta también una parte de la doctrina: Rodríguez Devesa (60), Gómez Benítez (61), Landecho Velasco/Molina Blázquez (62), López Barja de Quiroga (63), Sainz Cantero (64). Pero últimamente podemos encontrar sentencias en las que el tribunal ya no se molesta en negar que la inducción con intermediarios sea una inducción en cadena, sino que pasa directamente a admitir el castigo de esta última: STS 393/2007 de 27 de abril de 2007 (65) y 212/2007, de 22 de febrero de 2007 (66), 199/2002 de 9 de junio de 2003. Cabe la inducción a través de tercera persona, creándole indirectamente el ánimo delictivo. No es, por lo tanto, imposible –según el TS– la inducción en cadena (67).

En mi opinión el dirigente de un aparato de poder jerarquizado podría perfectamente responder como inductor, pero no tanto porque el ejecutor actúe creyendo que cumple su voluntad y no la del superior inmediato que le da la orden, sino porque efectivamente la cadena de mando de la organización se ha comportado como un mecanismo semiautomático en la transmisión de la orden, la jerarquía asegura simplemente que la orden se transmitirá, por lo que el fenómeno, desde el punto de vista de la conducta del primer inductor, se parece más a una inducción directa en la que el inductor ha elegido un mecanismo complejo para hacer llegar al orden que a la participación en una participación. El primer inductor sabe que su orden se transmitirá por la cadena de mando del aparato, su conducta no es menos peligrosa por el hecho de que haya personas intermedias. Pero a su vez los mandos intermedios que ejercen autoridad al transmitir la orden deben ser castigados como coinductores, pues hacia arriba se comportan como un mero mecanismo de transmisión al obedecer la orden en el aparato de poder, pero hacia abajo ejercen su autoridad –así es como funciona

---

(60) RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ (1995), p. 810.

(61) GÓMEZ BENÍTEZ (1984), pp. 532 ss.

(62) LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ (1996), p. 456.

(63) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (1996), pp. 133 ss.

(64) SAINZ CANTERO (1990), p. 822.

(65) En este caso la condenada como inductora contacta con una persona que a su vez convence a un tercero que es el que ejecuta el delito.

(66) En este caso los varios acusados como inductores planean contratar a un sicario lo que consiguen a través de una tercera persona.

(67) OLMEDO CARDENETE (2000) p. 308, distingue la verdadera inducción en cadena: uno induce a otro que a su vez induce a un tercero, lo que debe quedar impune o bien castigarse en su caso como complicidad o cooperación necesaria, y los casos en que el intermediario o intermediarios solamente transmiten la orden del primero, se limitan a «hacer exclusivamente de canal trasmisor entre el primero y el último miembro de la cadena» lo que debe considerarse una inducción en toda regla, en sentido similar GÓMEZ RIVERO (1995), p. 125, que exige para la inducción que el intermediario se limite a una intermediación, sin realizar una actividad provocadora autónoma.

una cadena de mando en un aparato jerarquizado— y por lo tanto su actividad es también de inducción. En definitiva, los casos que nos planteamos, no serían en mi opinión de mera participación en la conducta de participación de otro —inducción en cadena—, sino de una especie de «inducción por aparatos de poder jerarquizados», solución que sería en mi opinión preferible a la de la autoría mediata.

Lo cierto es que en los casos de inducción en cadena que como hemos visto admite nuestra jurisprudencia —y que desde luego no presentan esta estructura de aparato de poder— el TS castiga tanto al primer inductor como a los intermediarios como inductores.

Se ha criticado también contra la teoría de la inducción que en ocasiones puede no ser aplicable por no estar determinado suficientemente el hecho con anterioridad: por ejemplo en el caso del Muro de Berlín, cuando se da la orden de disparar a matar contra quienes intenten cruzar clandestinamente no se sabe todavía si alguna vez se presentará la ocasión de disparar. En mi opinión tal objeción no es óbice para apreciar una inducción, pues se trataría de una «resolución basada en la concurrencia de hechos hipotéticos» que basta según la doctrina unánime para caracterizar al dolo y que debería bastar por tanto para constituir inducción si está clara la hipótesis que dará lugar a la ejecución del delito en la orden del dirigente (68). El TS aprecia inducción incluso cuando en el momento en que se da la orden el inductor podía abarcar únicamente con dolo eventual —por preverlas como posibles y contar con ellas— las consecuencias concretas de la misma (STS 212/2007 de 22 de febrero de 2007).

Y por último hay quien niega que exista inducción porque en su opinión el dirigente no hace nacer la resolución delictiva ya que el ejecutor se haya previamente decidido a delinquir (69). Pero lo cierto es que esta argumentación tampoco es correcta pues en la mayoría de los casos el ejecutor no será un omnimodo facturus decidido a la comisión del delito ya antes de recibir la orden, sino que por el contrario, podrá decirse que está dispuesto a obedecer y a delinquir si se le ordena, pero no que sea él quien decide el delito concreto que va a cometer antes y con independencia de que se le dé la orden (70). Por ello la orden sí que

---

(68) No creo que nadie dude en castigar como inductora por ejemplo a quien al encargar a un detective el seguimiento de su esposo simultáneamente le da la orden de matarlo si descubre que le es infiel con otra mujer.

(69) GÓMEZ BENÍTEZ, ADPCP 1984, p. 13, BACIGALUPO (2008), p. 5.

(70) Rechazan esta crítica de esta manera FERNÁNDEZ IBÁÑEZ (2006), p. 233, FARALDO CABANA (2004), pp. 176 ss., GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ (2001), pp. 388-389, HERNÁNDEZ PLASENCIA (1996), p. 271.

hará nacer la resolución al concreto delito y podrá ser calificada de inducción (71).

Hay autores que niegan tanto la autoría por aparatos de poder como la inducción y proponen el castigo del dirigente como cooperador necesario (72), que en España tiene la misma pena que el autor, pero esta solución no es trasladable a otros países en los que el cómplice recibe siempre una pena atenuada que no parece apropiada para desvalorar la intervención del dirigente de la organización.

La idea de una inducción en cadena como inducción punible se ve recogida además en la propuesta del *corpus iuris* para la tutela de los intereses financieros de la Unión Europea, artículo 12.b) que define al inductor como la persona que «mediante donación promesa, orden, abuso de autoridad, o de poder provoca la comisión del delito o da instrucciones para cometerlo».

### 3. Otra posible solución: la responsabilidad del superior jerárquico y la comisión por omisión

Tampoco se ha aplicado nunca hasta ahora la nueva figura de la responsabilidad del superior jerárquico recogida en el artículo 615 bis de nuestro CP. Ello se debe, en primer lugar a que es de reciente introducción en nuestro CP [por la reforma de 2003 que entró en vigor en 2004 (73)] y en segundo lugar porque su aplicación se limita a los delitos contra la Comunidad internacional. Y hasta el momento solo ha habido una sentencia sobre el fondo en uno de los sumarios abiertos por este tipo de delitos, la sentencia contra Scilingo, en la que la figura no era aplicable, pues no se trataba de un jefe sino de un ejecutor (74). En todo caso, una parte de la doctrina opina que esta figura no es sino una especificación de la responsabilidad en comisión por omisión ya

---

(71) Los partidarios de la construcción de ROXIN citados en la nota anterior (Faraldo, Fernández Ibáñez) rechazan la solución de la inducción pero no por esta crítica que descartan, sino porque en su opinión el dirigente no tiene una responsabilidad accesoria sino que es verdadero autor por tener el dominio del hecho.

(72) HERNÁNDEZ PLASENCIA (1996), p. 276. Su argumentación es acorde la concepción de una gran parte de la doctrina de que la inducción en cadena es atípica y en esos casos el primer inductor debería responder como cooperador necesario –sobre esta concepción en la doctrina española con citas bibliográficas FERNÁNDEZ IBÁÑEZ (2006), p. 363.

(73) LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP.

(74) Scilingo fue condenado como autor de crímenes contra la humanidad por SAN de 19 de abril de 2005, el TS casó esta sentencia por infracción del principio de legalidad e irretroactividad de la ley penal y condenó a Scilingo como autor de asesinatos y complicidad en secuestros (STS 1 de octubre de 2007).

regulada con carácter general en el artículo 11 del CP, donde la posición de garante del jefe militar se fundamenta en las obligaciones reguladas en los Convenios de Ginebra y en las leyes militares (75). En el caso de la responsabilidad del jefe civil, habría que fundamentar de otra manera la posición de garante, cuya fuente establece el artículo 11 en la ley, un contrato o la previa creación de un riesgo. En Auto de 29 de marzo de 2006 del juzgado central de instrucción número 5 de la Audiencia Nacional (juez Grande Marlaska) decretando prisión contra el dirigente de Batasuna Arnaldo Otegi (76), el juez instructor apunta la posibilidad de ocupar una posición de garante por la injerencia previa que supuso la convocatoria y arenga que dirigió a las bases de su organización para que realizaran una jornada de huelga y movilizaciones en la que era previsible –o incluso directamente provocada– la comisión de delitos. Sin embargo la posición de garante debería fundamentarse mucho más, pues no podemos convertir a todo provocador en autor en comisión por omisión del delito provocado. Parece que para apreciar la posición de garante no debería bastar con haber provocado la comisión de un delito sino que debería poder fundamentarse bien una diferencia sustancial entre el riesgo que crea cualquier provocador y el que crea el responsable de una organización al dirigirse a sus bases o bien la existencia de algún tipo de deber de control de los dirigentes respecto de las actuaciones de las bases.

#### 4. La admisión de la autoría mediata por aparatos de poder jerarquizados

Como ya se ha dicho los tribunales españoles nunca han condenado en aplicación de la construcción de la autoría mediata por aparatos de poder jerarquizados. Sin embargo ello no significa tampoco que

---

(75) RODRÍGUEZ VILLASANTE (2003), p. 221.

(76) «En lo que aquí interesa no podemos tampoco dejar de hacer mención a la comisión por omisión recogida en el artículo 11.b) del CP, donde se consagra la denominada “teoría de la injerencia”».

Los delitos de comisión por omisión, son los previstos en el citado artículo 11 CP, en los que, mediante un no hacer a lo que estaba obligado y podía realizar, se produce un resultado del que el omitente responde como si lo hubiera producido mediante una conducta activa. Aunque en torno a estos delitos se ha especulado sobre la existencia o no de causalidad, el problema fundamental es el delimitar los posibles sujetos activos, pues, así como en la omisión propia la concurrencia de la situación típica exige, generalmente por una razón de solidaridad humana, un determinado actuar a todos los que se encuentran ante la misma, en la comisión por omisión ha de determinarse por qué a una persona era exigible un determinado comportamiento y no a las demás, por qué se imputa el resultado a aquél y no a éstos. Es la conocida doctrinalmente como posición de garante, a través de la cual se han desarrollado la teoría formal del deber jurídico y la llamada teoría de las funciones».

nuestros tribunales rechacen dicha construcción. Como ya se dijo la mayoría de los casos juzgados y resueltos mediante la aplicación de otras figuras no respondían a todos los requisitos establecidos para la autoría mediata (77), y que recordemos son (78):

Por supuesto y para empezar la existencia de una organización jerárquica con una pluralidad de miembros, y además:

1. El dominio de la organización, bastando con ocupar cualquier puesto en la misma siempre que se tenga la capacidad de impartir órdenes a los subordinados, es decir, que pueda dirigir la parte de la organización a él sometida.

2. La fungibilidad del ejecutor: el ejecutor –que no es irresponsable– debe ser libremente intercambiable.

3. Que el aparato u organización actúe como un todo al margen del Derecho. Aunque como es sabido posteriormente Roxin ha matizado que este requisito (79) y el mismo es discutido por una parte de la doctrina (80).

---

(77) En opinión de FERNÁNDEZ IBÁÑEZ (2006), pp. 298 ss., la sentencia de la AN por los asesinatos de Lasa y Zabala de 26 de abril de 2000, que condenó como coautores a quienes idearon, ordenaron, transmitieron las órdenes y ejecutaron el secuestro y asesinato de dos presuntos terroristas de ETA, porque según la AN todos ellos «aportaron sus tareas a la realización del hecho típico, compartiendo un plan de desarrollo y el condominio funcional, bien llevaran a cabo actos típicos, bien efectuaran actos ejecutivos no típicos, pero directamente relacionados con ellos» no demuestra que la jurisprudencia española rechace la solución de la autoría mediata por aparatos de poder organizados en general sustituyéndola por la solución de la coautoría, como opina MARÍN DE ESPINOSA (2002), pp. 134-135, sino solamente que en el caso concreto no se planteó aplicarla porque no consideró a los GAL un aparato organizado de poder, ya que los acusados en la sentencia que se comenta eran únicamente cinco personas y el grupo se basaba en las relaciones personales, lo que impediría hablar de fungibilidad de los ejecutores. El hecho de que la sentencia les absuelva del delito de «pertenencia a banda armada» no es sin embargo significativo para deducir que no eran «aparato organizado pues los requisitos que el TS impone a la primera son mucho mayores por un lado –armamento suficiente, intención de atemorizar o crear inseguridad en la población– y menores por otro –no hace falta un número de personas que garantice la fungibilidad–. Pero es cierto que parece que para los tribunales españoles los GAL no habrían sido un aparato de poder, sino a lo sumo una «banda» aun cuando dentro de la misma hubiese relaciones jerárquicas y de subordinación entre una parte de sus integrantes, mientras que otros no eran sino sicarios a sueldo.

(78) La obra de Roxin, ha sido traducida al castellano: *Autoría y dominio de hecho en Derecho penal*, 7.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2000, y la parte de autoría mediata por organizaciones de poder ha sido publicada también bajo el título «El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata», en *Revista penal*, núm. 18, 2006, pp. 242-248.

(79) ROXIN (1999), pp. 191-198.

(80) A favor de prescindir del requisito de la desvinculación al Derecho en la doctrina española BOLEA BARDÓN (2000), pp. 337 ss., NUÑEZ CASTAÑO (2000),

Nuestros tribunales se han referido a la posibilidad teórica de aplicación de esta figura en algunas resoluciones, alguna vez dudando, concedores de las numerosas críticas que la misma recibe en la doctrina, y ofreciendo simultáneamente la calificación alternativa de inducción, como en el Auto de 29 de marzo de 2006 del JCI número 5 (Auto de prisión contra Otegi) en el que se menciona por primera vez la posible aplicación de una autoría mediata por utilización de un aparato de poder jerarquizado (81).

Otra, en cambio, admitiéndola abiertamente y definiendo sus requisitos para finalmente no considerarla aplicable al caso en cuestión, como en la reciente sentencia por el atentado del 11 M, STS de 17 de julio de 2008 (82).

---

pp. 182 ss., MARÍN DE ESPINOSA (2002), p. 89, FERNÁNDEZ IBÁÑEZ (2006), p. 235. A favor de mantener el requisito de la desvinculación al Derecho en su sentido originario en cambio FARALDO CABANA (2004), p. 100.

(81) Auto de 29 de marzo de 2006 del juzgado central de instrucción número 5 de la Audiencia Nacional (juez Grande Marlaska) decretando prisión contra el dirigente de Batasuna Arnaldo Otegi: «Los hechos igualmente descritos en el juicio histórico, revisten los caracteres de distintos delitos de desórdenes públicos con fines terroristas, de los arts. 557 y 574 del CP, distintos delitos de coacciones con idénticos fines terroristas, de los arts. 172 y 574 del CP, y delitos de estragos terroristas, del artículo 571 en relación al 346 del CP; conformándose concretos indicios racionales de criminalidad en la persona de xxxx, a título bien de autor mediato, bien de inductor (art. 28 del CP)

(...)

En lo que aquí interesa no podemos tampoco dejar de hacer mención a la comisión por omisión recogida en el artículo 11.b) del CP, donde se consagra la denominada «teoría de la injerencia».

(...)

Aunque el juez instructor no desarrolla el concepto de autoría mediata en el que se apoya, al mencionarlo como posible título de imputación sin llegar a decidirse por él o por el de la inducción (que recuerda admisible aunque sea mediante personas interpuestas) o la comisión por omisión, parece aceptar las tesis del abogado de la acusación popular citadas en el mismo auto, en las que se argumenta: «Más allá de esta comisión por omisión el procesado debería responder de los hechos por su autoría mediata al actuar como organizador a través de un aparato organizado de poder. En los términos definidos por este Juzgado en los autos de prisión precedentes, los hechos se habría inducido por los representantes de Batasuna, y se habrían ejecutado por el denominado «frente de masas», de modo que los hechos cometidos habrían sido ordenados y ejecutados en el seno de un grupo organizado y por tanto el Sr. xxxx, como máximo convocante debe responder en lo que la mayoría de la doctrina define como autoría mediata y otro sector de la doctrina, considera coautoría; ya sea como coautor, autor mediato, coautor, o provocador inductor, existen razones serias de probabilidad para considerar al procesado responsable de los hechos delictivos ocurridos el 9 de marzo de 2006., siendo los mismo una manifestación de la continuidad de la actividad de Batasuna».

El caso todavía no ha sido juzgado.

(82) Sobre su contenido véase infra el texto.

Quienes defienden la solución de la autoría mediata opinan que castigar al dirigente como inductor o como cooperador no recoge el verdadero contenido delictivo de su conducta, que para ellos es el hecho de que el hombre de atrás domina el hecho, y por ello es verdadero autor.

La construcción de Roxin ha suscitado en España la misma discusión que en Alemania, y tiene, como allí, adictos y detractores. Una gran parte de la doctrina ha criticado a la tesis de Roxin que la autoría mediata no es aplicable cuando el ejecutor material es plenamente responsable, sino sólo cuando es inimputable o actúa atípicamente o está justificado, es decir, cuando es un simple instrumento no responsable en manos del hombre de atrás, o que el criterio de la fungibilidad no es suficiente para fundamentar el dominio del hecho (83).

Pero otra parte de la doctrina española ha admitido y desarrollado esta construcción, como por ejemplo Bacigalupo (84), Bolea Bardón (85), Caruso Fontán (86) Faraldo Cabana (87), Fernández Ibáñez (88), Gómez Benítez (89), Muñoz Conde (90) o Núñez Castaño (91).

La construcción de la autoría mediata con aparatos de poder se enfrenta al problema de la redacción del artículo 28 del Código penal, que define al autor mediato como quien realiza el hecho por medio de otro del que se sirve como instrumento. Los defensores de esta teoría han interpretado que el término «otro» hace referencia a una persona física, lo que lleva a negar que el instrumento sea la propia organización, a pesar de lo cual no ven problema en incluir esta forma de autoría en el artículo 28, bien porque entienden que el ejecutor es instrumentalizado a través de su inclusión en la organización (92), o

---

(83) En contra de la construcción se manifiestan, entre otros, FERRÉ OLIVÉ (1999), p. 95, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ (2001), pp. 386, 390, MARÍN DE ESPINOSA (2002), pp. 21, 94-95, OLMEDO CARDENETE (1999), pp. 173-174, p. 457, GIMBERNAT (1966), pp. 187 ss., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (1995), p. 704, HERNÁNDEZ PLASENCIA (1996), pp. 42, 285, CEREZO MIR (2001), p. 217, DÍEZ RIPOLLÉS (1998), p. 50, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO (2001), p. 590, PÉREZ CEPEDA (1997), pp. 405 ss.

(84) BACIGALUPO (2008), pp. 5, 10.

(85) BOLEA BARDÓN (2000), pp. 366 ss., 393 ss.

(86) CARUSO FONTÁN (2003) pp. 48, 65.

(87) FARALDO CABANA (2004), p. 195.

(88) FERNÁNDEZ IBÁÑEZ (2006), pp. 119-120.

(89) GÓMEZ BENÍTEZ (2000), pp. 121, 122.

(90) MUÑOZ CONDE (2001), pp. 505 ss., y el mismo (2000), pp. 104-114.

(91) NÚÑEZ CASTAÑO (2000), p. 178.

(92) FARALDO CABANA (2004), p. 114.

bien, porque, como Bolea Bardón (93) y Fernández Ibañez (94), que también rechazan que el instrumento pueda ser la organización, defienden una interpretación amplia del término «instrumento» como equivalente a usar a otro como medio para conseguir un fin, sin exigir un defecto de responsabilidad del hombre de delante, lo que permitiría introducir en el artículo 28.1.3.º tanto los supuestos de autoría mediata en sentido estricto como los supuestos de autor detrás del autor, en los que el ejecutor material toma una decisión autónoma. No obstante, advierte Bolea que quien se niegue a interpretar de esta manera el término instrumento, puede incardinar la figura del autor detrás del autor (que incluye la llamada autoría mediata por aparatos de poder) en la regulación de la coautoría del párrafo 2.º del artículo 28.I, interpretando que el término «conjuntamente» no tiene por que abarcar exclusivamente a la tradicional coautoría horizontal sino que puede cobijar también a «una especie de coautoría vertical». Mientras que Fernández (95) que también advierte de que «otro» debe ser entendido como

---

(93) BOLEA BARDÓN (2000), pp. 393 ss., y (2003), pp. 20 ss.

(94) FERNÁNDEZ IBÁÑEZ (2006), pp. 97 ss., con una impecable argumentación en contra de la idea de que en otros supuestos como el de instrumento no culpable, el instrumento no domina el hecho, sino que lo domina el hombre de atrás. Si el dominio del hecho se ubica en el tipo el instrumento que actúa típicamente pero justificado o no culpablemente ha dominado su hecho, por lo que la instrumentalización no puede referirse a una falta de dominio del hecho del instrumento, sino a que también el hombre de atrás lo domina y con un dominio superior. Quienes defienden que sólo el hombre de atrás tiene dominio del hecho están manejando dos conceptos de dominio del hecho diferentes según les convenga. El dominio del hombre de atrás será el dominio de la voluntad necesario para castigarlo como autor mediato. El dominio del hombre de atrás se consigue a través de la instrumentalización del ejecutor material lo que no debe confundirse con el dominio de su persona. O dicho de otra manera, la autoría mediata no requiere dominio del instrumento, sino dominio del hecho, lo que se puede conseguir mediante una instrumentalización del ejecutor que no supone necesariamente el dominio sobre su persona. FERNÁNDEZ IBÁÑEZ (2006), p. 102. En sentido similar advierte BOLEA BARDÓN (2000), pp. 368 ss., que el hombre de delante no puede ser considerado un instrumento dominado en manos del de atrás, y que esto tampoco es necesario para afirmar el dominio de este último, que se basa en el hecho de poder contar con que sus órdenes van a ser cumplidas porque la estructura de la organización lo asegura. Por ello luego aboga por una interpretación amplia del término instrumento empujado en el artículo 28 CP español, tal y como se recoge en el texto. En definitiva, estimo que el artículo 28 puede estar pensando en una instrumentalización del hombre de delante equivalente a un defecto de responsabilidad del ejecutor según las categorías tradicionales de la autoría mediata, pero desde el punto de vista de las dos autoras comentadas no sería esto lo relevante en la definición de la responsabilidad del autor detrás del autor, sino el codominio o dominio superior del hombre de atrás –lo que sucede a pesar de que el de delante también domine a su vez la ejecución–, y por ello proponen una interpretación amplia del término instrumento del artículo 28 CP.

(95) P. 86.

otra persona física, y no como la organización (96), insiste en que la condición de instrumento no exige la irresponsabilidad del instrumentalizado, como demuestra el hecho de que mayoritariamente se acepte como instrumento a quien actúa en error vencible, por lo que el instrumento es en la autoría mediata por aparatos de poder el ejecutor individual responsable.

Además de la explicación anterior se podría añadir otro argumento para negar que la redacción del artículo 28 impida la inclusión de la modalidad de autoría mediata por aparatos de poder: un grupo cualificado de autores (97) considera que el artículo 28 es meramente declarativo, y no constitutivo de las formas de autoría. El concepto de autor se deriva directamente de los tipos de la parte especial, por lo que las definiciones del artículo 28 sólo contribuirían a interpretar los tipos, pero no supondrían la introducción de requisitos específicos a la calificación de un sujeto como autor. Por ello quien admita dogmáticamente la figura del autor mediato por aparatos de poder y entienda que la regulación del artículo 28 no es constitutiva de las formas de autoría perseguibles según el CP, interpretará que la utilización de una u otra palabra en dicho artículo no puede significar la exclusión de una forma de autoría que se considera dogmáticamente como tal.

En cuanto a la jurisprudencia, de las resoluciones que se enfrentan al fenómeno para el que se diseñó esta figura se puede deducir que los tribunales españoles no acaban de decidirse sobre si el dirigente de un aparato de poder jerarquizado es inductor (para lo cual no ven ningún problema en que la orden se transmita a través de mandos intermedios) o autor mediato. Como no ha habido ninguna resolución que condene en aplicación de esta teoría de Roxin, sino solo referencias que por su

---

(96) P. 95, también GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ (2001), p. 383.

(97) Aunque la mayoría de la doctrina opta por el carácter constitutivo del artículo 28, entre quienes defienden lo contrario se encuentran por ejemplo GIMBERNAT ORDEIG, MUÑOZ CONDE, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO y otros muchos. Acerca de los partidarios de una u otra interpretación del artículo 28 con abundantes citas bibliográficas véase GARCÍA DEL BLANCO (2006), pp. 125 ss. En relación con el artículo 14 del anterior CP la doctrina se encontraba dividida entre quienes estimaban subsumible en el mismo la autoría mediata, sólo alguna forma de la misma, o ninguna de ellas. Por poner solo algún ejemplo para RODRÍGUEZ MOURULLO (1964), pp. 461-462, 464, partidario de un concepto de autor derivado de los tipos penales, «Autor es, en sentido estricto, quien realiza antijurídica y culpablemente, por sí mismo o a través de otra persona que obra como instrumento, el hecho punible descrito en la correspondiente figura delictiva», la autoría mediata no cabía en la redacción del artículo 14 y era imprescindible introducirla expresamente, pero este mismo autor cita a Ferrer Sama y Quintano Ripollés como partidarios de la subsunción de la autoría mediata en el n. 1 del antiguo artículo 14. En cuanto a la opinión de la jurisprudencia véase infra la nota 100.

argumentación nos llevan a esta construcción en obiter dicta o en autos de procesamiento o la mención expresa de su posibilidad teórica en un auto de prisión, y en una sentencia, de momento sólo podemos concluir que en algunas resoluciones judiciales parece admitirse o no descartarse la posibilidad de aplicar la construcción roxiniana.

Para empezar podemos afirmar que nuestro TS admite la autoría mediata con ejecutor plenamente responsable, como demuestra la sentencia del alcalde racista (STS de 2 de julio de 1994) (98), aunque ciertamente no se trataba de un caso de aparato de poder, ni en pureza de ninguna otra forma de autoría mediata admitida por la doctrina, por lo que la sentencia fue muy criticada (99). Sin embargo, a pesar de

---

(98) STS de 2 de julio de 1994 Ponente: Enrique Bacigalupo Zapater.

«Es claro que no es posible saber si el alcalde creó el dolo de los manifestantes y, por lo tanto, no resulta posible considerarlo inductor; sin embargo, dado que el alcalde tuvo una auténtica preponderancia del dominio de la decisión que condujo a los hechos, se lo debe considerar como autor mediato de los daños. Ya se ha visto que todas las consecuencias generadas por el impulso psicológico de la muchedumbre resultaban alcanzadas por el dolo del alcalde. A ello se debe agregar ahora que la utilización en forma contraria al deber de su autoridad, para lanzar proclamas que aprobaban la acción contra determinados vecinos, al tiempo que postulaban la responsabilidad de un grupo étnico respecto de un hecho individual, constituye en las circunstancias del caso un verdadero superdominio del hecho de los autores inmediatos, fundado en la posición de autoridad del alcalde. En estos supuestos una parte muy significativa de la doctrina ha considerado la posibilidad de la autoría mediata sobre la base de la figura del “autor detrás del autor”, caracterizada por la posibilidad de la autoría en ciertos casos en los que el autor inmediato de la acción típica es también plenamente responsable. En este caso ello es consecuencia de que el alcalde, con el apoyo de su autoridad a la actitud vengativa de los vecinos que componían la muchedumbre, contribuyó de una manera decisiva a crear un clima de permisividad de la venganza entre los manifestantes, lo que le otorgaba una posición directiva superior de los hechos. Tal situación es similar a la que cabe aceptar en los supuestos en los que los autores inmediatos obran en la creencia de que su comportamiento cuenta con una autorización o al menos una tolerancia oficial, cuya ilicitud podían reconocer con un mínimo esfuerzo de conciencia. En suma, la posición institucional del alcalde le otorga –como se dijo– una posición de dominio superior sobre el hecho de otros autores que obran también en forma responsable. Como es claro, esta superioridad del dominio de la decisión tiene carácter normativo, toda vez que –como se ha destacado en la doctrina– “no se debe determinar según la fuerza motivadora en el caso concreto, pues (...) se trata del rango normativo de la participación” (Fundamento de Derecho Octavo).»

«El procesado XXXX es responsable como autor mediato (art. 14.1.º CP) del delito de daños por el que ha sido acusado (arts. 557 y 558, 4 CP.), según se establece en el Fundamento Jurídico Octavo de la primera Sentencia». (Fundamento jurídico único de la segunda sentencia dictada a raíz de la casación).

(99) La doctrina española ha criticado mayoritariamente esta decisión véase VIVES ANTÓN (1996), p. 281, OLMEDO CARDENETE (2000), pp. 207 ss. el mismo (1999), pp. 650 ss. HERNÁNDEZ PLASENCIA (1996), p. 150. Como la doctrina ha puesto de manifiesto este no sería un caso de autoría mediata sino a lo sumo de parti-

que no fue el mejor ejemplo para la aplicación de la doctrina del autor detrás del autor podemos quedarnos con el dato de que el TS admite tal posibilidad. Nótese además, que el TS no vio problema ninguno en subsumir la autoría mediata con instrumento plenamente responsable en la redacción del artículo 14 del antiguo CP español, que no contemplaba expresamente la autoría mediata y además en su núm. 1 exigía tomar parte directa en la ejecución: Artículo 14. «Son autores: 1.º los que toman parte directa en la ejecución del hecho», con lo que parece asumir aquí la idea expuesta más arriba de que el artículo 14 –o el actual 28– no suponen límites al concepto de autoría (100).

En otra sentencia, aunque también confundiendo lamentablemente conceptos, pues el caso nada tenía que ver con aparatos de poder, y ni tan siquiera con un caso de autoría mediata, sino de mera inducción, llegó a decir el TS que «el mismo artículo 28 contempla la segunda posibilidad de autoría mediata que es la inducción, y que se da cuando el supuesto instrumento es consciente del hecho» [STS 1818/2004 de 16 de marzo de 2004. También identifica la inducción con una forma de autoría mediata el ATS 363/2007 de 17 de septiembre de 2007 (101)].

---

cipación psíquica (necesaria o no) –FARALDO CABANA (2004), p. 85– o de provocación del artículo 18 –OLMEDO (1999), p. 652–, o del 510 –HERNÁNDEZ PLASENCIA, (1996), p. 150–. A favor de la sentencia, por el contrario, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (2001), p. 329-330. Desde la teoría de los delitos consistentes en el infracción de un deber intenta defender la decisión del TS SÁNCHEZ VERA 2000, pp. 245 ss. Frente a esta argumentación, le recuerda MUÑOZ CONDE (2001), pp. 530 y 531, nota 43, con razón, que el delito de daños no es un delito de infracción de un deber, sino un delito de dominio. Se adhiere a esta crítica FARALDO CABANA (2004), p. 88. Pero la argumentación de SÁNCHEZ-VERA parece más bien ir en la línea de un delito de comisión por omisión, y deja claro este autor (aunque intenta disculpar a su maestro, ponente de la sentencia, argumentando que el término autor mediato se usa en sentido no técnico sino didáctico), que no es posible hablar de autor mediato (pues exige dominio del hecho) en un delito de infracción de un deber (en el que no opera la categoría del dominio del hecho, ni cabe autor mediato –así el propio SÁNCHEZ-VERA (2002), pp. 153 ss., 201 ss., 207 a 213). En mi opinión no se daban tampoco los elementos para imputar al alcalde como autor de daños por omisión. Como señala MUÑOZ CONDE, *ob. cit.*, en muchas manifestaciones legales algunos manifestantes por su cuenta y riesgo realizan actos delictivos sin que los mismos se imputen a las autoridades solo porque tengan el poder institucional o el deber de procurar evitarlos.

(100) El TS consideró que la exigencia legal de «tomar parte directa en la ejecución del hecho» no era óbice para subsumir en el antiguo artículo 14 la autoría mediata, en las sentencias de 31 de marzo de , 21 de diciembre de 1967, 5 de diciembre de 1972, 29 de enero de 1982, 9 de mayo de 1990, 13 de junio de 1992.

(101) Considera errónea esta equiparación también BACIGALUPO (2008), nota 23, quien además indica que este auto vuelve a equiparar como auténticas formas de autoría la autoría directa, la inducción y la cooperación necesaria.

Más interesante sin duda resulta la definición de los requisitos que para al imputación al dirigente elabora, en un obiter dicta, la SAN 4398/2007 de 31 de octubre de 2007 (Sentencia sobre el Atentado yihadista del 11 M), Ponente: Salvador Francisco Javier Gómez Bermúdez.

Con independencia de que sea un dirigente de un grupo terrorista, el que manifestara tras los atentados que los había hecho su «jamaa» –grupo–, no es suficiente para considerarle responsable criminal de esos graves delitos. En primer lugar, porque la palabra «jamaa», según se expuso prolijamente en la vista oral es de uso muy frecuente y no se refiere necesariamente a personas cercanas o dependientes del que la usa, sino en general a un grupo de personas. En segundo lugar, porque esa frase la pronuncia tras los atentados refiriéndose al grupo de marroquíes que hay en España; es decir, a yihadistas de origen marroquí, no necesariamente bajo sus órdenes. Y, en tercer lugar, porque su cualidad de dirigente del Grupo Islámico Combatiente Marroquí (GICM) no le hace responsable de forma automática de todos los atentados cometidos por miembros de la banda terrorista.

En general, sin ánimo de ser exhaustivos, en los casos de grupos terroristas la cúpula responde de los delitos de resultado ejecutados por la base cuando: *a)* se prueba la orden misma, *b)* si a falta de lo anterior se acredita la existencia de una determinada estructura y dependencia jerárquica, *c)* y se demuestra que efectivamente hubo contacto o relación temporo-espacialmente compatible entre el dirigente y el ejecutor, relación de la que, en conjunción con el anterior elemento se pueda deducir que existió la orden, o *d)* al menos se acredita la existencia de un canal de transmisión de órdenes estable, de forma que, probada la condición de dirigente del procesado y de miembro de base del destinatario, sea posible atribuir al dirigente la orden con carácter general.

Ninguna de estas condiciones se ha puesto de manifiesto a lo largo de la extensa prueba practicada por lo que procede absolver a Hassan El Haski del resto de delitos por los que se le acusa».

Por desgracia el juez no nos dice bajo qué título respondería quien cumpliera esos requisitos que a veces se presentan como alternativos, y aparentemente podrían responder tanto a la admisión de una inducción mediante cadena de mando o, como aquí se la ha llamado «inducción por aparato de poder»–lo que parece más probable– como a una autoría mediata por aparatos de poder –aunque se dan menos argumentos para fundamentar que se esté refiriendo a esta teoría, ya que el juez obvia referirse a los requisitos exigidos por Roxin, en particular nada se dice de la fungibilidad del instrumento–.

También en el Auto de procesamiento de Pinochet (AJCI núm. 5 de 10 de diciembre de 1998) (102), estaríamos según Fernández Ibáñez (103), ante un reconocimiento de la autoría mediata por aparatos de poder. En opinión de esta autora, aunque el juez instructor califique inicialmente a Pinochet como inductor, la argumentación es contradictoria, pues en realidad para fundamentarla el juez añade elementos que no son propios de la inducción sino más bien de la autoría mediata

---

(102) Auto de procesamiento de Augusto Pinochet. Auto del Juzgado de instrucción núm. 5 de la AN (juez Baltasar Garzón) de 10 de diciembre de 1998.

«Al frente de todo este organigrama del terror se encuentra presuntamente Augusto Pinochet Ugarte, que si bien no participa en la ejecución material de los hechos sí idea el plan y lo financia con cargo a los fondos públicos del propio Estado cuyo poder, en unión de los demás mandos militares de la Junta de Gobierno, usurpa y ejerce a partir del 11 de septiembre de 1973.

La presunta participación de Augusto Pinochet como inductor está clara por cuanto su acción anterior a que se concretan los hechos delictivos (detenciones ilegales, asesinatos, desaparición, torturas); *a*) es directa y se ejerce sobre personas determinadas. Como Jefe de la Junta de Gobierno y Presidente de la República tiene el poder de hacer cesar la situación inmediatamente, aunque contrariamente a ello, la incita y anima dando las ordenes oportunas a sus inferiores, controlando incluso a veces, con dominio absoluto del hecho, la ejecución directa a través de la Jefatura exclusiva de la DINA; *b*) para cometer delitos determinados como los enumerados a los que habría que añadir la malversación de caudales públicos por la utilización de fondos públicos para fines ilegales y delictivos, o los delitos contra el patrimonio derivados de los apoderamientos violentos de los bienes de las víctimas; *c*) con sujetos pasivos igualmente determinados, que se concretan en las personas enumeradas en esta resolución y todos aquellos cuya identificación se desconoce pero que tienen una entidad e identidad real y que sufrieron la acción delictiva descrita; *d*) es también eficaz y causante de la determinación del autor, que recibe la orden de los mandos militares superiores y estos de los integrantes de la Junta de Gobierno; *e*) es abierta, clara y no insidiosa como lo demuestra el desarrollo de los hechos y la falta de sanción penal adecuada o ni siquiera administrativamente mínimas; *f*) es dolosa por cuanto, no puede hablarse con seriedad de desconocimiento, error o negligencia, sino de consciencia y voluntad de ejecución directa, y, *g*) es seguida de la ejecución del delito convenido, extremo que no necesita, en este momento de mayor concreción.

Augusto Pinochet, en su papel de Director del plan delictivo provisionalmente establecido desarrolla, como ya se ha expuesto, toda una serie de actos necesarios e insustituibles e imprescindibles, sin los cuales no se habría producido la comisión, persistencia y permanencia de la acción delictiva, efectuada según el plan previamente concertado en el que cada uno de los partícipes desempeñan los respectivos «roles o papeles» que han asumido y en los que resultan difícilmente sustituibles de acuerdo con la «teoría de los bienes escasos». En efecto, los miembros de la Junta de Gobierno, los mandos militares implicados, en especial los de los Servicios de Inteligencia o aquellos que cumplieran las órdenes en inmediata relación de jerarquía, difícilmente pueden escapar a la conceptualización de coautores. Pero, desde luego, tal calificación es ineludible para Augusto Pinochet Ugarte (arts. 27 y 28 del CP)».

(103) FERNÁNDEZ IBÁÑEZ (2006), pp. 346-347, nota 533.

por aparatos de poder que esta autora considera la solución correcta, en particular cuando se afirma: «Como Jefe de la Junta de Gobierno y Presidente de la República tiene el poder de hacer cesar la situación inmediatamente, aunque contrariamente a ello, la incita y anima dando las órdenes oportunas a sus inferiores, controlando incluso a veces, con dominio absoluto del hecho, la ejecución directa a través de la Jefatura exclusiva de la DINA». En efecto es difícil saber por qué título de imputación opta finalmente el juez, pues empieza calificándolo como inductor, para lo cual ha tenido que admitir la inducción a través de mandos intermedios, ya que Pinochet no dio las órdenes directamente a los ejecutores, pero seguidamente introduce elementos exclusivos de la autoría, como el dominio del hecho, y aunque no hace referencia a la fungibilidad del instrumento sí podría entenderse que tras la referencia al control de la comisión a través de la Jefatura de la DINA se esconde un reconocimiento de la autoría mediata por utilización de un aparato de poder jerarquizados, como era la DINA. Pero para acabar de complicar la argumentación el juez introduce otros criterios, unos propios del cooperador necesario –el criterio de los «bienes escasos»–, y otros que recuerdan más al coautor en sentido estricto en la versión que concede el dominio del hecho también a quien solo interviene en la fase preparatoria –«desarrolla, como ya se ha expuesto, toda una serie de actos necesarios e insustituibles e imprescindibles, sin los cuales no se habría producido la comisión, persistencia y permanencia de la acción delictiva, efectuada según el plan previamente concertado en el que cada uno de los partícipes desempeñan los respectivos «roles o papeles» que han asumido»– y acaba concluyendo que sin duda alguna se trata de un coautor. No nos aclara en absoluto, por tanto, si se trata de un coautor por ser inductor, por ser coautor en sentido estricto, por ser cooperador necesario o por ser autor mediato, pareciendo más bien que se mezclan criterios de todas estas categorías.

En todo caso de las anteriores resoluciones podemos afirmar que nuestra jurisprudencia no descarta la construcción de la autoría mediata por aparatos de poder y que algún día podría ser aplicada.

Pero la decisión que más claramente ha admitido esta figura ha sido sin duda la sentencia por el atentado del 11 M. En esta STS de 17 de julio de 2008, al reexaminar la responsabilidad del acusado Hassan El Haski, por primera vez nuestro TS admite abiertamente la posibilidad teórica de la autoría mediata por aparatos de poder aunque no la considera aplicable al caso. El TS resume de esta manera los requisitos de tal figura:

Tampoco puede declararse su responsabilidad como autor de los hechos delictivos sobre la única base de su posición como dirigente, en general, de la organización terrorista. Sería preciso para ello, como primera exigencia, acreditar que los hechos fueron ejecutados por miembros de la organización que él dirige, y en segundo lugar sería necesario establecer que los límites de sus responsabilidades en la organización le permitían no solo conocer la probabilidad o, incluso, la cercanía del suceso, sino que además le autorizaban a intervenir de alguna forma relevante en la decisión relativa a su ejecución o a la suspensión de la misma. No consta ninguna clase de relación de ese tipo precisamente con esos hechos, lo que impide considerarlo responsable de los mismos.

La doctrina se ha cuestionado la responsabilidad del dirigente de una organización criminal respecto de hechos ejecutados por ésta en los que no interviene directamente. El llamado «hombre de atrás» puede ser considerado autor mediato en supuestos de crímenes cometidos en el ámbito de estructuras organizadas de poder. Aunque pensada para estructuras estatales al margen de la ley, la teoría podría ser aplicada si las características determinantes cuya existencia se aprecia en aquéllas, son también comprobables en otra clase de estructuras. Entre esas características pueden señalarse la posición fuera de la ley; la jerarquía, que permite tanto dar la orden como su revocación, ambas de seguro cumplimiento; la responsabilidad del autor material por el hecho cometido, y la fungibilidad de éste. Pero siempre será necesario, como se ha dicho, establecer la relación del autor mediato con el hecho cometido, al menos en orden al conocimiento de su ejecución en el marco de sus responsabilidades en la organización. Bien porque haya dado la orden o bien porque, conociéndola, pueda revocarla con éxito.

Como hemos dicho, nada de esto consta en los hechos probados, lo que impone la desestimación del motivo».

Aunque el TS apunta las dudas de la doctrina sobre la figura parece decantarse por su admisibilidad, y con gran acierto, junto a los requisitos tradicionales elaborados originariamente por Roxin (104), recalca el Tribunal que en cualquier caso no basta con ocupar la cúpula de la organización para ser considerado autor de todos los crímenes cometidos en su ámbito, sino que muy al contrario, el dominio del hecho en el que también se basa esta forma de autoría mediata para quienes la defienden, exigirá siempre una relación del sujeto con el hecho, es decir, que haya dado la orden o la conozca y pueda revocarla.

---

(104) Ya vimos supra que respecto de alguno de ellos, como la posición fuera de la ley, ha habido discusión e incluso cambio de posición en el propio ROXIN.

### III. CONCLUSIONES

Los tribunales españoles no han aplicado nunca la figura del autor mediato por utilización de aparatos de poder jerarquizados, lo que tampoco significa que rechacen esta solución. Los motivos por los que nunca se ha aplicado pueden ser varios:

En primer lugar la amplitud con la que nuestros tribunales interpretan otras figuras, como la coautoría o la inducción, y la posibilidad de castigar al partícipe con la misma pena que al autor que concede la figura del cooperador necesario, todo lo cual hace innecesaria en la mayoría de las ocasiones acudir a nuevas construcciones.

En segundo lugar puede constatarse que hasta ahora realmente nuestros tribunales no se han enfrentado –al menos en una sentencia condenatoria– a un supuesto que pueda decirse que cumple todas y cada una de las exigencias de la figura de la autoría por aparatos de poder.

En tercer lugar los jueces se muestran cautos por las discrepancias existentes en la doctrina sobre esta figura, pero también podemos encontrar resoluciones en las que se admite teóricamente esta figura.

Lo cierto es que si siguen adelante los numerosos procesos iniciados en nuestro país por crímenes internacionales quizá en un futuro tanto el artículo 615 bis como la figura de la autoría mediata por aparatos de poder empiecen a aplicarse (105). Respecto de esta segunda figura quiero apuntar que personalmente encuentro más convincente la solución de la «inducción por aparatos de poder». Y respecto de la primera me parece urgente advertir que no debe utilizarse como forma de autoría –otra cosa sería que se entendiera como delito de omisión pura, para lo cual en ocasiones la pena prevista puede ser excesiva al equipararse a la del autor del delito no impedido– con el fin de, apelando directamente a ella, ahorrarse la prueba de los elementos de la comisión por omisión previstos en el artículo 11 –como la posición de garante del jefe no militar o la equivalencia entre la acción y la omisión–, pues ello supondría una ampliación del concepto de autor que infringiría el principio de proporcionalidad que marca la distinción consagrada en nuestro CP entre las distintas formas de intervención delictiva.

---

(105) A favor de la asunción por nuestra jurisprudencia de las nuevas figuras de imputación surgidas en el Derecho penal internacional, como la «imputación jerárquica» y otras, para hacer frente a los nuevos fenómenos criminológicos, como los crímenes contra la humanidad, se manifiesta BACIGALUPO, E. (2008), p. 10.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BACIGALUPO, E., «La teoría del dominio del hecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Diario La Ley*, núm. 6962, Sección Doctrina, 6 junio 2008, año XXIX (La Ley 20145/2008).
- BOLEA BARDÓN, «La autoría mediata en algunos supuestos de error», *REDPC*, 2.ª época, núm. 12, 2003.
- BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- CARUSO FONTÁN, «La autoría mediata a través de aparatos organizados de poder como solución a determinados supuestos de imputación individual dentro del ámbito empresarial», en *RDP*, núm. 9, 2003.
- CEREZO MIR, «La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho penal española», en *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1982.
- CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, Parte General, tomo III: Teoría jurídica del delito/2, Tecnos, Madrid, 2001.
- COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, Parte General, 5.ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Código penal, Doctrina y Jurisprudencia*, tomo I, Trivium, Madrid, 1997.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Autoría mediata, coautoría y autoría accesoria», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995.
- DÍEZ RIPOLLÉS, «Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código penal», *RDPC*, 2.ª época, núm. 1, 1998.
- FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas: la autoría mediata con aparatos organizados de poder*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, Comares, Granada, 2006.
- FERRÉ OLIVÉ, «Blanqueo de capitales y criminalidad organizada», en *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999.
- GARCÍA DEL BLANCO, *La coautoría en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966.
- GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito, Derecho penal*. Parte General, Civitas, Madrid, 1984.
- GÓMEZ BENÍTEZ, «El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)», en *Estudios penales*, Colex, Madrid, 2000, también publicado en *ADPCP*, 1984.
- GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

- HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en Derecho penal*, Comares, Granada, 1996.
- LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal Español*, Parte General, Tecnos, Madrid, 1996.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Autoría y participación*, Akal/Iure, Madrid, 1996.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Derecho penal*, Parte General, III, ed. Leynfor Siglo XXI, Madrid, 2001.
- LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- MARÍN DE ESPINOSA, *Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, Parte General, 6.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- MUÑOZ CONDE, «¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial?», en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001.
- ¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones «no desvinculadas del Derecho»? en *Revista Penal*, núm. 6, julio 2000.
- «Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada», en *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999.
- NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, «La autoría conforme al Código penal», en Quintero Olivares/Morales Prats, *El nuevo Derecho penal español, Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, 2001.
- OLMEDO CARDENETE, Artículos 27, 28, 29, en Cobo del Rosal, (dir.) *Comentarios al Código penal*, tomo III, Ederesa, Madrid, 2000.
- *La inducción como forma de participación*, Edersa, Madrid, 1999.
- PÉREZ CEPEDA, «Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación», *RP La Ley* (2002), núm. 9.
- *La responsabilidad de los administradores de sociedades: criterios de atribución*, Cedecs, Barcelona, 1997.
- RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal español*, Parte General, 18.<sup>a</sup> ed., Dykinson, Madrid, 1995.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, «Artículo 14», en Córdoba Roda/Rodríguez Mourullo *Comentarios al Código penal*, tomo I, Ariel, Barcelona, 1972.
- «El autor mediato, en Derecho penal español», en *ADPCP*, tomo XXII, fasc. III, septiembre-diciembre, 1969.

- RODRÍGUEZ VILLASANTE, «La reforma del Código penal español por Ley Orgánica 15/2003: un paso al frente en «la criminalización de la barbarie», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 82, 2003.
- ROXIN, «Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate», en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1963.
- «Täterschaft und Tatherrschaft», § 24 (1.ª ed., 1963, 8.ª ed., 2006). Existe traducción española de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, de la 6.ª y la 7.ª ed. publicadas por Marcial Pons, 1998 y 2000.
- «El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata», en *Revista penal*, núm. 18, 2006.
- «Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada», en Ferré Olivé (coord.) *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999.
- «Autoría y dominio de hecho», en *Derecho penal*, 7.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2000.
- SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho penal*, Parte general, 3.ª ed., Bosh, Barcelona, 1990.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «La responsabilidad de las autoridades ante desórdenes públicos racistas (un comentario tardío, pero actual, a la S.T.S. de 2 de julio de 1994)», *Cuadernos de política criminal*, núm. 70, 2000.
- *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- VIVES ANTÓN, *Comentarios al Código penal de 1995*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.



# Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador. Análisis de los medios de investigación en materia de tráfico de drogas (1)

MIGUEL ÁNGEL NÚÑEZ PAZ

Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Huelva

GERMÁN GUILLÉN LÓPEZ

Doctor en Derecho. Universidad de Guanajuato (México)

## 1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Hoy en día, los procedimientos tradicionales de investigación policial y de instrucción judicial se muestran ineficaces para enfrentar con

---

(1) Si algo puede detener al sujeto que está resuelto a ejecutar un acto de narcotráfico es, en la mayoría de los casos, la persuasión de que no habrá impunidad en sus actos ilícitos y que será alcanzado por las penas que señala la Ley por tales acciones. La normativa penal en materia de estupefacientes pasaría a ser un esfuerzo legislativo estéril si los culpables de dichas infracciones no fuesen sancionados con las penas que en ella se advierten. Para que estos comportamientos no queden impunes no basta la mera amenaza de la pena, sino que es indispensable que las autoridades encargadas de la indagación de estos ilícitos cuenten con medios necesarios que permitan, conforme a Derecho, demostrar la culpabilidad de las personas que han cometido algún delito de tráfico de drogas. Sólo así se puede cumplir con la amenaza de pena que hay para aquel que realice cualquier acto de narcotráfico. Por otra parte, si se pretende conseguir la validez de tales instrumentos de averiguación dentro de una causa penal —es decir que estos tengan trascendencia dentro de un juicio— es imprescindible su armonía con los principios que han presidido a la organización del proceso criminal: primero, el interés de la sociedad y la necesidad de castigar a todo culpable; segundo, la obligada salvaguarda de las libertades individuales y civiles, que podrían verse peligrosamente amenazadas en este tipo de procesos; y, tercero, como corolario de lo anterior, la necesidad de bajo ningún precepto condenar a un inocente. Razón por la cual, independientemente de la dificultad que se observa en la investigación de

éxito el grave problema social que representa la moderna criminalidad (2), especialmente cuando se trata de la delincuencia organizada (3). La capacidad de actuación que tienen estos grupos delictivos,

estos delitos, el creador de la norma no podrá dotar de instrumentos de persecución penal que sean contrarios a las premisas que han inspirado al proceso penal. Para mayor conocimiento de los medios de investigación *Vid.* Exposición de motivos de la LO 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves. También: RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, *Agente provocador en el Derecho penal*, EDERSA, Madrid, 1982, pp. 5 ss.; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Infiltración policial y agente encubierto*, Comares, Granada, 2001, pp. 1 ss.; MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *La moderna problemática jurídico penal del agente provocador*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995, pp. 21 ss.; CARMONA SALGADO, Concepción, «La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto en el marco de la criminalidad organizada sobre narcotráfico», en *Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines*, Lorenzo Morillas Cuevas (Coord.), Dykinson, Madrid, 2003, pp. 165 ss.; GRANADOS PÉREZ, Carlos, «Instrumentos procesales en la lucha contra el crimen organizado. Agente encubierto. Entrega vigilada. El arrenditido. Protección de testigos. Posición de la jurisprudencia», en *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, CGPJ, Madrid, 2001, pp. 73 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 5 ss.; DELGADO MARTÍN, Joaquín, «La Criminalidad organizada. Comentarios a la LO 5/1999, de 23 de febrero, de modificación de la Ley en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico de drogas y otras actividades ilícitas graves», J. M. Bosch, 2001, pp. 21 ss. ALONSO PÉREZ, Francisco, *Medios de investigación en el proceso penal. Legislación, Comentarios, Jurisprudencia y formularios*, 2.<sup>a</sup> ed., Dykinson, 2003, pp. 25 ss. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación* Colex, 2004, pp. 29 ss.

(2) La sociedad española no se encuentra exenta de la citada problemática, como otras sociedades de su entorno, se ha convertido –desde hace tiempo– en «un semillero de fertilidad» en el que se expande la ejecución de conductas especialmente graves: narcotráfico, terrorismo, prostitución forzada, explotación sexual infantil, etc.; y, como ocurre en otros países, los métodos tradicionales de indagación empleados por sus cuerpos de policía se tornan obsoletos de cara al descubrimiento de estos delitos, ya que se ven rebasados por las formas de operar de este tipo de delincuencia. Cfr. CARMONA SALGADO, Concepción, «La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto en el marco de la criminalidad organizada sobre narcotráfico», cit., p. 180.

(3) Para mejor conocimiento de la temática se recomienda: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos (Coord.), *Delincuencia Organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Huelva, España, 1999; ZARAGOZA AGUADO, Javier, «Tratamiento penal y procesal de las organizaciones criminales en el Derecho penal español. Especial referencia al tráfico ilegal de drogas», en: *Delitos contra la salud pública y contrabando*, CGPJ, Madrid, 2000, pp. 49 ss.; BLANCO CORDERO, Isidoro, «Criminalidad organizada y mercados ilegales», en: *Eguzkilore*, núm. 11, 1997, pp. 213 ss.; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, y RUIDIAZ GARCÍA, Carmen (coord.), *Problemas criminológicos en las sociedades complejas*, Universidad pública de Navarra, Pamplona, 1999, pp. 9 ss.; *Criminalidad Organizada. Reunión de la sección nacional española preparatoria del XVI congreso de la AIDP en Budapest*, Universidad Castilla-La Mancha, Almagro, 1999. pp. 5 ss.;

su sólida estructura (compuesta por un entramado de instrumentos personales, materiales y patrimoniales), su ilimitada fuente de recursos y medios (principalmente de comunicación y de alta tecnología) y, sobre todo, el que tales clanes criminales maniobren con sofisticadas técnicas de ingeniería financiera, fiscal y contable (generalmente usadas para reciclar los capitales ilícitos producto de sus operaciones delictivas) (4), provoca que las habituales medidas de investigación penal resulten obsoletas y, por tanto, fácilmente vencidas (5).

---

GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino, y VALCÁRCE LÓPEZ, Marta (Directores), *La criminalidad organizada ante la justicia*, Universidad de Sevilla/Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Sevilla, 1996, p. 13. También, véase la Declaración Política y el Plan de Acción Mundial de Nápoles contra la Delincuencia Transnacional Organizada que adoptó la Conferencia Ministerial Mundial sobre la Delincuencia Transnacional Organizada, celebrada en Nápoles (Italia) del 21 al 23 de noviembre de 1994.

En la actualidad, la criminalidad organizada dedicada al tráfico de drogas se ha convertido en una de las mayores preocupaciones de la comunidad internacional. Esto, debido a la intensidad de crecimiento y peligrosidad que ha demostrado tener en las sociedades posmodernas. Esta circunstancia, ha provocado una importante expansión de tipos penales que sancionan cualquier conducta relacionada con el tráfico de drogas. De hecho, el Derecho penal se ha convertido en el instrumento al que más recurren los gobiernos –de todo el orbe– para hacer frente a esta modalidad delictiva; y esto, a pesar de la ineficacia que ha demostrado en su incumplida e inconclusa tarea de reducir esta nebulosa manifestación criminógena. En torno a esta idea, continúa en boga una importante divergencia de algunos sectores de la doctrina con respecto a que si el Derecho penal instituye o no el medio más eficaz en el combate contra esta nueva amenaza mundial. Para autores como GIMBERNART ORDEIG, Enrique, *Estudios de derecho penal*, 3.<sup>a</sup> ed., Tecnos, Madrid, 1990, pp. 47 ss., el Derecho penal es un medio –probablemente– poco eficaz para hacer frente a la problemática de la droga: «a pesar de que en los últimos años muchos países han tratado de contener el fenómeno con una política represiva de endurecimiento...», esta situación –apunta el citado autor–, ha demostrado un fracaso estrepitoso y no ha impedido el incremento del consumo de drogas ilícitas.

(4) Vid. BLANCO CORDERO, Isidoro, *Criminalidad organizada y mercados ilegales*, cit., pp. 219 ss.

(5) Ya no se aprecia como una novedad hacer alusión al carácter «desfasado» y «obsoleto» de la LECrim al momento de regular la fase de investigación, por lo menos en lo tocante a las diligencias y actividades susceptibles de llevarse a cabo para investigar la moderna delincuencia. Las diligencias de investigación señaladas por la LECrim –que mayormente provienen del siglo XIX y fueron creadas para dar seguimiento y combate a otro tipo de delincuencia (de etiología y tipología diversa)– pueden resultar insuficientes cuando se desea llevar a cabo una represión eficaz a las actuales formas de criminalidad organizada. Vid. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Infiltración policial y agente encubierto*, cit., pp. 1-3; CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal*, cit., p. 57; BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco, *El colaborador con la justicia. Aspectos sustantivos, procesales y penitenciarios derivados de la conducta del arrepentido*, Dykinson S. L., Madrid, 2004, pp. 13 y 14. Además, recuérdese que una parte importante del crimen organizado presenta ahora una dimensión internacional que dificulta aún más su persecución eficaz. BLANCO CORDERO, Isidoro, «Principales instrumentos

Indudablemente las estructuras criminales organizadas, dadas sus propias características cualitativas así como por el escenario de violencia (6) y corrupción en el que operan (7), han contribuido en el incremento sustancial de los índices de delincuencia a nivel mundial (8). Las actividades ilícitas ejecutadas por delincuentes organizados son, por sí mismas, un problema de consecuencias y dimensiones apenas cuantificables que se dispersa peligrosamente por cualquier ámbito de la realidad, con una intensidad y peligrosidad sin parangón en la historia.

La complejidad y proliferación universal de esta fenomenología ha provocado dentro del ámbito interno de las naciones y la comunidad internacional, la adopción de novedosos medios investigativos que aspiran a lograr una lucha eficaz contra este tipo de manifestación criminal (9), destacando dentro de ellas las pertene-

---

internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la Ley Penal en el espacio», en *Criminalidad Organizada. Reunión de la sección nacional española preparatoria del XVI congreso de la AIDP en Budapest*, Almagro, mayo, 1999, p. 19.

(6) La violencia es, desde una perspectiva muy general, uno de los principales efectos negativos que se le imputan a la criminalidad organizada. ANARTE BORRALLO, Enrique, «Conjeturas sobre la criminalidad organizada», en: *Delincuencia Organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, cit., pp. 45 y 46.

(7) Vid. Entre otros: CASTRESANA FERNÁNDEZ, Carlos, «Corrupción, globalización y delincuencia organizada», en: *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Eduardo A. Fabián Caparrós y Nicolás García Rodríguez (coord.), Ratio Legis, Salamanca, 2004, pp. 214 ss.; VIRGOLINI, Julio E. S., «Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción», Editores del Puerto S. L. R., Buenos Aires, 2004, pp. 239 ss.; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel, «La corrupción en el ámbito de las transacciones internacionales», en: *El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad*, COLEX, Madrid, 2003, pp. 189-207.

(8) IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel, «La criminalidad organizada y la delincuencia económica. Aproximación a su incidencia mundial», en: *Criminalidad organizada y delincuencia económica*, Hoover Wadith Ruíz Rengifo (coord.), Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Medellín, 2002, pp. 15 ss.

(9) La admisibilidad de determinados métodos de investigación en algunos ordenamientos jurídicos no ha sido una cuestión pacífica, en ocasiones, desde su propuesta han sido el germen de importantes debates –no sólo jurídicos sino también políticos y sociales–, por cuanto vienen a representar una significativa transformación en la forma de operar de los poderes públicos en relación con el ciudadano: obligan al ciudadano a aceptar como posible la presencia oculta del poder público en ámbitos que pueden considerarse como privados. Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, «Infiltración policial y agente encubierto», cit., p. 6.

Los gobiernos del mundo han buscado que sus instituciones –policiales y judiciales– cuenten con recursos que les permitan adaptarse a las actuales tendencias delictivas a efecto de que éstas dispongan de mecanismos que faciliten el descubrimiento de la moderna actividad criminal y su comprobación. Vid. ZARAGOZA AGUADO, Javier, «Tratamiento penal y procesal de las organizaciones criminales en el Derecho penal

cientes al ámbito sustantivo penal, procesal (10), orgánico (11), de cooperación judicial (12) y colaboración policial entre los paí-

español...», cit., pp. 58-61. *Vid.* también, GRANADOS PÉREZ, Carlos, «Instrumentos procesales en la lucha contra el crimen organizado...», cit., pp. 74.

Hay que señalar que la incursión de este tipo de medidas hace más notoria una nueva tendencia que afecta a la fase preliminar del proceso penal: la excesiva «policialización» de la instrucción y el proceso penal. Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, «Infiltración policial y agente encubierto», cit., p. 7.

(10) Cuando se trata de casos de delincuencia organizada, parece que –en las últimas décadas– el procedimiento penal torna como prioritaria su eficacia en la comprobación de las conductas delictivas llevadas a cabo por organizaciones criminales, mientras que el procedimiento en sí mismo y su evaluación desde una óptica distinta del criterio funcional, incluyendo la dimensión del Estado de derecho, cada vez más va pasando a segundo término. *Vid.* en este mismo sentido a HANS-JÖRG, Albrecht, «Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero», Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del derecho, pp. 26 ss.

(11) En este sentido, se han creado órganos judiciales con competencia en los diversos territorios nacionales, Fiscalías Especiales, convenios de cooperación policial y asesoramiento para dar seguimiento a la delincuencia organizada especializada en el tráfico de drogas ilícitas (*vid.* CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, «La organización criminal. Tratamiento penal y procesal», cit., p. 77 y SÁNCHEZ TÓMAS, José Miguel, «Derecho de las drogas y las drogodependencias», pp. 235 ss.). En este sentido, y de forma progresiva, la legislación española se ha ido adecuando a estas nuevas necesidades organizativas. *Vid.* LOPJ [art. 65.1.d) y e) y 88]; artículo 11 de la LO 9/1984, de 26 de diciembre; Ley 5/1988, de 24 de marzo; el RD 495/1994, de 17 de marzo; RD 364/1997.

(12) Respecto a este rubro, con carácter general, es importante destacar que el elemento que determina la competencia judicial de cada estado en materia penal es el de la territorialidad. Así, el artículo 23. 1 de la LOPJ (Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial) señala que corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españolas. Así las cosas, para cualquier delito de tráfico de drogas perpetuado en territorio español, serán competentes los órganos judiciales españoles. No obstante, este principio general de territorialidad no es el único elemento de incumbencia sino que de forma suplementaria se instituye una competencia judicial extra territorial en determinados ilícitos cometidos por españoles en el extranjero –principio de nacionalidad o personalidad (art. 23.2 LOPJ)– y en ciertos delitos, con independencia de la nacionalidad del responsable –principio de justicia universal (art. 23.3 y 4 LOPJ)–. Entre los ilícitos a los que España junto con otros países otorga una competencia judicial universal, en el sentido de que es indiferente el país donde se hayan cometido o la nacionalidad de los responsables, se encuentra el de tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas [art. 23.4.f) LOPJ]. El principio de competencia judicial universal está dispuesto en el derecho comparado y en los tratados internacionales con el por el propósito de combatir la impunidad de conductas criminales consideradas de extrema gravedad. El concurra esta competencia judicial no significa que necesariamente gobierno español deba juzgar a los supuestos responsables que estén en sujetos a una investigación criminal por la comisión de estos delitos, pues puede optar también, ante previa solicitud de algún país a extraditarlo. La decisión de juzgarlo en los tribunales nacionales o

ses inmersos en la problemática (13). Con tales medidas se pretende incidir con mayor efectividad sobre los actuales modelos de

---

extraditarlo debe atender primordialmente al lugar donde estén establecidos los elementos de investigación que con mayor garantía favorezcan el enjuiciamiento. El órgano competente en el territorio nacional para el enjuiciamiento de los delitos de tráfico de drogas cometidos en el extranjero es la Audiencia Nacional. *Vid.* SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel, «Jurisdicción universal penal y de derecho internacional», Tirant lo blanch, Valencia, 2004, p. 233; HÖPFEL, Frank, «Nuevas formas de cooperación internacional en materia penal», CGPJ, *CDJ* VII, Madrid, 2001, pp. 227 ss.; LÓPEZ BARAJA DE QUIROGA, Jacobo, «Posición de la Unión europea sobre el crimen organizado», en *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, cit., pp. 115 ss.

(13) Desde hace tiempo, es obligada la especialización policial a efecto de hacer un mejor frente a este tipo de criminalidad. El perfeccionamiento en las conductas de narcotráfico reclama mayor especialidad de los agentes policiales (*vid.* MARCHAL ESCALONA, Antonio Nicolás, «Drogas. Actuación policial. Problemas de investigación», en *Drogodependencia y Derecho*, CGPJ, *CDJ* núm. VIII, Madrid, 2003, pp. 214 ss.).

La comunidad internacional, consciente de tal situación, ha presentado iniciativas que buscan delinear un marco jurídico supranacional que garantice una respuesta legal homogénea de todos los países frente tal fenómeno criminal y ha pugnado por el fortalecimiento de los mecanismos de cooperación policial y judicial, así como por el desarrollo de nuevos medios de investigación criminal. Estas iniciativas se han producido principalmente en contexto de ONU y la Unión Europea. En el marco de la primera, destacan por su relevancia La Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Viena 1988) y la Conferencia Ministerial Mundial contra la Delincuencia Transnacional Organizada (Nápoles 1994). Dentro de Europa las aportaciones realizadas los Consejos Europeos de Roma (diciembre de 1990), Edimburgo (diciembre de 1992), Cannes (junio de 1995) y Madrid (diciembre de 1995). En términos generales, la normativa citada, da las pautas a seguir en cooperación policial y judicial, la que deberá realizarse a través de las organizaciones internacionales o regionales competentes, para prestar asistencia y apoyo a los Estados de tránsito y, particularmente, a las naciones en desarrollo que necesiten de tales refuerzos, por medio de programas de cooperación técnica para impedir la entrada y el tránsito ilícito y otras actividades conexas. Además, la normativa internacional faculta a los países para acordar, directamente o por vía de las instituciones encargadas de realizar estas tareas, la creación de mecanismos que faciliten el suministro recursos económicos a los Estados de tránsito con el propósito de dilatar y robustecer su infraestructura para el combate eficaz del Narcotráfico. También, la norma internacional permite la firma convenios bilaterales o multilaterales para aumentar la eficacia de la cooperación internacional contra el tráfico de drogas. En este sentido, véase entre otros. BLANCO CORDERO, Isidoro, «Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y problemas de aplicación de la Ley Penal en el espacio», en: *Criminalidad Organizada. Reunión de la sección nacional española preparatoria del XVI congreso de la AIDP en Budapest*, cit., pp. 17 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, «La organización criminal. Tratamiento penal y procesal», cit., p. 58; DELGADO MARTÍN, Joaquín, «La criminalidad organizada...», cit., pp 36 y 37; BLANCO CORDERO, Isidoro y Otros, «Análisis del pluralismo penal. Tendencias mundiales de la justicia criminal» en *Problemas criminológicos en las sociedades complejas*, Universidad pública de Nava-

crimen organizado, particularmente, el especializado en el tráfico de drogas (14).

Dentro de la realidad descrita, en donde los criminales organizados ignoran la amenaza de la pena –cada vez mayor e insuficiente–, uno de los mayores problemas que se presenta para los órganos de persecución penal es la comprobación de la autoría y participación de éstos en la comisión de actividades vinculadas con el narcotráfico u otro delito de delincuencia organizada, fundamentalmente, por la distancia y espacio temporal entre órganos de ejecución directa y el centro de decisiones (15). Con frecuencia, los órganos de persecución penal se tropiezan con problemas para obtener pruebas que les permi-

---

rra, Pamplona, 1999, pp. 9 ss.; DE MIGUEL BARTOLOMÉ, Ángel, «Actuaciones policiales en la lucha contra la criminalidad organizada», en *La criminalidad organizada ante la justicia*, cit., pp. 135 ss. También, *vid.* el tratado de Maastrich de 7 de febrero de 1992 crea una oficina europea de Policía y Convenio con *Europol* de 26 de julio de 1995, ratificado por España el 17 de 17 de 1998 (*BOE*, 28 de septiembre de 1998).

(14) Ya nadie pone en tela de juicio que la criminalidad organizada, entre ellas las del tráfico de drogas, desgasta la soberanía nacional y menoscaba nuestra concepción sistemática del derecho. Al igual que su combate incita a una especie de extensión de la competencia penal nacional y a la obligada cooperación entre sistemas penales materiales y procesales. *Vid.* BERNARDI, Alessandro, «El Derecho penal entre globalización y multiculturalismo», en *Derecho penal contemporáneo* (Revista penal) núm. 4, Legis, Bogotá, julio-septiembre de 2003, pp. 5 ss. Tampoco, el peligro de que su represión afecte a derechos fundamentales, primarios en un estado democrático y en la sociedad internacional. VERVAELE, J. A. E., «El embargo y la confiscación como consecuencia de los hechos punibles en el Derecho de los Estados Unidos», *AP*, núm. 14, 1999, pp. 291 ss.

(15) Los grupos de criminales organizados presentan a la justicia el problema de determinar la autoría y participación en los hechos concretos que ejecutan (*vid.* FELLINI, Zulita, «Perspectivas dogmáticas frente a la criminalidad organizada», en: *Dogmática y Ley Penal*, libro homenaje a Enrique Bacigalupo, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 256 ss.). Desde la perspectiva penal buscar soluciones concertadas respecto a criterios de autoría y participación en materia de delincuencia organizada no es una tarea sencilla. Es un hecho conocido que las categorías jurídicas no fueron pensadas para resolver este tipo de planteamientos. Mientras tanto, en la práctica la solución se discurre por influencia de intereses políticos relevantes o por interpretaciones de tratados internacionales. Lamentablemente, es común la presencia de configuraciones penales que, inspiradas en criterios de eficacia, rompen con las reglas generales que rigen nuestra materia. En los delitos de tráfico de drogas es fácil comprobar que bajo el argumento de que es necesaria –e inevitable– la intervención represiva, el ultraje a categorías penales esenciales para la teoría del delito (diferencia entre autoría y complicidad, entre complicidad y conducta irrelevante, entre tentativa y consumación, imposibilidad de tentativa en delitos de simple actividad). Cfr., QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *A donde va el Derecho Penal. Reflexiones sobre los legisladores y penalistas españoles*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 86.

tan llegar hasta ese centro de poder, hasta el «hombre de atrás» (16). Frente a tales circunstancias, el legislador español ha dispuesto medios de investigación (17) que posibilitan el acceso a la estructura organizativa de estos clanes criminales y la obtención de evidencia para su desarticulación y captura (18); es decir, la técnica de investigación criminal relativa a la entrega vigilada y el agente encubierto.

(16) Cfr., CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, «La organización criminal. Tratamiento penal y procesal», cit., p. 57. Parece que resultaría equivocado pensar que se puede enfrentar a la moderna narcocriminalidad (caracterizada por su alto nivel organizativo) utilizándose –para su investigación– las mismas técnicas policiales y de instrucción que se emplean para los delitos comunes (hurto, amenazas, etc.). Esta manifestación criminógena, hace necesaria la implementación de otro tipo de tácticas para poder descubrir y perseguir a este tipo de criminalidad. Es decir, para combatir con eficacia a delincuencia organizada se requiere privilegiar la utilización de controvertidas técnicas de investigación policial que garanticen el éxito en la persecución de éste tipo de delitos. La política criminal que ampara la entrega vigilada, el agente encubierto, el arrepentido, el agente provocador y de más técnicas de investigación, lo que realmente pretende, es que sus dispositivos permitan investigar eficazmente a las organizaciones de delincuencia organizada (*vid.* EDWARDS, Carlos Enrique, «El Arrepentido, en Agente Encubierto y la Entrega Vigilada. Modificación a la Ley de Estupefacientes. Análisis de la ley 24.424», Edit. Ad-hoc, S. L. R., Buenos Aires, 1996, pp. 15 ss.). Aunque con ello se pueda rozar los límites de constitucionalidad, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo, «El agente encubierto y la entrega vigilada», en *Criminalidad Organizada. Reunión de la Sección Nacional Española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest*, Almagro, mayo de 1999, pp. 107 ss.

(17) Cuando nos referimos a medios de investigación, aludimos a aquellas actuaciones que se llevan a cabo tanto en la fase preprocesal o de investigación de los delitos como en la fase sumarial –por el Juez de instrucción, el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial–, encaminadas al esclarecimiento de hechos presuntamente delictivos, así como al descubrimiento de los presuntos responsables de la comisión de estos ilícitos. Técnicas de averiguación que dentro del ámbito del proceso penal deben ser diferenciadas de los actos de prueba, los que generalmente tienen lugar en la fase del plenario o juicio oral. Cfr., ALONSO PÉREZ, Francisco, «Medios de investigación en el proceso penal...», cit., p. 25.

(18) Junto con estas técnicas de investigación podemos añadir otras de nuevo cuño que también merecen una valoración especial, pero que en esta ocasión únicamente nos limitaremos a señalarlas: *a)* La observación policial prolongada de la actividad de las personas sospechosas de integrar alguna organización delictiva (la *Auss.chreibung zur polizeilichen Beobachtung* del §163e de la *Strafprozeßordnung* alemana (StPO) es un ejemplo de regulación legal de esta actividad); *b)* La utilización de las diferentes técnicas del tratamiento automatizado de datos, especialmente el cruce y la comparación de informaciones recogidas en diversos bancos de datos (se trata de la *Rasterfahndung* de los § 98a y 98b de la StPO alemana, y del *Datenabgleich* del § 98c del mismo texto legal); *c)* El empleo de diversas técnicas de captación y reproducción de la imagen y el sonido, que permitan acceder al contenido de actividades y conversaciones de sujetos sospechosos de integrar una organización delictiva que se desarrollan incluso en ámbitos privados (conocido como *Lauschangriff* por la doctrina y por la opinión pública alemanas, y regulado en los § 100c a 100f de la StPO– regulación que exigió, a su vez, la reforma del art. 13 de

## 2. LA CIRCULACIÓN Y ENTREGA VIGILADA EN MATERIA DE DROGAS, ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS PROHIBIDAS

### A) Regulación jurídica y concepto

La circulación y entrega vigilada es una práctica que desde hace tiempo ha sido regulada en varios países como una herramienta más en la lucha contra la criminalidad asociativa (19). Su incursión en el

---

la Constitución Federal—). Cfr., GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, «Infiltración policial y agente encubierto», cit., p. 5.

(19) Este medio excepcional de investigación, que se apoya en criterios de oportunidad, lo encontramos regulado en la legislación de otros países del entorno: En Italia, el 9 de octubre de 1990, se publica dentro de la legislación llamada de emergencia, el decreto *del presidente della repubblica* núm. 309, *Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relati stati di toss.ico dipendenza*. Su artículo 98 dispone que: «1. La autoridad judicial puede, con decreto fundamentado, retrasar la emisión o disponer que sea retrasada la ejecución preventiva de captura (CPP 285), arresto (CPP 380) o secuestro (CPP 253, 316 y 321) cuando sea necesario adquirir relevantes elementos probatorios o bien por la individualización o la aprehensión de los responsables de los crímenes, artículos 73 y 74. En Francia, el artículo 67 bis del *Code des Douanes* (decreto núm. 48/1985 de 8 de diciembre, dispone en su primer párrafo que: «A fin de constatar las infracciones aduaneras de importación, exportación o detentación de sustancias o plantas, clasificadas como estupefacientes, de identificar a los autores y cómplices de estas infracciones, así como a los que han participado en ellas como interesados, en el sentido del artículo 399 y efectuar las intervenciones previstas en el presente Código, los agentes de aduanas habilitados por el ministro encargado de las aduanas, en las condiciones fijadas por decreto, pueden, después de haber informado al procurador de la república y bajo su control, proceder a la vigilancia del «encaminamiento» de estas sustancias o plantas». La regulación del recurso de entrega vigilada de drogas, se completa en el derecho francés con el artículo 627.7 del *Code de la Santé publique*, estableciendo una preceptiva previsor, que satisface las previsiones de los acuerdos internacionales relacionados con la figura. En Portugal, de igual forma han admitido la institución, como se desprende del contenido del artículo 61 del decreto ley 15/1993, de 22 de enero: «1. podrán ser autorizadas, caso por caso, por el Ministerio Público las actuaciones de la policía judicial sobre los portadores de sustancias estupefacientes o psicotrópicas en tránsito por Portugal, con la finalidad de proporcionar en colaboración con el país o países destinatarios u otros eventuales países de tránsito, la identificación e incriminación del mayor número de participantes en operaciones de tráfico y distribución, sin perjuicio del ejercicio de la acción penal por los hechos respecto de los que la legislación portuguesa es aplicable». Aunque hoy en día, países como Bélgica o Suiza no la tengan contemplada en su normativa interna, por no haberla codificado de manera concreta, la permiten sin mucha dificultad por el recurso expedito de su apego a la legislación internacional. Cfr. SEQUEROS SAZARTORNIL, «El Tráfico de Drogas ante el Ordenamiento Jurídico», cit., pp. 695 ss. *Vid.* Memoria de la Fiscalía Especial para la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas, año 1991, pp. 75 ss.; REY HUIDOBRO, Luis Fernando, «La entrega vigilada de drogas. El artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», cit., p. 190

ordenamiento español se hizo mediante LO 8/92, de 23 de diciembre (20), a través de su inserción en el artículo 263 bis de la LECrim (21), sin otro propósito que el de hacer frente a los delitos de tráfico de drogas (22). En un segundo momento, mediante LO 5/1999

(20) Con la introducción de citada Ley, se vino a rellenar uno de los vacíos legales que existía en el combate contra tráfico ilícito de sustancias prohibidas, ya que era –desde ese entonces– una práctica común de las autoridades nacionales pero no contaba con regulación jurídica. Cfr., ALONSO PÉREZ, FRANCISCO, «Medios de investigación en el proceso penal...», cit., p. 534. Véase comentarios al respecto de QUERALT JIMÉNEZ, JOAN JOSEPH, «La reforma penal y procesal en materia de tráfico de drogas (notas a la LO 8/1992, de 23 de diciembre [RCL 1992, 2753])», AJA, núm. 96, 8 de abril de 1993, pp. 1 ss.; FABIÁN CAPARRÓS, EDUARDO A. «Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas», en: ADPCP, tomo 46, fasc/mes 2, 1993, pp. 597 ss.

(21) El legislador español se ha preocupado por elaborar detalladamente los tipos penales que cubran todas las modalidades delictivas que puedan incurrir en el tráfico de drogas, esa dedicación, con mayor o menor fortuna, la ha dispuesto también para diseñar –dentro del ordenamiento procesal– dispositivos (entrega vigilada, agente encubierto, arrepentido, protección de testigos y peritos) que faciliten el éxito en las investigaciones de criminalidad organizada, particularmente, la orientada al narcotráfico. No es suficiente con tipificar un comportamiento como ilícito, sino que también es menester que el sistema penal esté en condiciones de descubrir y castigar. Vid. CARMONA SALGADO, CONCEPCIÓN, «La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto», cit., p. 166.

En otro sentido, algunos autores opinan que la ubicación sistemática de la figura –de la circulación y entrega vigilada– dentro del ordenamiento jurídico no es la adecuada, que lo mejor hubiera sido unirla al artículo 579 LECrim, concerniente a la intervención postal, ya que su única relación con la denuncia se concentra en incorporar una específica exención de la obligación de denunciar los delitos que corresponde a los órganos encargados de la persecución penal (art. 262 LECrim), mientras que el artículo 408 CP sanciona, en particular, a la autoridad o funcionario que faltando a la obligación de su encargo dejare intencionalmente de promover la persecución de los mismos. Vid. GIMENO SENDRA, VICENTE, «Aspectos procesales y constitucionales más relevantes en los delitos relativos a drogas tóxicas y estupefacientes», en: *Delitos contra la salud pública y contrabando*, cit., pp. 175-201.

(22) El primer antecedente vinculante de la circulación y entrega vigilada con norma española lo encontramos en el Convenio de Schengen de 14 junio 1985, que en su artículo 73 dispone:

«1. De conformidad con su constitución y su ordenamiento jurídico nacional, las Partes contratantes se comprometen a tomar medidas que permitan las entregas vigiladas en el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. 2. La decisión de recurrir a entregas vigiladas se adoptará en cada caso basándose en una autorización previa de cada Parte Contratante afectada. 3. Cada Parte Contratante conservará la dirección y el control de las actuaciones en su territorio y está autorizada a intervenir». No obstante, la figura es incluida en la legislación nacional atendiendo al compromiso asumido por el gobierno español al signar la Convención de Viena contra el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas (1988), en la que junto con los demás países firmantes se obliga a incluir dentro de su legislación

de 13 de enero, se realizan una serie de adaptaciones técnicas a la figura para que pueda ser utilizada también contra otras actividades criminales además de las vinculadas con la difusión ilícita de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (23). Seguramente, la extensión en el manejo de esta técnica de investigación obedeció a que el Estado pretendía aprovechar las bondades que –aparentemente– se le atribuyen a la medida (24).

La práctica de investigación policial de circulación y entrega vigilada, aplicada en materia de estupefacientes, consiste en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, precursores o en su defecto sustancias que hayan sido sustituida por éstas, circulen fuera del territorio de uno o más países, los atraviesen o entren en él con autorización y vigilancia de las autoridades competentes con el propósito de identificar a los sujetos involucrados en la comisión de dicho tráfico ilícito (25). Su manejo presupone un

---

interna este medio de investigación. Cfr. SEQUEROS SAZARTORNIL, *El tráfico de drogas ante el Ordenamiento Jurídico*, editorial la Ley, S. A., Madrid, España, 2000, p. 692. Vid. También: GRANADOS PÉREZ, Carlos, «Instrumentos procesales en la lucha contra el crimen organizado...», cit., pp. 73 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, «La organización criminal. Tratamiento penal y procesal», cit., p. 58; DELGADO MARTÍN, Joaquín, «La criminalidad organizada...», cit., pp. 135-136; REY HUIDOBRO, Luis Fernando, «El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales», cit., pp. 343-347.

(23) En su Exposición de Motivos la LO 5/1999 reconoce como necesario actualizar las técnicas de investigación policial para hacer un mejor combate a la criminalidad organizada ante la evidencia de la insuficiencia de los medios tradicionales frente al *modus operandi* de las modernas organizaciones criminales. La esencia de esta norma en sí, es intentar aminorar –rozando incluso los límites de la constitucionalidad– la insuficiencia demostrada por parte de los medios de investigación tradicionales en combate contra la delincuencia organizada (esencialmente, pero no de forma exclusiva, en el ámbito del tráfico ilegal de sustancias estupefacientes). Vid. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo, «La entrega vigilada y el agente encubierto», *AJA*, núm. 380, Marzo 1999, pp. 1-6.

(24) Es reducido el espacio de operación al que se puede extender este tipo de técnica, es decir, no se pueden ampliar de forma indiscriminada los ámbitos de actuación de éste medio de investigación –que se supone excepcional–, ya que por sus propias características es una contravención a los principios de proporcionalidad y subsidiariedad en que se fundamentan este tipo de mecanismos de investigación (la gravedad del delito y la imposibilidad de utilizar otros medios de investigación), principios que son plenamente reconocidos bajo los términos «importancia del delito» y «necesidad a los fines de investigación» a los que se refiere el párrafo primero del artículo 263 bis. Vid. ZARAGOZA AGUADO, Javier, «Tratamiento penal y procesal de las organizaciones criminales...», cit., p. 101.

(25) Cfr. artículo 11 de la Convención de Viena contra el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas (1988). Vid. Igualmente, entre otros a Joaquín, «La criminalidad organizada...», cit., p. 139; EDWARDS, Carlos Enrique, «El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada...», cit., pp. 107 ss.; CHOCLÁN

hecho delictivo previo de tráfico ilícito que ha concurrido, o que se está llevando a cabo, en otro territorio o país susceptible de ser perseguido y enjuiciado por la jurisdicción española y del que las autoridades encargadas tienen conocimiento, pero éstas, lejos de interrumpir su ejecución, permiten el desplazamiento de tales mercancías prohibidas bajo su vigilancia y control hasta el Estado de destino, con el fin de identificar, descubrir y detener a los sujetos que, en concierto con los encargados de su envío, están comprometidos para su recepción y ulterior colocación en el mercado (26). Es decir, mediante esta técnica excepcional de investigación el ilícito es conocido pero no impedido, con el propósito de obtener pruebas de la participación en el mismo de determinados integrantes de la organización criminal (27).

La puesta en marcha de este mecanismo de investigación no tiene como función la averiguación de un delito –ya que el delito constituye su presupuesto– sino la pesquisa de pruebas para imputar a sus partícipes (28). Por tal motivo, la circulación y entrega controlada difiere sustancialmente de las actividades policiales de seguimiento simple, orientadas sólo a la constatación de las sospechas de un delito y a la detención, en su caso, de los responsables (29).

---

MONTALVO, José Antonio, «La organización criminal. Tratamiento penal y procesal», cit., p. 57 ss.; MONTOYA, Mario Daniel, «Informantes y técnicas de investigación encubiertas. Análisis Constitucional y Procesal Penal», *ad. hoc.* Buenos Aires, 1998, p. 237.

(26) Aquí cabe señalar que los destinatarios y, en su caso los remitentes, de los citados paquetes suelen ser de tres tipos: falsos por ser inexistentes, bien miembros de baja jerarquía dentro de la organización criminal, bien personas desvinculadas que, a cambio de una compensación económica, aceptan pasar destinatarios-remitentes, e incluso ir a recoger la remesa. Por lo que es difícil que mediante esta técnica se pueda detener –por lo menos en un primer momento– a los jefes de la organización criminal que trafica con las sustancias que contienen tales envíos. Junto con lo anterior, hay que tomar en cuenta que el sólo hecho de que una persona aparezca como destinataria de una remesa o acuda a recoger el paquete, no siempre constituye prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, ya que puede alegar –en determinado momento– que desconocía el contenido del envío, por lo que su probable culpabilidad quedaría sometida a la prueba de indicios. *Vid.* VEGA TORRÉS, Jaime, «Detención y apertura de paquetes postales. Especial consideración de la apertura de paquetes en el marco de la entrega vigilada», en *TJ*, núm. 8-9, agosto-septiembre, 1997, pp. 860 y 861.

(27) *Vid.* DELGADO MARTÍN, Joaquín, «La criminalidad organizada...», cit., p. 140; MONTOYA, Mario Daniel, «Informantes y técnicas de investigación encubiertas. Análisis Constitucional y Procesal Penal», cit., p. 238.

(28) GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, «Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación», cit., p. 286.

(29) La circulación vigilada no incide sobre un envío ilícitamente sospechoso, sino que necesita de la confirmación absoluta de la naturaleza ilícita de la sustancia oculta en su interior. Es decir, la transformación de las sospechas racionales en certe-

## B) Órganos legitimados para autorizar la medida

A partir de lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 263 bis apartado 1), el Juez de Instrucción competente, el Ministerio Fiscal y los Jefes de Unidades Orgánicas (centrales o provinciales), incluyendo sus mandos superiores, son los entes competentes para acordar la circulación y entrega vigilada (30). El mencionado precepto indica quiénes están facultados para acordar la entrega vigilada (31), mas no aclara cuando debe efectuarse dentro de una instrucción judicial o en el seno de una investigación del ministerio fiscal, o bien dentro de una investigación preliminar de la policía judicial; tampoco especifica en cuales casos deben otorgar su autorización cada una de esas autoridades (32).

---

zas conforma un elemento integrador, a la par que el punto de partida en el avance material de las operaciones de circulación y entrega vigilada. Cfr., GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, «Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación», cit., p. 286.

(30) Vid. CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, «La organización criminal. Tratamiento penal y procesal», cit., pp. 58 ss.

(31) El apartado 1 del artículo 263 bis LECrim, mediante una simple enumeración, dicta en principio una triple e indistinta competencia para autorizar una entrega vigilada. Este esquema competencial tripartito de la Ley Procesal Penal coincide, plenamente, con la legislación portuguesa su artículo 61.3 del Decreto Ley 15/1993, de 22 de enero (vid. *Régimen jurídico estupefacientes e substancias psicotrópicas*). Asimismo, localizamos una simetría parcial entre la regulación española respecto de la italiana y francesa. Respecto de la primera, el artículo 98 del Decreto del Presidente de la República 309/1990, de 9 de octubre, en sus apartados 1 y 2, otorga competencias para disponer una circulación controlada al Órgano Judicial y a las Unidades Especiales Antidroga de la Policía Judicial (vid. *Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relative stati di tossicodipendenza*). Por lo que toca a Francia, se requiere autorización del Procurador de la República o de la Autoridad Judicial, requisito que erige, dentro de su normativa, en el artículo 627.7 del Código de Salud Pública, tras la modificación operada por la Ley 91/1264, de 19 de diciembre y artículo 706/80 de la reciente Ley núm. 204-2004, de 9 de marzo (vid. *Loi du 19 décembre 1991 sur la surveillance de l'acheminement des substances ou plantes casées comme stupéfiants et sur les livraisons contrôles des mêmes substances*, así como *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*). Legislaciones como la Argentina reservan a favor de los órganos jurisdiccionales la competencia exclusiva para acordar operaciones de circulación y entrega vigilada, requisito que, dentro de su ordenamiento jurídico, lo encontramos el artículo 11 de la Ley 24.072 de 1992. (Ley de modificación de la Ley 23.737 de estupefacientes). Cfr., GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, «Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación», cit., p. 312.

(32) Para solventar estas dudas –como indica DELGADO MARTÍN, Joaquín, «La criminalidad organizada...», cit., p. 155– debemos remitirnos a las normas generales reguladoras de la instrucción, identificando y diferenciando los casos en los que existe un proceso judicial abierto frente aquellos otros en los que no lo hay. Comprendemos, por una parte, que cuando exista procedimiento judicial abierto el único auto-

Por otro lado, destaca el hecho de que se faculte a órganos ajenos al poder judicial –absolutamente independientes entre sí y que frecuentemente demuestran distintos criterios frente a una misma cuestión– para autorizar dicha prevención. Esta circunstancia ha generado fuertes críticas al interpretarse que únicamente el Juzgador debería estar facultado para acoger la institución (33). Respecto a este punto, consideramos equivocado que se permita a los Jefes de Unidades Orgánicas (centrales o provinciales) o a sus mandos superiores a autorizar este tipo de operaciones ya que al tratarse de una delicada manipulación del control judicial, en ciertos casos, podría propiciar alguna conducta ilícita por parte de tales autoridades (34).

---

rizado para otorgar la medida será el Juez de Instrucción competente en todos aquellos asuntos que sean competencia de la Audiencia Nacional (65 LOPJ). Por otra, que si la norma jurídica –art. 5 del Estatuto Orgánico del Poder Judicial y art. 773.2 de la LECrim– autoriza al Ministerio Fiscal –dentro de sus investigaciones y antes de iniciar un proceso– para que actúe en el esclarecimiento de hechos que aparezcan expuestos en una denuncia o en un atestado policial y a su vez para que éste –en determinado momento– pueda ordenar a la Policía Judicial que ejecute diligencias que considere pertinentes para la clarificación de tales hechos, v. g., actuaciones de circulación y entrega vigilada; amén de que la nueva redacción del artículo 263 bis apartado 1 LECrim ya le conceda explícitamente tal atribución. Por último, sólo queda por especificar que, sólo en casos excepcionales –que por razones de urgencia impidan recabar la autorización del Juez o Ministerio Fiscal– la autoridad policial debería autorizar la medida (*vid.* comentarios en este sentido de REY HUIDOBRO, Luis Fernando, «La entrega vigilada de drogas. El artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», en *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 2, julio-diciembre 1995, p. 196).

(33) Véase entre otros: CARMONA SALGADO, Concepción, «La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto», *cit.*, p. 171; GINARTE CABADA, Gumersindo, «La circulación o entrega vigilada de drogas», *CPC*, núm. 55, 1995, pp. 13 ss.; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo, «El agente encubierto y la entrega vigilada», en *Criminalidad Organizada. Reunión de la Sección Nacional Española...*, *cit.*, p. 120; PAZ RUBIO, José María y otros, «La prueba en el proceso penal: su práctica ante los tribunales», *Colex*, Madrid, 1999, pp. 321 y 322. Ahora bien, dicha posibilidad –de que los mandos policiales autoricen la entrega vigilada– debe interpretarse en relación con los restantes preceptos reguladores de la actividad de la Policía Judicial dentro de la instrucción, esto es: los jefes de policía solamente podrán autorizar la *entrega vigilada* en aquellos supuestos en que la demora –en el procedimiento de autorización judicial– supondría el éxito de la operación; en otro caso, deberá de informar al Juez competente. Cfr. DELGADO MARTÍN, Joaquín, «La criminalidad organizada...», *cit.*, p. 157. Como afirma REY HUIDOBRO, Luis Fernando, «La entrega vigilada de drogas. El artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», *cit.*, p. 198. La autorización por parte de la Autoridad Administrativa Policial en estos casos debería haber quedado reducida a aquellos excepcionales supuestos en los que hubiesen descendido los márgenes de seguridad sensiblemente, se presentase un cambio imprevisto de itinerario, o cualquier otra circunstancia excepcional que complicase –en gran medida– la aprehensión de las sustancias y la captura de los responsables sino se verificase con prontitud la intervención.

(34) Con relación a lo señalado, se puede mencionar un problema de tipo práctico pero con delicadas importantes repercusiones, esto es, ni el artículo 263 bis LECrim

A pesar de existir en la LO 5/1999 el requisito legal que obliga tanto a los Jefes de Unidades Orgánicas (centrales o provinciales) como a sus mandos superiores a enterar de forma inmediata al Ministerio Fiscal o al Juez de Instrucción competente (en los casos en que existiese procedimiento judicial abierto, art. 263 bis.3) acerca de aquellas autorizaciones que hubiesen otorgado. La cláusula en cuestión no impide que se pueda emitir una autorización que carezca de algún requisito formal previsto en la Ley independientemente de que con posterioridad fuese notificada al órgano judicial o ministerial competente, eventualidad, que provocaría la nulidad de medida (35). El no establecer un procedimiento a seguir para este tipo de incidentes para algún autor es, según Carmona Salgado (36), el más grave error legislativo en el que se incurrió cuando se elaboró la nueva redacción del artículo 263 bis LECrim (37).

Llama igualmente la atención en este artículo el hecho que sólo al Juez se obligue a llevar un registro especial de las resoluciones que autoricen una entrega vigilada, registro que custodiará el Juez Decano

---

ni ningún otro artículo de la norma procesal regulan de donde saldría la sustancia objeto de entrega, ni la existencia de un registro o un sistema de control, por lo que se crean enormes peligros de comisión de irregularidades por parte de una policía que puede no estar sometida a la efectiva autorización de la autoridad judicial. DELGADO MARTÍN, Joaquín, «La criminalidad organizada...», cit., pp. 142 y 143 y QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, «Recientes novedades legislativas en materia de lucha contra la delincuencia organizada: LO 5/1999 de 14 de enero» en: *Criminalidad Organizada. Reunión de la Sección Nacional Española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest*, Almagro, mayo de 1999, p. 133; PAZ RUBIO José María y otros, «La prueba en el proceso penal: su práctica ante los tribunales», cit., pp. 321 y 322.

(35) Como indica QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, «Recientes novedades legislativas en materia de lucha contra la delincuencia organizada: LO 5/1999 de 14 de enero» cit. pp. 131 y 132, el operar con este tipo de mecanismos puede entenderse como una simple «operación administrativa al margen de la legalidad procesal» pues deja de lado la obligación que prevé la norma de comunicación inmediata al Juez o Ministerio Fiscal de las diligencias que hubiera practicado (art. 295 LECrim). Ello constituye –como señala indica CARMONA SALGADO, Concepción, «La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto...», cit. p. 171– una manipulación ajena al control judicial. Por otro lado, sin que sirva para resolver el problema planteado, la obligación que marca la norma (art. 263 bis, 3 II) de que los Jefes de las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial informen de inmediato al Ministerio Fiscal respecto de la adopción de la medida, ya que el citado órgano como parte acusadora, es al mismo tiempo parte procesal, y no es garante originario de ningún derecho.

(36) CARMONA SALGADO, Concepción, «La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto...», cit. p. 172.

(37) Hay criterios que estiman que el precepto que regula la circulación y entrega vigilada es discutible a la vista de las reglas que configuran el derecho a la presunción de inocencia. Por permitir –o considerar– válida la apertura realizada por autorización, no del Juez o del Fiscal, sino del Jefe de una Unidad Orgánica de la Policía Judicial. Cfr. STS de 23 de mayo de 1996, Pn. José Augusto de Vega Ruiz (RJ 4556).

del partido judicial correspondiente. Lo anterior, por el contrario, no es exigido a las autoridades orgánicas de la Policía Judicial, a sus superiores administrativos, ni al Ministerio Fiscal. Es decir, sus resoluciones no constan en registro alguno, excepto –como cabe suponer– en sus propias actuaciones. Como bien ha señalado Queralt: «esta distinción de régimen de control de la decisión estableciendo mayores cautelas sobre el controlador que sobre los controladores y operativos no deja de ser sorprendente» (38).

No obstante, el precepto que reglamenta la figura de la entrega vigilada no resuelve el conflicto –que puede presentarse en la práctica– sobre quien es el Juez de Instrucción que debe de instruir la causa, si debe ser quien primero tiene conocimiento del tráfico ilícito de las sustancias tóxicas y que ya ha iniciado las respectivas diligencias penales, o el quien está domiciliado en el partido judicial donde se hará la apertura del paquete y la recepción de los detenidos. Con respecto a esta cuestión, algunos interpretan que la Ley de Enjuiciamiento criminal (art. 18.2) determina que será competente para actuar en este tipo de causas criminales quien realizó la primera actuación. Sin embargo hay quienes opinan que debería ser el juez que ejerce jurisdicción dentro del partido en donde se abrió el envío postal (39). Para resolver este asunto de competencia, valdría la pena considerar lo previsto en el artículo 14.2 LECrim, el cual dispone que será competente «para la instrucción de las causas, el Juez de Instrucción del Partido en el que el delito se hubiere cometido y el Juez Central de Instrucción respecto de los delitos que la Ley determine».

Una vez descrito de forma general el ámbito competencial de las tres autoridades facultadas por la norma jurídica para disponer la práctica de una circulación y entrega vigilada, queda por precisar algunos aspectos relativos a las funciones que se les confieren en la esfera de las circulaciones controladas transfronterizas, es decir, dentro de aquellas en las que intervienen dos o más Estados (40). En este sentido, la norma procesal

(38) QUERALT JIMÉNEZ, Josep, «Recientes novedades legislativas en materia de lucha contra la delincuencia organizada: LO 5/1999 de 14 de enero», en *Criminalidad Organizada. Reunión de la sección nacional...*, cit., pp. 127-133.

(39) DELGADO MARTÍN, Joaquín, «La criminalidad organizada...», cit., p. 168. Recuérdese que cuando la norma procesal establece los criterios para adscribir territorialmente en conocimiento de un proceso a un órgano judicial determinado entre los varios objetiva y funcionalmente, utiliza de forma preferente y exclusiva el lugar donde su hubiera realizado la acción penal. MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, «Competencia: competencia funcional», en *Jurisdicción y competencia penal, CDJ, CGPJ*, Madrid, 1996, p. 199.

(40) La entrega vigilada internacional se da cuando en la operación aparecen involucrados los poderes punitivos de dos o más Estados. La figura cada vez aparece con más frecuencia debido al fenómeno de la internacionalización de la delincuencia organizada, favorecida por el proceso de liberación del comercio a nivel mundial y por el vertiginoso desarrollo de las comunicaciones. JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos,

–art. 263 bis 3 LECrim– prescribe que ésta se adecuará a lo dispuesto en los Tratados Internacionales (41). En condescendencia con el Convenio de Schengen (art. 73 apartado 2 y 3) y el Convenio de Asistencia Judicial en Materia Penal (art. 12), para que sea posible una circulación controlada a nivel internacional (42) es necesaria la previa autorización de las Autoridades del Estado de procedencia de la sustancia ilícita interceptada, del Estado a donde llegará el envío que la contiene (43) y del Estado –o grupo de Estados– por el que ha de circular (44).

«Transnacionalización de la delincuencia y persecución penal», en *Crisis del sistema político, criminalización de la vida pública e independencia judicial*, Perfecto Andrés Ibáñez (dir.), *EDJ, CGPJ*, Madrid, 1998, pp. 66 ss.

(41) El marco de operación de la circulación y entrega vigilada a este nivel es diferente, aquí se circunscribe básicamente a los envíos de paquetes postales previamente abiertos en el Estado de origen o tránsito, tanto en los supuestos de paquetes con etiqueta verde –para los que la normativa internacional en materia postal admite la apertura de oficio por las autoridades de correos sin que sea necesaria la intervención del destinatario– como para el resto de los envíos postales. Por otra parte, cabe señalar que la apertura de los paquetes portales cuando se realice en el extranjero deberá ajustarse al régimen jurídico del país en que se abrió de forma que no se considerará quebrantado el secreto de las comunicaciones –y por ende no podrá declararse la ilicitud de la prueba– cuando la Autoridad del país que consintió la apertura y el tránsito vigilado del paquete se encuentre legitimada por su propia Ley para tomar tales medidas (*vid.* ZARAGOZA AGUADO, Javier, «Tratamiento penal y procesal de las organizaciones criminales...», cit., comentario al pie [37], p. 102.). También, por otra parte, que en los supuestos de circulación y entrega vigilada internacional la finalidad puede ser doble: primera, en relación con una investigación que esté llevando a cabo la policía española para poner al descubierto –o identificar– a las personas implicadas en la ejecución de un ilícito vinculado con las drogas –sustancias, equipos, materiales, bienes y ganancias– objeto de vigilancia; segunda, que se esté prestando auxilio a la policía de otro Estado que esté realizando alguna investigación relacionada con las sustancias vigiladas. Cfr. ALONSO PÉREZ, Francisco, «Medios de investigación en el proceso penal...», cit., pp. 538 y 539.

(42) Existen dos tipos de entregas vigiladas internacionales: la directa y la de tránsito, en la primera, sólo hay dos Estados envueltos en la operación de transferencia del estupefaciente, uno el del lugar de partida, el otro el del punto de destino final de la droga; la segunda está determinada por la intervención de al menos tres Estados, de los cuales uno se encuentra interesado sólo en el tránsito de la sustancia ilícita sobre su propio territorio. Cfr. MONTROYA, Mario Daniel, «Informantes y técnicas de investigación encubiertas. Análisis Constitucional y Procesal Penal», cit., p. 239.

(43) La legislación española no es la que debe tenerse en para valorar cómo se aprehende una sustancia estupefaciente en un Estado extranjero. Son las normas internas de este país extranjero, procesales o administrativas, las que estipulan qué autoridades o funcionarios han de participar en esa clase de operaciones y cuál ha de ser el procedimiento a seguir. Esto como una consecuencia más del principio de territorialidad que rige en cuanto a la determinación de las competencias internas entre los diferentes órganos de un Estado y en cuanto a los procedimientos a seguir. *Vid.* STS de abril de 2003, Pn. Joaquín Delgado García (RJ 3852).

(44) MORENO CATENA, Víctor; CASTILLEJO MANZANARES, Raquel *La persecución de los delitos en el convenio de Schengen*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pp. 115 ss.

Cuando la autorización proviene de las Autoridades españolas a efecto del lugar que desempeñen en la operación, han de tomarse en cuenta las reglas de atribución y distribución de la competencia entre el Juez de Instrucción, el Ministerio Fiscal y los mandos policiales, quienes en casos de circulaciones vigiladas transfronterizas, limitan su competencia a actividades comunicación formal con las fuerzas policiales extranjeras y de ejecución material de la diligencia. Ultimada la diligencia de entrega vigilada, y por tratarse de comportamientos ilícitos incluidos dentro de los delitos de peligro abstracto, cada uno de los Estados en los que ha sobrevenido alguna de las acciones que componen la operación asume jurisdicción, esto en orden al enjuiciamiento de los acontecimientos materia de investigación. Debido a lo anterior, la persona detenida en el territorio de un país queda sometida a su poder punitivo (art. 23 LOPJ) sin que en ningún supuesto –en virtud del *non bis in idem*– pueda volver a ser procesada por los Tribunales de ese Estado o extraditada a otro país por los mismos sucesos delictivos.

Antes de cerrar este aspecto, cabe resaltar que más allá de los órganos autorizantes y ejecutores de la medida (Juez, Ministerio Fiscal y cuerpos policiales), el artículo 263 bis LECrim no hace mención alguna sobre la posición pasiva de la operación de circulación y entrega vigilada, es decir, quiénes son las personas sobre las que puede recaer esta medida. Pero se deduce que serán aquellas sobre quienes ya existan indicios de culpabilidad por comportamientos relacionados al tráfico ilegal con determinados objetos, quienes serán identificadas en todo momento, con la finalidad de no hacer de este medio excepcional de investigación una búsqueda inquisitorial contra la delincuencia asociativa (45).

### C) Objeto sobre el que recae la medida

Como lo prevé la Ley de Enjuiciamiento criminal (art. 263 bis), el objeto de esta resolución lo constituye la vigilancia de «drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas» (46), así como los agregados por la LO 5/1999: a) precursores químicos (contemplados en los cuadros I y II del Anexo de la Convención de Viena de 1988, y

---

(45) GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, «Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación», cit., p. 311.

(46) Las características que definen lo que son drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas serán precisadas en el apartado en que se hace el análisis del objeto material en el delito de tráfico de drogas.

previstos por LO 3/96, de 10 de enero, sobre medidas de control de las sustancias químicas catalogadas susceptibles de desvío para la fabricación ilícita de drogas y Real Decreto 865/97, de 6 de junio), equipos y materiales descritos en el artículo 371 CP (47); *b*) bienes y ganancias referidos en el artículo 301 CP (los arts. 1-q de la Convención de Viena [1988] y 1-b del Convenio de Estrasburgo [1990] acerca del blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso) (48); *c*) otras sustancias u objetos prohibidos cuya tenencia o circulación constituya un delito (49).

En cuanto a la determinación del concepto «drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas» al que hace alusión el precepto, no es otro que el objeto material del delito previsto en el artículo 368 CP. Es decir, tal y como lo señala el Tribunal Supremo (50), se refiere a las sustancias recogidas en los litados internacionales que provienen del Convenio Único de Estupefacientes de las Naciones Unidas (1961), el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de Viena (1971) y el Protocolo de Ginebra (1972), tomando en cuenta aquellas que por cuestiones de actualización han sido incluidas posteriormente según lo establecido en dichos Convenios y en la legislación nacional (51).

---

(47) Para revisar el tratamiento jurídico penal que se ha dado a los precursores químicos véase: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A., «Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre...», cit., p. 594.

(48) *Vid.* FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A., «Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre...», cit., nota anterior, p. 603.

(49) Como afirma GIMENO SENDRA, Vicente, «Los procesos penales. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal», t. III, Bosch, Barcelona, 2000, p. 14, por sustancias prohibidas hay que entender todas las *res extra commercium*, cuya tenencia o circulación constituyen ilícito penal. Estos objetos o sustancias cuya circulación y posesión es ilícita no están relacionados –por lo menos directamente– con los delitos de tráfico de drogas: moneda falsa arts. 386 y 387); especies o subespecies de flora amenazada o de sus propágulos (art. 332 CP) y especies o subespecies de fauna silvestre amenazada (art. 334 CP); armas, municiones y sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o sus componentes (arts. 566 y 568 CP) y otras sustancias prohibidas que aunque no se especifican ni relacionan con tipos penales concretos, pero por exclusión, estas sustancias no pueden ser otras mas que productos alimentarios (arts. 363 y 364 CP); materiales nucleares o elementos radiactivos (art. 345 CP), y algunos géneros prohibidos (LO 12/95 que prevé las acciones consideradas como contrabando).

(50) STS de 31 de enero de 1995, Pn. José Augusto de Vega Ruiz (RJ 574).

(51) Para conocer con mayor precisión los diversos pronunciamientos que existen sobre la determinación del objeto material del artículo 368 CP véase: ARROYO ZAPATERO, Luis, «El objeto material en el artículo 368 CP: planteamientos doctrinales y estudios de los aspectos más relevantes de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Delitos contra la salud pública y contrabando*, cit., pp. 319 ss.; BLANCO CORDERO, Isidoro, «Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizados...», cit., pp. 113 ss.

Atendiendo a lo previsto en el artículo 371 CP el objeto material de la resolución, en estos casos, lo constituyen los «equipos, materiales o sustancias psicotrópicas enumeradas en el cuadro I y cuadro II de la Convención de Naciones Unidas, hecha en Viena el 2 de diciembre de 1988 y cualesquiera otros productos adicionados al mismo Convenio o que se incluyan en futuros Convenios de la misma naturaleza ratificados por España» (52). Mientras que las sustancias constituyen en sí la razón primaria de la punición de la conducta al recaer sobre precursores propiamente dichos, los equipos y materiales, que de igual forma lo conforman, hacen referencia a las herramientas con las cuales se pueden producir o elaborar drogas tóxicas o sustancias estupefacientes (53).

Por lo que toca a los bienes y ganancias del artículo 301 CP, éstos se entienden como aquellos patrimonios y beneficios procedentes de delito grave, mismos que constituyen el objeto material del delito «blanqueo de capitales» previsto y sancionado en este artículo (54). El terreno de protección del 301 CP se extiende, por un lado, a los bienes que provengan de los delitos de tráfico ilegal de drogas y precursores, y por otro, a los procedentes de cualquier ilícito considerado como grave (v. g. tráfico de órganos, armas, prostitución de menores, etcétera) (55). Dentro de este tipo penal se castiga –según se desprende de sus apartados 1 y 2– al que «adquiera, convierta o transmita bienes sabiendo que éstos tienen su origen en un delito grave, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos...» (56), así como

---

(52) Al incluir estas sustancias químicas dentro del objeto de la circulación y entrega vigilada se pretende asegurar que ningún químico legalmente manufacturado o comercializado, producido o manejado por firmas farmacéuticas sea desviado por narcotraficantes para la producción de drogas.

(53) Cfr. SEQUEROS SAZARTORNIL, «El Trafico de Drogas ante el Ordenamiento Jurídico», cit., p. 285.

(54) Vid. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A., «Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre...», p. 617; DELGADO MARTÍN, Joaquín, «La criminalidad organizada...», cit., p. 75.

(55) PAZ RUBIO, José María y otros «La prueba en el proceso penal: su práctica ante los tribunales», cit., p. 320.

(56) Como lo señala FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A., «El delito de blanqueo de capitales», Colex, Madrid, 1998, pp. 360 y 361, si interpretamos el contenido del precepto, distinguimos en él la presencia de dos modalidades típicas fundamentales según sea el fin perseguido por el autor de la infracción: a) adquirir, convertir, transmitir o realizar cualquier otro acto sobre bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en un delito grave, para ocultar o encubrir su origen ilícito; b) adquirir, convertir, transmitir o realizar cualquier otro acto sobre bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en un delito grave, para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos.

«la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos» (57). Al autorizar la implementación de la circulación y entrega vigilada en este campo, lo que se persigue en sí es instaurar otro mecanismo que coadyuve en el combate a operaciones destinadas a financiar el funcionamiento de organizaciones delictivas –como mafias y grupos criminales dedicados al tráfico ilegal de drogas–, al igual que se procura evitar que se promuevan flujos de capitales provenientes de actividades ilícitas realizadas por éstas (58).

#### D) Contenido de la medida

En el contenido de una autorización de entrega vigilada han de quedar toda una serie de aspectos detallados, ya sea por orden expresa de la legalidad ordinaria o por mandato inherente a los criterios de medición de la proporcionalidad (59). De esta manera, la resolución que permite su puesta en marcha debe especificar, dentro de lo asequible, el tipo y cantidad de la sustancia o elemento sometido a entrega vigilada (apartado 1); es decir, ha de contener los indicios objetivos de punibilidad –más bien certezas– que podrán venir referidos ya sea a un hecho delictivo recogido en el listado del artículo 263 bis, bajo la cobertura de la cláusula general, o bien venir constreñidos a otro tipo de delitos calificables como graves (60).

Igualmente, habrán de especificarse como presupuesto constitucional de la motivación fáctica y de la proporcionalidad estricta, los indicios subjetivos de punibilidad entendidos como aquellas señas o

---

(57) Son varios los comportamientos delictivos que se prevén en esta norma, lo que puede suscitar algunas dudas al respecto, amen de ello, hay que tener en cuenta que esta forma de legislar obedece a la complejidad de la propia dinámica de la criminalidad organizada, donde hay ocasiones en las que los comportamientos no quedan visiblemente delimitados. *Vid.* QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, «La reforma penal y procesal en materia de tráfico de drogas. (Notas a la LO 8/1992, de 23 de diciembre)», cit., p. 3.

(58) *Vid.* CARMONA SALGADO, Concepción, «La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto...», cit. p. 172.

(59) *Cfr.* GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, «Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación», cit., p. 341.

(60) No en todos los casos resulta posible especificar con total precisión las características de las sustancias ocultas, *v. g.*, cuando en el interior de un paquete postal los funcionarios policiales detectan en su interior cocaína a través de una punción, en estos casos podrá acreditarse el tipo, pero no la cantidad de droga.

datos externos, que evaluados acorde a la recta razón consienten vislumbrar con la estabilidad de la razonabilidad y la lógica de las reglas de experiencia, la responsabilidad del sujeto en relación con el hecho investigado (61). En la autorización habrá también de acordarse respecto a las personas que figuren en los envíos como remitentes o destinatarios de las sustancias o elementos ilegales –los titulares, por tanto, de los derechos fundamentales afectados– aun cuando, tras las primeras confirmaciones, las autoridades adviertan que se trata de identidades claramente usurpadas o falseadas a terceros de buena fe, meros instrumentos del delito –menores de edad, personas fallecidas e inventadas, personas jurídicas o un mero apartado de correos–, terceros ajenos que no tienen responsabilidad alguna en el delito de tráfico. Sin embargo, es preciso contar con este dato ya que, entre otras cosas, puede ayudar al descubrimiento de los auténticos artífices del delito (62).

#### E) **Formalidades que debe contener la resolución que la conceda**

Previo a la solicitud y adopción de la circulación y entrega vigilada, la policía ha de cerciorarse de la existencia de sustancias prohibidas en el interior del paquete postal. Más allá de lo que vendría a ser una intervención administrativa, la abertura de un paquete postal es equiparable a la apertura de una carta, acto que representa una franca vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) (63). De esta forma, únicamente en casos en los que la autoridad –policial– tiene conocimiento cierto o fuertes indicios sobre el contenido ilícito del envío podrá acudir al Órgano Judicial para solicitar la medida en cuestión (64).

---

(61) Cfr. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, «Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación», cit., p. 341.

(62) Cfr. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, «Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación», cit., p. 342.

(63) Vid. GIMENO SENDRA, Vicente, «Aspectos procesales y constitucionales...», cit. p. 178

(64) Conviene señalar que el artículo 263 bis LECrim no faculta a la Policía Judicial para la apertura del paquete postal, insistiendo el apartado 4 que tendrán que acatarse todas las premisas establecidas en los artículos 579 y siguientes de la LECrim relativos a la detención, examen y apertura de correspondencia, con la sola excepción de lo ordenado en el artículo 584 del mismo ordenamiento jurídico. Vid. ALONSO PÉREZ, Francisco, «Medios de investigación en el proceso penal...», cit., p. 550; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo, «El agente encubierto y la entrega vigilada», en *Criminalidad Organizada. Reunión de la Sección Nacional Española...*, cit., p. 123.

Una vez presentada la solicitud de circulación y entrega vigilada, la resolución que la autorice deberá ser individualizada, necesaria y, sobre todo, fundada, en la cual se determine explícitamente –en cuanto sea posible– (65) el objeto de la autorización o entrega vigilada, así como el tipo y cantidad de sustancia de que se trate (art. 263 bis 1) (66). En todos los casos, para otorgar estas medidas se tendrá en cuenta su necesidad a los fines de investigación en correlación con la importancia –o trascendencia– del ilícito y con la posibilidades de vigilancia (67). Con ello la legislación contempla el principio de la proporcionalidad, convirtiéndose la circulación y entrega vigilada en un medio de investigación excepcional al que habrá de acudir sólo cuando no sea posible descubrir el delito y sus responsables por otros medios menos lesivos (68).

El primer requisito a que hacemos mención, éste es, que la resolución debe de ser individualizada, determina que el recurso de la entrega vigilada únicamente puede ser otorgado caso por caso (art. 263 bis 1) (69), por lo que no podrán condescenderse entregas vigiladas genéricas o indiscriminadas. En la autorización habrá de señalarse, por tanto, la identificación o al menos la determinación de los autores de la entrega (70).

Cuando aludimos a que la resolución debe ser necesaria (71), nos referimos a que para otorgar este recurso se tendrá en consideración

---

(65) En la autorización de una operación de entrega vigilada han de quedar especificados –dentro del margen posible– toda una serie de matices o rasgos, bien por orden expresa de la legalidad ordinaria, bien por mandato inherente a los criterios de medición de proporcionalidad. Cfr. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, «Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación», cit., p. 341. Se sobreentiende que la resolución que autorice la medida, hasta donde sea factible, deberá de indicar el tipo o cantidad de sustancia o elemento sometido a la entrega vigilada.

(66) ZARAGOZA AGUADO, Javier, «Tratamiento penal y procesal de las organizaciones criminales...», cit., pp. 101

(67) CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, «La organización criminal. Tratamiento penal y procesal», cit., p. 59; GINARTE CABADA, Gumersindo, «La circulación o entrega vigilada de drogas», cit., p. 17.

(68) PAZ RUBIO, José María y otros, «La prueba en el proceso penal: su práctica ante los tribunales», cit., p. 324. Como dice: MARCHAL ESCALONA, Antonio Nicolás, «El atestado (Inicio del proceso penal)», 3.<sup>a</sup> ed., Madrid, 2001, p. 279, los criterios a tener en consideración a la hora de apreciar la importancia del delito serán: el grado de nocividad para la salud de las drogas, la cuantía de las sustancias objeto de tráfico y la existencia e importancia de la organización dedicada al tráfico ilícito de estupefacientes.

(69) *Vid.* GINARTE CABADA, Gumersindo, «La circulación o entrega vigilada de drogas», cit., p. 11.

(70) Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente, «Aspectos procesales y constitucionales...», cit. p. 179.

(71) GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, «Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación», cit., p. 348.

«su necesidad a los fines de investigación en relación con la importancia del delito» y con la finalidad de «descubrir o identificar personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas...» o, en su caso, para «prestar auxilio a autoridades extranjeras en esos mismos fines». Haciendo una interpretación textual de esta parte del precepto, queda claro que el acogimiento de esta medida no se justifica para hacer frente a actividades de menudeo de estupefacientes, tampoco para supuestos en los cuales todos los traficantes han sido plenamente identificados, sino para investigar, descubrir y dismantelar organizaciones de criminales dedicados a la difusión ilícita de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas (72).

Por otro lado, la exigencia legal de que la resolución tendrá que estar fundada o motivada –requisito que ha sido incorporado con la LO 5/1999– (73) se erige, en primera exigencia formal, del principio de proporcionalidad como deber constitucional de motivación de las resoluciones judiciales limitativas de derechos fundamentales (deber del órgano judicial/derecho del justificable), a cuyos efectos el juzgador tendrá que llevar a cabo un juicio de ponderación entre los derechos fundamentales de los afectados y los intereses que pretenda salvaguardar mediante tal afectación. De ahí que las resoluciones judiciales no motivadas atenten –por sí mismas– los mencionados derechos (74). Hay que tener en cuenta que la restricción del ejercicio de un derecho fundamental precisa encontrar una causa específica, y el hecho o la razón que la justifique debe expresarse para hacer cognos-

(72) *Ob. ult. cit.*

(73) La obligación de una resolución motivada constituye una de las novedades introducidas por esta norma con el propósito de verificar las indicaciones de la legislación internacional que exigen tal requisito, concretamente, el artículo 11.2 de la Convención de Viena y el artículo 72.3 del Acuerdo de Schengen.

(74) *Vid.* CARMONA SALGADO, Concepción, «La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto...», cit. p. 179; GIMENO SENDRA, Vicente, «Aspectos procesales y constitucionales...», cit. p. 179 y ZARAGOZA AGUADO, Javier, «Tratamiento penal y procesal de las organizaciones criminales...», cit., pp. 101 ss.; ALONSO PÉREZ, Francisco, «Medios de investigación en el proceso penal...», cit., p. 547.

Por su parte, BOIX REIG, Javier «Consideraciones sobre los delitos relativos al tráfico de drogas», en *Delitos contra la salud pública y contrabando*, cit., pp. 392 y 393, nos comenta que: «el principio de proporcionalidad informa igualmente la normativa penal, constituyendo un límite necesario al *ius punendi* del Estado, tanto en lo referente a la propia regulación, en este caso de tráfico de drogas, como a su aplicación, que debe serlo siempre atendiendo al interés jurídico protegido y a la necesidad de evitar todo exceso que sacrifique otros intereses que puedan confluir en la conducta, rechazando sancionar conductas que aunque aparezcan literalmente como punibles».

cibles los motivos por los cuales el derecho se sacrificó (75). Por tal razón, la motivación del acto limitativo, en el doble sentido de expresión del fundamento de Derecho en el que se apoya la decisión judicial y el razonamiento empleado para llegar a la misma, es un requisito indispensable del acto de limitación del derecho (76).

En la adopción de la circulación y entrega vigilada es fundamental la necesidad de valorar *a priori* las probabilidades de éxito de la puesta en marcha del operativo frente al peligro que supondría perder el control judicial del mismo frustrándose la operación iniciada (77), en cuyo caso las consecuencias serían nefastas: la droga escaparía de la vigilancia judicial y entraría sin control alguno en el circuito ilegal de los estupefacientes (78).

#### F) Principios constitucionales y derechos fundamentales afectados con su adopción

Como es sabido, el artículo 18.3 CE garantiza el secreto en las comunicaciones, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas salvo resolución judicial. Partiendo de este supuesto, no se alcanza a comprender como el artículo 263 bis del LECrim puede delegar –o por lo menos, autorizar– a funcionarios policiales (sean jefes de las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial, sean sus mandos superior-

(75) Cfr. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo, «El agente encubierto y la entrega vigilada», en *Criminalidad Organizada. Reunión de la Sección Nacional Española...*, cit., p. 109.

(76) *Ob. ult. cit.*

(77) En cuanto a las posibilidades de vigilancia, MARCHAL ESCALONA, Antonio Nicolás, «El atestado (Inicio del proceso penal)», cit., p. 279, considera que ello involucra un doble razonamiento por parte del llamado a requerir tal medida: sobre los recursos materiales y humanos disponibles para verificarla y sobre el riesgo que supondría la pérdida control sobre drogas o efectos sometidos a vigilancia, y su ulterior circulación y distribución ilícita. Según la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1993, p. 814, en relación ha esta prevención, señala que se podrá practicar la entrega vigilada cuando, entre otras cosas, «las posibilidades de vigilancia sean tales que queden prácticamente excluidos los riesgos de pérdida, extravío o desaparición de la droga».

(78) Cfr. CARMONA SALGADO, Concepción, «La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto...», cit. p. 179.

Como lo señala GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, «Infiltración policial y agente encubierto», p. 16, éste es: «un instrumento al servicio de una técnica de investigación propia de la fase de instrucción del proceso penal, la infiltración policial. La regulación legal del instrumento conlleva, en con secuencia, el reconocimiento simultáneo de la admisibilidad de la técnica en el proceso penal español, siempre dentro de los límites establecidos en el texto legal. De hecho, el artículo 282 bis LECrim regula simultáneamente tanto la técnica como el instrumento».

res) la circulación y entrega vigilada (79), ya que, literalmente entendido el precepto –que regula la figura–, puede llegar incluso a declararse estas autorizaciones como inconstitucionales; pues como ya se ha comentado, respecto al derecho a la intimidad se rige como regla general la exigencia constitucional del monopolio jurisdiccional (80).

El 18.3 CE consagra la libertad de las comunicaciones y, de modo expreso, su secreto, instaurando, en este último sentido, la prohibición de la interceptación o del conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas (81). De tal forma, el bien –constitucionalmente tutelado– mediante la imposición de secreto, es el derecho a que ningún tercero ajeno (público o privado) pueda intervenir en el proceso de la comunicación (82). La presencia, entonces, de un elemento extraño a aquellos entre quienes media la comunicación (83) resulta inconstitucional, a menos que –como ya se expuso– medie una resolución judicial que así lo autorice (84).

---

(79) FERNÁNDEZ, Ricardo, «El agente encubierto y la entrega vigilada», en *Criminalidad Organizada. Reunión de la Sección Nacional Española...*, cit., p. 120.

(80) Siempre bajo la reserva excepcional que admite que en determinados supuestos –auspiciados por criterios de eficacia– pueda facultarse a la Policía Judicial a que realice ciertas prácticas que con lleven una ingerencia mínima –o leve– en la intimidad de las personas.

(81) ALONSO PÉREZ, Francisco, «Medios de investigación en el proceso penal...», cit., p. 288.

(82) En cierta manera, toda comunicación deviene para la Constitución secreta, aunque sólo determinadas comunicaciones sean íntimas el contenido de la comunicación carece de relevancia pues *jure et de jure* todo lo comunicado es secreto. Desde este nivel de afección del derecho fundamental, las entregas vigiladas tienen una clara injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones, cuando no de la intimidad. Por otra parte, habida cuenta de que el concepto de secreto del artículo 18.3 CE, cubre además del contenido de la comunicación, otros aspectos de la misma v.g., la identidad subjetiva de los corresponsales determinados comportamientos investigadores dirigidos a recabar información sobre datos personales de remitentes o destinatarios, también de esta forma incurre en el derecho fundamental. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, «Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación», cit., p. 289.

(83) Cfr. MONTERO AROCA, Juan, *Detención y apertura de la correspondencia y de los paquetes postales en el proceso penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 289; MORENO CATENA, Víctor. *Lecciones de Derecho procesal*, Colex, Madrid, 2.ª ed., 2003, p. 1386.

(84) Por ello llama la atención que la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 263 bis autorice a funcionarios policiales para la toma de esta medida. También atrae la atención que a pesar de que se pueda estar ante un presunto delito –pues de no existir indicios, no se pondrían en marcha tales dispositivos– este tipo de acciones «no han de ser forzosamente ni ordenadas por el Juez ni comunicadas a éste». Actuaciones que, en cierto momento, podrían ser razonablemente calificadas de operaciones administrativas al margen de la legalidad en el sentido procesal, ya que obvian

En otro sentido, desde una perspectiva general se puede afirmar que la técnica de la circulación y entrega vigilada no sólo menoscaba la salvaguarda del secreto de las comunicaciones (85) sino que además con su puesta en marcha se pueden lesionar otros derechos, libertades o bienes constitucionalmente protegidos, tales como el derecho a la intimidad personal y familiar (86). Tal derecho, identificado en el artículo 18.1 CE, en cuanto proyección de la dignidad de la persona reconocida en el artículo 10.1 CE, comprende de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción, conocimiento e intervención de otras personas y de los poderes públicos, necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de la vida humana (87). El derecho a la intimidad, en líneas generales, puede ser conceptualizado como un «derecho a la reserva», es el poder de control sobre las informaciones relevantes de cada sujeto (88). Un importante consenso ha determinado que bajo la protección al derecho a la intimidad se encuentran no sólo las cartas sino todo género de correspondencia postal (89), debido a que son portadores de mensajes personales de índole confidencial (90). De ahí la afirmación que apunta

---

la obligación de comunicación inmediata al Órgano Judicial de los hechos delictivos (art. 295 LECrim). Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, Josep, «Recientes novedades legislativas en materia de lucha contra la delincuencia organizada...», cit., pp. 131 y 132.

(85) La circulación y entrega vigilada no es un medio a través del cual se pueda tutelar el secreto de las comunicaciones, sino una técnica de investigación rodeada de ciertas cautelas por el riesgo que obviamente comporta, por lo que adopción dependerá de lo que en cada supuesto se estime lo más conveniente para la investigación del delito. GRANADOS PÉREZ, Carlos, «Instrumentos procesales en la lucha contra el crimen organizado...», cit., pp. 80 y 81.

(86) Cfr. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, «Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación», cit., p. 295.

(87) *Ob. ult. cit.*, p. 296.

(88) *Ob. ult. cit.*

(89) Si se tiene en consideración que el fundamento de la protección constitucional del secreto de las comunicaciones habita en la necesidad de proteger –y garantizar– el respeto del ámbito privado, los paquetes postales sólo deberían quedar excluidos de protección, en tanto en cuanto, pudiera aseverarse, sin riesgo a equivocación, que tales paquetes solamente pueden contener mercancías. Pero tal cualidad eventual no resulta posible, pues cabe remitir por correo en tal clase de envíos, elementos con datos relativos a la intimidad personal. *Vid.* STS de 15 de marzo de 1995, Pn. Joaquín Delgado García (RJ 1995/1884).

(90) *Vid.* Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del TS de 4 de abril de 1995 y Acuerdo de 16 de enero de 1996. Por otra parte, es bueno matizar que todos aquellos envíos, cuya condición –o cualidad– resulta inapropiada para las comunicaciones personales, no gozan de protección a los efectos del artículo 18.3 CE. Por lo tanto, los envíos de mercancías por los servicios ordinarios de transportes, no quedan amparados por la garantía del secreto de las comunicaciones, tampoco las maletas, bolsas de viaje,

a que el mecanismo previsto en el artículo 263 bis LECrim es, en determinado momento, una práctica que podría resultar lesiva del Derecho a la intimidad.

Junto a lo anterior, vale la pena destacar que dentro del marco de la entrega vigilada las autoridades públicas toleran la circulación de géneros prohibidos y difieren la represión del delito de tráfico ilegal conocido, dichas operaciones, desvirtúan las reglas del Estado de Derecho (91), de tal manera que resultan contrarias a los principios de interdicción de la arbitrariedad y sometimiento de los poderes públicos al ordenamiento jurídico recogidos en los artículo 9 (aps. 1 y 3) y 103.1 de la Carta Magna (92).

### 3. AGENTE ENCUBIERTO

#### A) Concepto y regulación jurídica

La figura del agente encubierto es un medio extraordinario de investigación en el cual se apoyan Cuerpos de Policía de diversos países con el propósito de lograr mejores resultados en el combate contra la criminalidad organizada (93). Dentro del ordenamiento español, esta técnica

---

mochilas, neceseres, y en general el equipaje de los viajeros puede ser sometidos al control policial en sus funciones de prevención y averiguación de delitos en el marco de los medios de transporte (trenes, autobuses, aviones) sin ser exigible resolución judicial a efectos del citado precepto Constitucional. Es decir, su registro por agentes de la autoridad en el desarrollo de una investigación de conductas presuntamente delictivas, para descubrir y, en su caso, recoger los efectos o instrumentos de un delito, no precisa de resolución judicial, como sucede con la correspondencia. *Vid.* SS.TS 17 de mayo de 2003. Pn. Enrique Bacigalupo Zapater (RJ 2003/5771), 3 de octubre de 2002, Pn. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca (RJ 2002/8863), 9 de junio de 1997, Pn. Carlos Granados Pérez (RJ 1997/4669).

(91) La circulación y entrega vigilada parte de la convivencia del Estado de una actuación delictiva plenamente acreditada, por ello este mecanismo procesal ha de apreciarse como medio extraordinario de investigación. Su particularidad no radica en la afeción de los derechos fundamentales de los individuos sujetos a investigación –lo cual también acontece con las infiltraciones policiales, en las diligencias de intervención telefónica, entrada y registro domiciliario, etc.– sino en la licencia –o consentimiento– estatal de la continuación de un acontecimiento ilícito certeramente conocido, durante un espacio de tiempo, con el propósito de combatir de manera más eficaz el crimen organizado.

(92) Cfr. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, «Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación», cit., p. 287.

(93) Un análisis del derecho comparado nos muestra cómo la figura ha venido siendo admitida habitualmente como medio de investigación en sistemas como el angloamericano (*Common Law*), en países de América Latina (*vid.* ZAFFARONI, Euge-

nio Raúl, «Impunidad del agente encubierto y del delator: una tendencia legislativa latinoamericana», *Revue Internationale de Droit pénal*, vol. 67, núms. 3-4, 1996, p. 728) y en el derecho continental por las necesidades de articular mecanismos adecuados en la contención del criminalidad organizada. En Alemania, por ejemplo: La «Ley para el combate del tráfico ilícito de estupefacientes y otras formas de aparición de la criminalidad organizada» del 15 de julio de 1992 (*Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgift Handels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität-OrKG*) y las correspondientes modificaciones que ella ha producido en la *StPO* ha introducido la figura del agente encubierto (*Verdeckter Ermittler*), y, por primera vez, ha regulado expresamente los presupuestos de su utilización y los límites a los que su actividad se halla sujeta. De este modo, una práctica policial habitual, convalidada jurisprudencialmente, aunque sin fundamento consistente, encuentra ahora apoyo normativo explícito (*vid.* GUARIGLIA, Fabricio, «El agente encubierto ¿un nuevo protagonista en el procedimiento penal?» *Jueces para la democracia*, núm. 23, marzo, 1994, pp. 49 ss.). En el *StPO* su intromisión está prevista en los artículos 110.a) a 110.d) del Código de Procedimiento Penal de 22 de septiembre de 1992 (*StPO*), delegándose exclusivamente a funcionarios policiales.

En el artículo 110.a) se establecen las circunstancias de su infiltración y su campo de acción al determinar que: «(1) Es posible recurrir a agentes encubiertos para el esclarecimiento de hechos punibles siempre y cuando se tengan suficientes indicios reales que indiquen que se ha cometido un delito de importancia considerable. 1. En el sector de los estupefacientes prohibidos, tráfico de armas, falsificación de dinero o de timbres oficiales. 2. En el ámbito de la protección de la seguridad del Estado. 3. Por motivos de lucro o de delincuencia habitual. 4. Por un miembro de una banda de delincuentes o de otro tipo de organización delictiva. También podrá recurrirse a agentes encubiertos para esclarecer delitos si existen indicios concretos de una posible reincidencia. Únicamente se permitirá la acción de agentes encubiertos si la investigación del caso por otros medios es inútil (...) Además, podrá recurrirse a agentes encubiertos para esclarecer delitos si así lo justifica la importancia especial del hecho y si otras medidas de investigación serían inútiles.

(2) Los agentes encubiertos son funcionarios del cuerpo de policía, encargados de llevar a cabo las indagaciones con una falsa identidad duradera. Los agentes encubiertos podrán realizar actos jurídicos utilizando su falsa identidad.

(3) Será posible confeccionar; modificar y utilizar la documentación correspondiente si es necesario para la creación o mantenimiento de la falsa identidad».

En el artículo 110.b) se instituye que el Fiscal es el facultado para autorizar su actuación, salvo en los supuestos en que la investigación se lleva a cabo en contra una persona en particular o comporte una invasión a domicilio privado, en los que se hace necesaria la anuencia judicial; así como los condicionamientos en el uso de la identidad supuesta.

«(1) Únicamente podrá recurrirse a agentes encubiertos con la aprobación de la Fiscalía. Si hay peligro de demora y si no es posible conseguir a tiempo la aprobación del Fiscal, deberá obrarse de inmediato con e/fin de conseguirla. Si la Fiscalía no da su aprobación en un plazo de tres días, deberá interrumpirse de inmediato la acción. La aprobación deberá darse por escrito y deberá contener un plazo. Es posible conceder una prórroga, siempre y cuando continúen vigentes las condiciones que justifican la acción.

(2) Las acciones: 1. Que estén dirigidas en contra de un inculpado determinado. 2. Que impliquen que el agente encubierto entre en una morada que no es de acceso público, deberán contar con la aprobación del Juez. En caso de peligro por demora es

de infiltración policial es relativamente reciente (94) y se encuentra contemplada en el artículo 282 bis LECrim. La institución –al entrar en práctica– permite la penetración o infiltración del Estado, por medio de un agente de policía, que oculta su verdadera identidad (95), a un grupo

---

suficiente la aprobación del Fiscal. Si no es posible conseguirla a tiempo la aprobación del Fiscal, deberá obrarse inmediato con el fin de conseguirla. Si el Juez no da su aprobación en un plazo de tres días, deberá interrumpirse de inmediato la acción. Se aplicará de manera análoga los párrafos 1, 3 y 4.

(3) La identidad del agente encubierto podrá mantenerse en secreto, incluso al término de la acción. El Fiscal y el Juez responsables de la decisión que aprobó la acción, pueden exigir que se descubra ante ellos la identidad. Por lo demás, según lo establecido en el artículo 96, es permisible que la identidad se mantenga en secreto durante el procedimiento penal, especialmente si existe motivo para creer que, de lo contrario, corre peligro la vida o la libertad del agente encubierto o de otra persona, o también si se supone peligro para una nueva acción del agente».

En el artículo 110.c), se clarifican los límites de la protección domiciliar en lo concerniente a su invasión por parte del agente encubierto, señalando que «Los agentes encubiertos haciendo uso de su falsa identidad pueden entrar en una vivienda con la aprobación del titular. Esta aprobación no deberá conseguirse mediante una simulación de un derecho de acceso además de aquel que conceda el uso de la falsa identidad. Por lo demás, los derechos del agente encubierto están sujetos a la presente Ley y a las demás prescripciones legales».

En el artículo 110.d) de la misma manera se instituye el requisito de dar conocimiento de la acción al titular de la vivienda visitada por el agente, aunque condicionándolo a otros de preferente cumplimiento: «Deberá notificarse a las personas cuyas viviendas de acceso no público han sido visitadas por un agente encubierto. Dicha información sobre la acción deberá efectuarse tan pronto ello sea posible sin poner en peligro la finalidad de la investigación, la seguridad pública, la integridad física o la vida de una persona o la continuación de la labor del agente encubierto». Finalizando la normativa con dos apartados dedicados a la custodia y archivo de las actuaciones realizadas por el agente encubierto, así como a la forma de usar las informaciones obtenidas con su actuación en otros procedimientos que estarán restringidos a la investigación de los ilícitos incluidos en el apartado 1) del artículo 110.a) anteriormente revisado. Cfr. SEQUEROS SAZARTORNIL, «El Trafico de Drogas ante el Ordenamiento Jurídico», pp. 743-745.

(94) Es contemplada por primera vez en la LO 5/1999, de 14 de enero, que se denomina de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico de drogas y otras actividades ilícitas graves. *Vid.* QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, «Recientes novedades legislativas en materia de lucha contra la delincuencia organizada: LO 5/1999, de 14 de enero», cit., pp. 125 ss.

(95) Cuando estamos ante casos es los que la infiltración no se realizó mediante agente de policía, sino –exclusivamente– a través de recursos técnicos o por particulares o detectives privados no nos encontremos ante técnica de infiltración regulada en el 282 bis LECrim. Por otra parte, cuando un funcionario público oculta su condición de policía, con el fin de poder entablar una relación de cordialidad con miembros de ambientes delictivos, y de este modo tener entrada a estructuras criminales, se puede hablar de infiltración pública, y ello por dos razones esenciales: «primero, porque el sujeto activo de la infiltración es un funcionario público, que en

de delincuencia organizada a fin de obtener información sobre sus miembros (96), estructura, *modus operandi*, campos de operación, así como para adquirir pruebas sobre la ejecución de hechos criminales, para que sus integrantes puedan ser sentenciados en una causa penal por los ilícitos que hubiesen cometido (97).

Hay que diferenciar la figura del agente encubierto frente a otras técnicas de infiltración como son el denunciante anónimo (98), el

---

virtud de su relación laboral recibe el encargo de los poderes públicos, últimos interesados en la información procurada; y segundo, porque la finalidad perseguida con lo averiguado obedece a un interés público de carácter represivo, preventivo, o político». Vid. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, «Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación», cit., p. 126; PÉREZ ARROYO, Miguel Rafael, «La provocación de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto: la validez de la provocación de la prueba y del delito en la lucha contra la criminalidad organizada desde el sistema de pruebas prohibidas en el Derecho penal y procesal penal», *La Ley*, núm. 4987, 8 de febrero de 2000, p. 2.

(96) DELGADO GARCÍA, M.<sup>a</sup> Dolores, «El agente encubierto», en *La criminalidad organizada ante la justicia*, cit. p. 70, ALONSO PÉREZ, Francisco, «Medios de investigación en el proceso penal...», cit., pp. 554 ss.; DELGADO MARTÍN, Joaquín, «La criminalidad organizada...», cit., p. 59.

(97) En relación a los elementos que definen la figura del agente encubierto encontramos que CARMONA SALGADO, Concepción, «La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto...», cit. p. 182, advierte que es una técnica de investigación mediante la cual: «un agente policial con identidad supuesta, o sea, falsa, se integra en la estructura de una organización delictiva para recabar desde dentro pruebas suficientes que permitan fundamentar la condena penal de sus miembros integrantes, desarticulando finalmente, si ello fuera posible, la citada organización». Por su parte, GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, «Infiltración policial y agente encubierto», cit., p. 10, comenta de modo genérico que infiltración es: «la acción de aquél que, para obtener una información que no es de acceso general y que le es necesaria para un propósito concreto, oculta tanto su identidad real como sus intenciones y, bien directamente bien a través de un tercero, entre en contacto con las personas aparentemente susceptibles de suministrársela, estableciendo con ellas una falsa relación de confianza que, con el transcurso del tiempo, le permita obtener la información deseada»; y, SEQUEROS SAZARTORNIL, «El Tráfico de Drogas ante el Ordenamiento Jurídico», cit., pp. 752 y 753, define al agente encubierto como: «al miembro de la Policía Judicial, que oportunamente autorizado por el Juez de Instrucción o Ministerio Fiscal y a los fines generales y específicos previstos en la Ley, opera en el seno de estructuras criminales organizadas con identidad supuesta, en la investigación de determinadas infracciones delictivas, verificando, además de los inherentes a su cometido, actos de adquisición y transporte de los objetos, efectos e instrumentos del delito, con facultades, en su caso, para diferir su incautación». En todo momento la figura del agente encubierto hay que diferenciarla con la del funcionario policial que de manera ocasional, ante un comportamiento delictivo determinado oculta su condición de policía para descubrir un delito que ya fue realizado. Cfr. ZARAGOZA AGUADO, Javier, «Tratamiento penal y procesal de las organizaciones criminales...», cit., pp. 102, 103.

(98) Generalmente, es un particular que informa a la autoridad la comisión de hechos delictivos y que, comúnmente, guía a ésta hacia algún elemento probatorio, pero

confidente o colaborador policial (99), el arrepentido (100), *under cover agent* (101), el agente secreto (102) y el agente provocador (103), pues hay particularidades entre cada una de ellas (104). A diferencia de lo que ocurre con agente encubierto, el denunciante anónimo, el confidente o colaborador policial y el arrepentido, no deten-

---

cuya identidad se conserva oculta en el proceso penal, ya sea porque es desconocida por todos aquellos que en él intervienen, o porque quien la conoce no la desvela, albergándose –con o sin fundamento– en alguna modalidad de secreto profesional. *Vid.*, entre otros, ALONSO PÉREZ, FRANCISCO, *ob. ult. cit.*, pp. 553 ss.

(99) Se denomina así a aquella persona, no funcionario policial, que confidencialmente brinda material informativo acerca de ilícitos. Casi siempre, son individuos que están inmersos en el hábitat delictivo, o que tienen alguna vinculación con él, a los que las autoridades de persecución suelen acudir con el propósito de obtener información, la que facilitan a cambio retribuciones económicas o la concesión de ciertas ventajas. *Vid.* DELGADO MARTÍN, JOAQUÍN, «La criminalidad organizada...», *cit.*, p. 45; ALONSO PÉREZ, FRANCISCO, «Medios de investigación en el proceso penal...», *cit.*, pp. 554; ZURITA BAYONA, JUAN, «Informadores, confidentes y secreto profesional» *CPol.* núm. 13, 1992. pp. 74 ss.

(100) Es un individuo que, siendo miembro en origen a la organización delictiva, a partir de un cierto momento –habitualmente a cambio de ciertos beneficios y de protección– colabora con la policía, proveyéndole datos relevantes que sirven para condenar a los demás miembros en especial, a los jefes del clan criminal y/o declarando como testigo de cargo. En otras palabras, estos sujetos, son presuntos delincuentes que a cambio de beneficios procesales ofrecen información que ayuda combatir a la organización criminal de la que era miembro (*infra*). *Vid.* QUINTANAR DÍEZ, MANUEL, «Justicia penal y los denominados arrepentidos», *cit.*, pp. 282 ss.; BENÍTEZ ORTÚZAR, IGNACIO FRANCISCO, «El colaborador con la justicia...», *cit.*, pp. 72 ss.

(101) *The under cover agent* proviene de los modelos policiales angloamericanos: es un policía como el agente encubierto, que se infiltra en esferas y organizaciones delictivas, sin que su tarea esté subordinada desde su inicio a una investigación criminal en particular concreta.

(102) Es un espía, un miembro de los servicios de inteligencia de algún Estado que si bien utiliza la técnica de infiltración para obtener información que no tiene vinculación con las funciones del proceso penal.

(103) La expresión para referirse a los supuestos en que el agente induce a otro a cometer un delito, o contribuye a su ejecución con actos de autoría o de auxilio, lo que lleva a cabo sin intención dolosa de causar daño o poner en peligro el bien jurídico afectado ni lograr saciar algún interés personal, sino para conseguir que el provocado pueda ser sancionado por su comportamiento ilícito. En la mayoría de los casos, se trata de supuestos en que uno o varios policías, escondiendo su posición de funcionario policial, simulan ante presuntos traficantes de drogas su deseo de adquirir alguna cantidad sustancias tóxicas y que, en caso de respuesta positiva del sospechoso, ponen a la vista la comisión criminal. *Vid.* RUIZ ANTÓN, LUIS FELIPE, «Agente provocador en el Derecho penal», *cit.*, pp. 7 ss.; PÉREZ ARROYO, MIGUEL RAFAEL, «La provocación de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto...», pp. 1 ss.; MONTÓN GARCÍA, MARÍA LIDÓN, «Agente provocador y agente encubierto: ordenemos conceptos», *La Ley*, núm. 4826, 25 de junio de 1999, pp. 1 ss.

(104) *Vid.* RIFÁ SOLER, JOSÉ M., «El agente encubierto o infiltrado en la nueva LECrim», *PJ*, núm. 55, p. 164.

tan la condición de funcionario de la Policía Judicial, ni su infiltración es regulada por la LECrim, carecen de autorización y control judicial. Por lo que toca al *under cover agent*, su labor no obedece en principio a una investigación delictiva específica, como ocurre con el agente encubierto, por lo que es una especie de equivalente policial del colaborador o confidente. Además, su admisibilidad resultaría dudosa dentro del ordenamiento español en lo correspondiente a la persecución de ilícitos ya perpetuados, circunstancia que le hace encaje dentro de las previsiones del artículo 282 bis LECrim. En lo relativo al *agente secreto*, éste se encuentra en lugar distinto al del agente encubierto dentro del organigrama administrativo y sus infiltraciones van orientadas a proteger otros intereses (v. g. Seguridad Nacional) que no están vinculados directamente con el proceso penal. Por último, el agente provocador (*infla*), protagoniza una infiltración de menor duración, menos exhaustiva y fundada que la del agente encubierto (105).

El legislador subraya que para conceder a un funcionario perteneciente al Cuerpo de la Policía Judicial la condición de agente encubierto (106), el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal –dando cuenta inmediata a éste– deberán recibir previamente la iniciativa por parte de la Policía Judicial, y que es a esta última a la que le corresponde el trazado de las actuaciones que se lleven a cabo dentro de la investigación (107). Sin embargo, establece un significativo control

---

(105) Vid. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, «Infiltración policial y agente encubierto», cit., pp. 20 ss.; GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, «Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación», cit., pp. 125 ss.; ALONSO PÉREZ, Francisco, «Medios de investigación en el proceso penal...», cit., pp. 554 ss.; GRANADOS PÉREZ, Carlos, «Instrumentos procesales en la lucha contra el crimen organizado...», cit., pp. 73 ss.

(106) En el panorama penal y procesal español la figura del agente encubierto se identifica con la figura del funcionario-policía (vid. PÉREZ ARROYO, Miguel Rafael, «La provocación de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto...», cit., p. 2.). Más específicamente queda claro que este instrumento de investigación sólo puede ser otorgada a funcionarios de la Policía Judicial, quedando descartada dentro del ordenamiento jurídico la intervención de particulares o de sujetos que tengan con el poder oficial algún tipo de vinculación diferente (ap. art. 1 282 bis LECrim). Generalmente, se le denomina infiltración policial, pero también puede hablarse de infiltración judicial (vid. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, «Infiltración policial y agente encubierto», pp. 114 y 15), toda vez que la investigación la realiza un policía judicial a las órdenes de un órgano jurisdiccional al que obedece (en el mismo sentido: GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, «Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación», cit., p. 131).

(107) Que la iniciativa sea policial es algo que interpretamos, pues la norma no establece de manera expresa tal circunstancia. No cabe duda que ése es el sentido en que se decanta el artículo 1 del 282 bis, ya que si la infiltración policial supone el estudio y diseño de una estrategia investigadora ante unos indicios de delincuencia

del Juez de instrucción –también del Ministerio Fiscal–, no sólo en lo referente a la autorización sino también en el transcurso de la infiltración, de cuyo progreso deberá estar puntualmente informado (108).

La infiltración policial, tal y como se desprende de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es una técnica prorrogable en el tiempo, pues la autorización de una identidad supuesta a un funcionario policial –en su condición de agente encubierto– puede ser por un término de seis meses o diferirse indefinidamente según las necesidades de la investigación (109). Durante todo este tiempo el agente encubierto estará legítimamente habilitado para llevar a cabo acciones en todo lo relacionado con la investigación concreta, así como a participar en el tráfico jurídico y social bajo su identidad supuesta (110). El facultado para otorgar la prórroga es el Juez de Instrucción, independientemente de la interpretación de la norma en la cual pueda derivarse que corresponde al Ministerio del Interior, de no ser así, esto supondría desjudicializar la medida.

---

organizada, tales tareas previas –entre las que se incluye la selección y adiestramiento del agente– siempre corresponden a la labor policial. Ni el órgano judicial, ni Fiscal están capacitados o poseen los conocimientos técnicos y prácticos para arreglar por sí solos una operación de tal magnitud. Por eso, ha de entenderse que la iniciativa para proceder a una infiltración es propiamente policial: es la Policía Judicial quien está más habilitada para valorar la factibilidad de una infiltración. *Vid.* MARCHAL ESCALONA, Antonio Nicolás, «Drogas. Actuación policial. Problemas en la investigación», en *Drogodependencia y Derecho*, CDJ, CGPJ, núm. VIII, 2003, p. 257 ss.

(108) *Vid.* GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, «Infiltración policial y agente encubierto», p. 18; CARMONA SALGADO, Concepción, «La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto...», cit. p. 183 y DELGADO MARTÍN, Joaquín, «El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto, AP, núm. 1, 3 al 9 de enero de 2000, p. 17.

(109) *Vid.* PAZ RUBIO, José María y otros, «La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los Tribunales», cit., pp. 394 ss.

(110) Ampliando sobre este punto, consideramos, que si bien, del propio artículo 282 bis LECrim se desprende que indirectamente es el Ministerio del Interior quien es el que otorga plazo de duración de la identidad supuesta facilitada al agente encubierto –previa autorización judicial de la medida–, es el órgano judicial quien realmente impone su duración y las eventuales prórrogas puedan requerirse, ya que el agente encubierto siempre actúa al servicio de una investigación procesal penal que puede incurrir en diligencias restrictivas de derechos fundamentales, de no ser así, se incumpliría el control judicial que la Constitución exige para medidas que puedan vulnerar los citados derecho. Por ello, interpretamos que, el creador de la norma lo que busca al dar esas facultades al Ministerio del Interior de establecer límites temporales –a parte de para tener conocimiento de los actos de tráfico jurídico y social que realice el agente encubierto bajo su identidad supuesta–, es contar con un mecanismo que restrinja la discrecionalidad del Juez para determinar la duración de la medida. *Vid.* PAZ RUBIO, José María y otros, «La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los Tribunales», cit., pp. 400 ss.

Para que un agente encubierto realice su función –como se ha comentado con anterioridad– deberá cumplir con una serie de formalidades y requisitos (111), sobre todo, cuando con sus actuaciones puedan afectar a derechos fundamentales (v. g., registros domiciliarios, interceptación de comunicaciones). De necesitarse lo anterior, el agente deberá solicitar al Juez de Instrucción competente las autorizaciones que al respecto implante la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables (112). Si el infiltrado omitiera este procedimiento no quedaría exento de responsabilidad criminal por sus actuaciones tanto por aquellas que ignoren esta tutela judicial (113), aquellas que no sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación que se le ha encomendado, como de las que no guarden la correspondiente proporcionalidad con el objetivo de la misma (114) o de las que instituyan una provocación al delito (115). Supuestos que de ocurrir, obligarían al Juez competente a solicitar informe relativo de quien autorizó la identidad supuesta y valorar los acontecimientos para resolver lo que a su juicio proceda (116).

Como regla general, cabe advertir que la actuación del agente encubierto, en cuanto se apegue a lo previsto en el artículo 282 bis.1 LECrim, gozará *ex lege* del amparo de la causa de justificación dispuesta por el apartado 7.º del CP (cumplimiento del deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo) (117). De esta forma, si sus actos de investigación se han desarrollado conforme a lo dispuesto por la norma procesal no se considerarán como típicos, puesto que al mediar una autorización legal –por parte del Juez de Instrucción o Ministerio Fiscal– y la habili-

---

(111) El agente encubierto, aparte de respetar las formalidades que le impone el ordenamiento, deberá contar con un grado de formación y preparación que le permita llevar a cabo con éxito su actuación (que se da por supuesta dentro de la causa penal); sin no cumple con las cualidades acabadas de mencionar, difícilmente se podrá considerar como viable su investigación durante el proceso penal. *Vid.* MARCHAL ESCALONA, Antonio Nicolás, «Drogas. Actuación policial. Problemas en la investigación», cit., pp. 270 y 271.

(112) QUERALT JIMÉNEZ, Josep, «Recientes novedades legislativas en materia de lucha contra la delincuencia organizada...», cit., pp. 127 ss.

(113) *Ob. ult. cit.*

(114) *Vid.* CARMONA SALGADO, Concepción, «La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto...», cit. p. 189 y MONTÓN GARCÍA, María Lidón, «Agente provocador y agente encubierto: ordenemos conceptos», cit., p. 2.

(115) La provocación para delinquir provocaría impunidad y la consiguiente pérdida de la eficacia en los resultados obtenidos. *Vid.* MONTÓN GARCÍA, María Lidón, «Agente provocador y agente encubierto: ordenemos conceptos», cit., p. 2.

(116) *Vid.* ALONSO PÉREZ, Francisco, «Medios de investigación en el proceso penal...», cit., pp. 573 ss.;

(117) Cfr. ZARAGOZA AGUADO, Javier, «Tratamiento penal y procesal de las organizaciones criminales...», cit., p. 109.

tación expresa para llevarlos acabo, su comportamiento estará socorrido por causa de exclusión *ope legis* de la antijuricidad formal (118).

## B) **Autoridades facultadas para conceder la medida y contenido de la misma**

Es discrepancia con lo acontecido en la entrega vigilada, únicamente están autorizados para otorgar la condición de agente encubierto –a funcionario de la Policía Judicial– el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal –este último, informará seguidamente al primero–, quedando excluidos de este tipo de autorizaciones los Jefes de las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial y sus mandos superiores. Exigencia formal que resulta lógica, ya que en concierto con la Constitución las medidas limitativas de derechos fundamentales deben ser acogidas por un órgano judicial (119); por tanto, el beneplácito legal que da la norma al Ministerio Fiscal para que autorice esta medida debe ser interpretado de forma restringida: solo aplicará en los casos en que por motivos de urgencia, estimados de acuerdo a criterios de racionalidad, hagan imposible requerir la autorización directa del Juez de Instrucción, además, al tener conocimiento de la existencia de la medida, el Juez deberá dictar una resolución motivada que recoja el juicio de proporcionalidad (120) y todos los requisitos legalmente exigidos. De esta manera, queda subsanada su inicial falta de intervención sin que ello sea obstáculo para una eventual revocación de la autorización si considera que éstos no han estado presentes (121).

La solicitud de la medida tiene que someterse a la discrecionalidad del Juez Instrucción o del Ministerio Fiscal quienes, en todos los supuestos, subordinarán su autorización de acuerdo a «su necesidad a los fines de la investigación» (122). De igual forma, la norma legal (art. 282 bis)

---

(118) *Ob. ult. cit.*

(119) De hecho, la propia LO 5/1999, de 13 de enero, que es la ingresa la medida a la LECrim, deja ver en su exposición de motivos que, si bien lo que se busca es perfeccionar la acción investigadora en relación con la los delitos de tráfico de drogas, esa indagación de la verdad no debe de estar por encima de la necesidad de salvaguardar las garantías constitucionales, fundamento del sistema democrático español.

(120) Como comenta CARMONA SALGADO, Concepción, «La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto...», cit. p. 184, está técnica –como en la de la entrega vigilada–, susceptible de restringir derechos fundamentales, tiene que ser sometida estrictamente al «tamiz de proporcionalidad» señalado en varios preceptos constitucionales.

(121) Cfr. CARMONA SALGADO, Concepción, «La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto...», cit. p. 184.

(122) *Vid.* PAZ RUBIO, José María y otros, «La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los Tribunales», cit. p. 399.

exige a las autoridades con atribuciones para habilitar la institución, la obligación de justificar su decisión «mediante resolución fundada» (123). Por lo que igualmente convergen en su anuencia el principio de legalidad frente al de oportunidad (124). Si bien es cierto que nos encontramos con el hecho de que estos principios son contradictorios entre sí en la medida en que legalidades primero suele anteponerse al segundo, no menos cierto es que esa oposición se diluye en el momento en que el Juez –o Fiscal– ejercen la discrecionalidad que la Ley les permite para autorizar la medida (125).

Para autorizar a un funcionario de la policía la condición de agente encubierto, se requiere presencia previa de acontecimientos que tengan apariencia criminal –sin ser suficientes las fundamentaciones basadas en perfiles o rasgos poco seguros como los que emanan de estereotipos–, ya que si no se considera con extremo cuidado estas precisiones, no sólo la medida será nula (126) sino que con facilidad se podría caer en la creación de un delito provocado (127).

En la resolución judicial deberá aparecer tanto el nombre verdadero de quien adquiere la condición de agente encubierto como la identidad secreta con la que empezará a actuar en sus labores de infiltración e investigación (128). Por motivos obvios, tal como se acostumbra en estos casos, junto con la resolución judicial se abrirá un expediente aparte y secreto que deberá ser salvaguardado bajo estrictas medidas de seguridad (129).

---

(123) Cuando el ordenamiento procesal hace –de forma expresa– mención de que la resolución debe ser fundada da la impresión que alude a la exigencia de un auto motivado de autoridad judicial, pero si al mismo tiempo tiene contemplada la intervención del Ministerio Fiscal no debe quitar que el acuerdo que se tome debe de estar igualmente fundado, pues se debe evitar –en todo momento– la arbitrariedad por parte de los órganos del Estado. Vid. MARTÍN PALLÍN, José Antonio, «Impacto social, criminológico, político y normativo del tráfico de drogas», en *Delitos contra la salud pública y contrabando*, CDJ, CGPJ, Madrid, 2000, p. 164.

(124) Vid. SEQUEROS SAZARTORNIL, «El Trafico de Drogas ante el Ordenamiento Jurídico», p. 769.

(125) *Ob. ult. cit.*

(126) Vid. MONTÓN GARCÍA, María Lidón, «Agente provocador y agente encubierto: ordenemos conceptos», cit., p. 2.

(127) Vid. MARTÍN PALLÍN, José Antonio, «Impacto social, criminológico, político...», cit., p. 164.

(128) Vid. ALONSO PÉREZ, Francisco, «Medios de investigación en el proceso penal...», cit., pp. 571-573.

(129) Los agentes encubiertos tendrán que poner a disposición del órgano que les autorizó la infiltración, en su integridad, toda la información que vayan obteniendo de sus averiguaciones, al objeto de que éste acuerde las resoluciones correspondientes, según convenga a las necesidades de la instrucción, por lo que le esta vedado para el infiltrado seleccionar a su libre arbitrio la información que le presentará la Juez de

Queda entendido que la autorización judicial permite la infiltración legítima de las acciones de investigación del agente encubierto que, aunque afecten a los derechos fundamentales, reposen únicamente en el engaño en el que se recurre para la infiltración (130). En cambio, las actuaciones del agente encubierto que rebasen la esfera del engaño en que se funda la infiltración no quedan cubiertas dentro de la autorización judicial recibiendo su debida sanción en dado caso de que ocurriese (131).

### C) Control judicial

La intervención judicial es indispensable para otorgar el debido valor probatorio a las actuaciones llevadas a cabo por el agente encu-

---

Instrucción. PAZ RUBIO, José María, y otros, «La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los Tribunales», cit. pp. 399 y 400.

(130) De seguirse este criterio, se justifica «la entrada en domicilios ajenos, la «inspección» de los lugares en que se ha entrado, la aportación de los objetos entregados, la aportación de objetos entregados al agente encubierto de forma voluntaria, así como de las fotografías y grabaciones efectuadas en aquellos lugares, la promoción y participación en conversaciones de contenido incriminatorio con imputados y testigos, así como grabaciones cuando el agente encubierto las protagonice». Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, «Infiltración policial y agente encubierto», cit., p. 244.

(131) En la práctica pueden darse actuaciones del agente encubierto que laceren derechos fundamentales en las que se excede del ámbito del mero engaño en que, como decíamos, se funda la infiltración. En dichos supuestos, no estarán amparadas por la autorización inicial: la observación e intervención de las comunicaciones telefónicas que no respeten las previsiones del artículo 579 LECrim; la intervención de la correspondencia o de las comunicaciones postales, que no respeten el precepto precitado y lo previsto por el artículo 584 LECrim; los supuestos en los que se lleven acabo registros y no se respete lo previsto en los artículos 573 ss. LECrim (tanto en éste caso, como en el de la intervención de comunicaciones postales en las que hay que tener en cuenta la necesidad de que esté presente el imputado en el momento de proceder a la apertura previa citación, en estos supuestos, se plantea igualmente la dificultad de dar cumplimiento a las previsiones legales sin poner en conocimiento a los imputados de que existe una investigación procesal en su contra, por tendrían que guardarse para la etapa final de la investigación); la grabación de conversaciones ajenas de forma oculta, siempre, claro está, que esas conversaciones no se estén desarrollando en lugares públicos o en los que sea habitual la presencia de terceros. En este último caso, cabe preguntarse, además sí: ¿Basta con la presencia de una autorización judicial expresa, o tal autorización es insuficiente, ante la carencia de previsión legal específica? A favor de su permisividad, puede recurrirse al artículo 18.3 CE, que garantiza en general el secreto de las comunicaciones, «salvo resolución judicial». En contra de ella, puede señalarse que la previsión 18.3 constitucional es demasiado escueta para constituir una verdadera habilitación, así como que el artículo 579 LECrim no regula la intervención de cualquier comunicación: únicamente aquella que es por correspondencia y la telefónica. *Vid.* GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, «Infiltración policial y agente encubierto», pp. 246 ss.; MARTÍN GARCÍA, Pedro, «La nulidad de actuaciones judiciales y la prueba ilícita», en *La prueba en el proceso penal*, Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pp. 52 ss.

bierto (132), particularmente cuando las acciones de éste afecten derechos procesales objeto de protección Constitucional (133). Si en este tipo de supuestos no media la autorización y control judicial, las probanzas obtenidas por el agente durante su labor de investigación no podrán surtir efectos dentro del enjuiciamiento criminal (134).

La norma procesal reclama que la información que el agente encubierto vaya recopilando —en el marco de su investigación— sea aportada al proceso en su integridad (135), añadiendo que la misma deberá valorarse por el órgano judicial competente (136). Igualmente, la norma adjetiva obliga a una tutela judicial constante y sigilosa, por lo que el Juez que ha autorizado esta clase de indagación tiene que ser persistente en el seguimiento de la misma y evitar dejar actuar con total libertad al agente encubierto, al que deberá comunicar instrucciones y orientar en la investigación, siempre y cuando no ponga en peligro su identidad encubierta o supuesta (137).

Por otra parte, la indicación que se desprende del artículo 282 bis LECrim, relativa a que la información que recabada por el agente encubierto se podría poner en conocimiento del Ministerio Fiscal en dado caso de que éste haya autorizado la identidad supuesta, resulta sin duda ambigua, debido a que el propio precepto establece que su

---

(132) *Vid.* DELGADO MARTÍN, Joaquín, «La criminalidad organizada...», cit., pp. 93 y 94; CARMONA SALGADO, Concepción, «La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto...», cit. p. 187.

(133) GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, «Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación», cit., p. 137.

(134) MARTÍN GARCÍA, Pedro, «La nulidad de actuaciones judiciales y la prueba ilícita», en *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 53 ss.

(135) *Vid.* SEQUEROS SAZARTORNIL, «El Tráfico de Drogas ante el Ordenamiento Jurídico», cit., p. 772.

(136) *Vid.* GOMÉZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, «Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación», cit., p. 132.

(137) Cfr. MARTÍN PALLÍN, José Antonio, «Impacto social, criminológico, político...», cit., p. 166.

Algunos autores opinan que, el control judicial de la investigación desarrollada por el agente encubierto debe desarrollarse en tres esferas: la primera de ellas que concierne al instante en que se dicta la resolución que autoriza la medida, es decir, el auto motivado, asentado en el juicio de proporcionalidad, a través del cual el citado control se ejercerá mediante el debido cumplimiento de los requerimientos que marca la Ley; una segunda esfera de control que coordinará el período de tiempo en el que el agente encubierto desarrolle su actividad investigadora y en el éste tiene el deber de informar debidamente órgano judicial de los avances de su investigación, y una tercera esfera de control que se vincula con la intervención del órgano judicial sentenciador cuando haya acabado la actividad del agente, a cuyos efectos tendrá en cuenta las posibilidades, dificultades y demás circunstancias que hayan concurrido en su actuación. Cfr. CARMONA SALGADO, Concepción, «La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto...», cit. p. 186.

intervención será de carácter breve dando «cuenta inmediata» al Juez de su autorización, así como lo prueba el hecho de que será este último el facultado para dirigir la investigación criminal (138).

La necesidad de control, en cualquier caso, debe centrarse en la protección y tutela de los derechos del investigado porque al desconocer éste la ejecución de la actividad autorizada no puede impugnarla ni autodefenderse, por lo que en garantía de sus derechos deben el Juez y el Fiscal ser especialmente rigurosos (139). Asimismo, los órganos facultados para otorgar la medida deberán cuidar que la información que se les presenta sea íntegra y cabal, auténtica y no conducida a determinados fines (incriminatorios o exculpatorios), es decir, que resulte una información cierta (140), tal y como concierne a la declaración de quien en su momento concurrirá como testigo de cargo en la causa penal de otro; por consecuencia, el agente encubierto está obligado a decir la verdad conforme al juramento prestado en virtud de lo dispuesto en los artículos 433 y 715 LECrim (141). Hay que recordar, que a pesar de su especial estatus y de lo peculiar de sus funciones, el infiltrado sigue siendo un funcionario de la Policía Judicial y continúa comprometido con los deberes propios de las autoridades de persecución penal (142).

Por otro lado, si en el desempeño de su investigación el agente encubierto tiene conocimiento de que el grupo en el que se ha infiltrado comete otros delitos, además de aquéllos para los que se otorgó la autorización inicial y, por tal motivo, considera útil y necesario para la obtención de pruebas ampliar el ámbito material de su averiguación, deberá solicitar una extensión de la autorización al órgano judicial (143). La autorización podrá ser concedida siempre y cuando los nuevos ilícitos de los que tiene indicios el infiltrado estén dentro de los contemplados por el artículo 282 bis 4 LECrim (144).

---

(138) Comparte este punto de vista MARTÍN PALLÍN, José Antonio, «Impacto social, criminológico, político...», cit., p. 165.

(139) MONTÓN GARCÍA, María Lindón, «Agente provocador y agente encubierto: ordenemos conceptos», cit., pp. 2 ss.

(140) Vid. QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, «Recientes novedades legislativas en materia de lucha contra la delincuencia organizada: LO 5/1999 de 14 de enero», cit., 124 y 125.

(141) Cfr. SEQUEROS SAZARTORNIL, «El Trafico de Drogas ante el Ordenamiento Jurídico», cit., p. 772.

(142) Vid. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, «Infiltración policial y agente encubierto», pp. 232 y 233.

(143) Vid. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo, «El agente encubierto y la entrega vigilada», cit., 101.

(144) En los supuestos en que nuevos ilícitos verificados por el agente encubierto no dentro de los previstos por el apartado 4 del artículo 282 bis LECrim, puede,

Si el agente encubierto dentro del desarrollo de su averiguación llega a la conclusión de que no se está perpetrando ni se ha ejecutado ninguno de los delitos reseñados en la norma (apartado 4 del art. 282 bis LECrim), deberá poner fin a sus indagaciones. Del mismo modo, el Juez convendrá ordenarlo si así lo indujera de las informaciones consignadas por el agente encubierto (145).

Finalmente, la autorización para proceder a la infiltración se extinguirá –y quedará la diligencia sin validez– cuando se den uno de los siguientes casos: *a)* concertada por el Ministerio Fiscal al no dar información inmediata de ella al Juez de Instrucción; o, a pesar de lo anterior, éste la revoca; *b)* Terminado el primer plazo, o de alguna de las prórrogas, la Policía –o el Ministerio Fiscal– no requieren de nuevo la prórroga –v. g., supuestos en los se estima que el infiltrado no ha tenido éxito ya sea porque ha perdido su sentido dentro de la averiguación que ejecuta, por haber conseguido sus resultados o bien, por resultar más que improbable que los alcance (146); *c)* solicitada la prórroga, una vez llegada la finalización del periodo autorizado, el Juez de Instrucción no la concede porque, tanto de la información que le ha proporcionado el infiltrado –o de su ausencia–, así como de la que se derive de la solicitud de prórroga, deduce, entre otros posibles extremos, que la infiltración no ha tenido ningún resultado revelador, ni parezca lógico esperar que vaya a conseguirlo (147); *d)* antes de que llegue el momento de solicitar la prórroga, el mismo Juez de Instrucción también podrá cancelar de oficio y expresamente la autorización en cuanto, de la información que le suministre el agente encubierto, constata alguno de los extremos del inciso anterior; *e)* cuando el propio agente encubierto o los mandos policiales que supervisan su labor constaten que la medida no está aportando los fru-

---

a nuestro juicio, sin que medie una autorización judicial expresa, obtener válidamente pruebas sobre los mismos, siempre que se trate de delitos relacionados con contemplados por el ordenamiento jurídico, v. g. la tenencia ilícita de armas o el de la falsedad documental, ilícitos necesarios en muchos casos para la comisión de aquéllos que sí están expresamente contemplados por la norma.

(145) *Vid.* DELGADO MARTÍN, Joaquín, «La criminalidad organizada...», cit., pp. 93 y 94; PAZ RUBIO, José María y otros, «La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los Tribunales», cit. pp. 400 y 401.

(146) En estos casos no será necesario que el órgano judicial dicte resolución que deje sin efecto formal la autorización.

(147) Conservar la medida en tales supuestos sería contrario al principio de proporcionalidad, pues ha desaparecido la apariencia delictiva en que se fundó su autorización; también en aquellos en los que la única información que se ha constatado se refiere a delitos que no se cometen por una organización, o que no encajan dentro del listado del artículo 282 bis 4 LECrim. Si se omitiera tal indicación la actuación del infiltrado no se estaría efectuando dentro de los márgenes previstos por la Ley.

tos deseados o que ha devenido imposible la propia infiltración dentro de la organización en cuestión; f) cuando exista peligro para el agente encubierto, en este caso, podrá él mismo desertar de sus tareas de investigación o podrán solicitarle sus superiores policiales que así lo haga –con ello no se infringe ningún deber respecto del órgano judicial ya que la autorización para investigar de forma encubierta, en sí, no supone una orden o mandato judicial de hacerlo– (148).

#### D) El agente encubierto y diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales

Dentro del apartado 3.º del artículo 282 LECrim se reconoce la posibilidad de que las actuaciones llevadas a cabo por parte del agente encubierto en el marco de su investigación criminal, podrían afectar a derechos fundamentales (149), circunstancia que es probable en varios casos en los que el infiltrado deberá solicitar del Juez competente las autorizaciones que al respecto establezca la Constitución y la Ley (150) e igualmente cumplir las demás previsiones legales aplicables (151). Lo que no precisa la norma es a partir de que momento o instante de la infiltración se podría dar tal circunstancia.

Toda infiltración policial se desarrolla en dos etapas: la primera de ubicación y toma de contacto del infiltrado con el medio delictuoso que se intenta indagar, momento en que las operaciones de éste se orientarán principalmente, por medio del engaño, en crear relaciones de confianza con los individuos investigados, las cuales les permitirán el progreso de su averiguación criminal; y, la segunda, en la que el agente encubierto podrá más oportunamente llevar a cabo las tareas

(148) Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, «Infiltración policial y agente encubierto», cit., pp. 224 y 225. En síntesis, se percibe en todas las causas que extinguen la autorización para proceder a la infiltración –y que dejan a la diligencia sin validez–, un coherente respeto a las exigencias del principio de proporcionalidad.

(149) ZARAGOZA AGUADO, Javier, «Tratamiento penal y procesal de las organizaciones criminales...», cit., pp. 108 ss.

(150) *Vid.* RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo, «El agente encubierto y la entrega vigilada», cit., 105 y 106.

(151) En este ámbito, las operaciones de un infiltrado pueden también afectar a las previsiones de los arts. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. No obstante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar al citado artículo 8 ha declarado que la intrusión del Estado en la vida privada de las personas se puede justificar siempre y cuando asistan estos requisitos: que dicha intrusión este prevista por la ley (legalidad), que su finalidad sea legítima (legitimidad del fin), y que sea necesaria en una sociedad democrática para la consecución de dicho fin (necesidad). Cfr. CARMONA SALGADO, Concepción, «La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto...», cit. p. 187.

de pesquisa de información e indicios de actividad ilícita que se le han encomendado (152).

Se tiene la duda acerca de si las lesiones a los derechos fundamentales inician desde la «primera etapa» en la que se lleva acabo una actuación estrictamente policial (no procesal), o es hasta la «segunda etapa», donde realiza labores propias de investigación (v. g., la entrada en domicilios privados o lugares que no son de acceso público). Parece que con respecto a esta disyuntiva, el ordenamiento jurídico español está definido, ya que al exigir la autorización expresa del Juez o Fiscal para poder proceder a la infiltración es porque considera que desde la primera etapa se comienza a lesionar derechos fundamentales de los ciudadanos (v. g., cuando el infiltrado, para lograr la confianza de los miembros de la organización, se ve obligado a cometer o participar en determinados ilícitos o a observarlos sin revelarlos a las autoridades) (153).

En opinión de algunos (154), el que se exija la previa autorización judicial para poner en práctica la medida es lo adecuado, al considerar que desde el momento en que el agente encubierto intenta crear vínculos de confianza fundándose en su identidad supuesta, está quebrantando el derecho de los demás –imputados potenciales o actuales– al libre desarrollo de la personalidad y al derecho fundamental de la intimidad (155).

Otros, en cambio, estiman que en el actual artículo 282 bis LECrim se determina como fruto de una técnica legislativa «excesivamente minuciosa tanto en los presupuestos necesarios para la autorización judicial de la medida como en los restantes elementos relativos a su ejercicio» (156). Es decir, que el combate contra el crimen organizado justifica, y en cierta forma, legitima, la intromisión del Estado en

---

(152) Vid. DELGADO GARCÍA, M.<sup>a</sup> Dolores, «El agente encubierto», en *La criminalidad organizada ante la justicia*, cit., p. 70.

(153) A diferencia de lo que sucede en Alemania, que sólo exige la autorización judicial –y, por ende, sólo considera que esta medida restringe derechos fundamentales– desde que la tarea del infiltrado va dirigida en contra de un determinado imputado o desde que resulta necesaria la entrada en domicilios privados o lugares que no son de acceso público ( § 110b (2) StPO).

(154) GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, «Infiltración policial y agente encubierto», cit., p. 229.

(155) Vid. DELGADO MARTÍN, Joaquín, «La criminalidad organizada...», cit., p. 65; ALONSO PÉREZ, FRANCISCO, «Medios de investigación en el proceso penal...», cit., p. 578; SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José, «Policía Judicial y derecho a la intimidad en el seno de la investigación criminal», *Eguzkilore*, núm. Extraordinario 10, San Sebastián, octubre, 1997, pp. 121 ss.

(156) CARMONA SALGADO, Concepción, «La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto...», cit. p. 187.

determinadas atmósferas protegidas por la norma fundamental; siempre y cuando tal injerencia respete la seguridad, los derechos y las libertades públicas, y obedezca a una elevada necesidad social y resulte proporcional al fin legítimamente perseguido (157).

Sin embargo, no debe olvidarse que del engaño en el que se respalda toda infiltración emerge, paralelamente, una afectación a determinados derechos fundamentales de los ciudadanos y a ciertos principios básicos de convivencia previstos en la Constitución:

1.º «La autodeterminación informativa» y «derecho al libre desarrollo de la personalidad». Mayoritariamente, la doctrina procesal penal y constitucional alemana repara en que la infiltración arremete y limita lo que se podría designar como «derecho fundamental a la autodeterminación informativa» (158), el cual está constituido por el derecho de saber quién, qué, cuándo y de qué forma, dispone de información concerniente a uno mismo; por extensión, salvaguarda con ello un conjunto de cualidades necesarias e imprescindibles de la comunicación humana: «la libre decisión de elegir a los destinatarios de las conversaciones y a los testigos de ciertas facetas de la vida privada a través de las cuales se manifiesta la personalidad de cada uno» (159). Si buscamos trasladar tal concepto al Derecho positivo

(157) *Ob. ult. cit.*

(158) En este sentido, REBMANN, «*Der Einsatz verdeckt ermittelnder Polizeihemter im Bereich der Strafverfolgung*», NJW, 1985, pp. 1 ss., esp. 4: HASs.EMER, «*Thesen zu informationeller Selbstbestimmung und Strafverfahren*», *Strafverejdiger* 6/1988, pp. 267-268, p. 268 y otros. Discrepan, minoritariamente, KREY, «*Rechtsprobleme des strafprozess.ualen Einsatzes Verdeckter Ermiuler einschlieBlich des «Lauschangriffs» zu seiner Sicherung und als Instrument der Verbrechensaufklärung*, BKA-Forschungsreihe, Wiesbaden, 1993, núms. margs. 102-124 y 147-171. Cit. al pie (15) por: GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, «Infiltración policial y agente encubierto», cit., p. 93.

(159) GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, «Infiltración policial y agente encubierto», p. 94, quien nos comenta además qué, la parte central de dicho derecho equidista en la elección libre del destinatario de la comunicación y se concluye una vez éste la haya recibido; en otros términos, no existe un derecho a que el receptor de la comunicación no divulgue a su vez lo recibido (p. 95). En similar orientación encontramos la STS de 20 de mayo de 1997, Pn. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez (RJ 4263) resuelve entre otras cosas que, las conversaciones que un ciudadano no perteneciente al Poder pueda tener con otro, pueden grabarse por aquél sin precisar autorización judicial, así como que, no hay vulneración del derecho a la intimidad cuando el propio recurrente es el que ha exteriorizado sus pensamientos sin coacción de ninguna especie. Tal exteriorización indica que el titular del derecho no desea que su intimidad permanezca fuera del alcance del conocimiento de los demás. Proyectar que el derecho a la intimidad alcanza inclusive al interés de que ciertos actos, que el sujeto ha comunicado a otros, sean mantenidos en secreto por quien ha sido destinatario de tal comunicación, importa una exagerada extensión del efecto horizontal que se pudiera otorgar al derecho fundamental a la intimidad.

español, cabe señalar que el ordenamiento constitucional nacional no contempla de manera expresa un derecho de contenido y eficacia análogos al «derecho a la autodeterminación informativa», pero la forma en que puede ser intuido es la siguiente: la Constitución, por una parte, establece límites a la función del Estado; y por otra, que el Estado, para legitimarse como tal, reconoce a todos los ciudadanos como emanación directa de la dignidad inherente al ser humano (160).

Asimismo, prevé para los ciudadanos una convivencia social en el que la comunicación y el establecimiento de relaciones de confianza entre los individuos esté libre de la presencia oculta del Estado recabando información que pueda ser usada como prueba de cargo en un proceso penal (161). Si esta circunstancia se toma de base, el Estado inicialmente observaría que la infiltración policial es una técnica que le estaría prohibida, a excepción de ciertos espacios y dentro de unos límites determinados en los que busque la protección de otros derechos fundamentales o de valores constitucionales (162).

---

(160) Atendiendo a lo previsto en el texto constitucional, pensamos, que la prohibición genérica de que el Estado se dirija de forma encubierta hacia sus ciudadanos en busca de información se localiza en el artículo 1 CE al prever dicho precepto que el Estado de Derecho propugna la libertad como un valor superior: no existe Estado de Derecho, ni auténtica libertad, cuando los ciudadanos no se sienten en un entorno de confianza a la hora de comunicarse con los demás. Por otro, vinculado con esto, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, contemplada en el artículo 9.3 CE que impide al Estado, de alguna manera, a engañar a los ciudadanos para obtener información sobre ellos, así como ejercer sus funciones de manera oculta.

Por otro lado, hay que recordar que la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad como prevé el artículo 10 CE, son derechos fundamentales en los que se basa el orden político y de la paz social. Es cierto que, si reparamos en su localización sistemática, el libre desarrollo de la personalidad no parece tener el rango de un derecho fundamental. Ahora bien, pensamos que, no es necesario que el libre desarrollo de la personalidad esté expresamente localizado entre los artículos 15 y 29 CE para interpretar que sus fases esenciales posean ese rango. De hecho, consideramos que de alguna forma la mayoría de ellas se encuentran contempladas en el artículo 15 y los siguientes. CE: y es que con la coronación de todos estos derechos fundamentales se reconoce a los ciudadanos el derecho a que el Estado en que se organiza la sociedad donde viven les facilite medios y condiciones para que puedan desplegar sus potenciales como seres humanos.

Si lo anterior no fuera posible, que la opción o posibilidad de que el libre desarrollo de la personalidad se encuentre dentro del derecho a la intimidad previsto artículo 18.1 CE, claro está, interpretado, manera amplia. *Vid.* LÓPEZ ORTEGA, «La intimidad como bien jurídico protegido», en *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte Especial)*, CGPJ, 1996, pp. 287 ss.

(161) *Vid.* DELGADO GARCÍA, M.<sup>a</sup> Dolores, «El agente encubierto», en *La criminalidad organizada ante la justicia*, cit. p. 71.

(162) *Vid.* GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, «Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación», cit., p. 134.

2.º El Derecho a la intimidad, secreto de las comunicaciones e inviolabilidad del domicilio. Como derechos fundamentales se encuentran contemplados en el artículo 18 CE; estos, igualmente, pueden verse dañados por las operaciones llevadas a cabo por un agente encubierto dentro de una investigación criminal: por una parte, el engaño de que se sirve el Estado a través de su agente encubierto, le permite acceder a determinadas facetas de la intimidad personal de los sujetos que aparecen como encausados o sospechosos dentro de la investigación que realizan y de algunos ciudadanos que no tienen nada que ver con ella (18.1 CE) (163); por otra parte, también puede ayudarle tal infiltración policial a lograr una entrada a determinados lugares que tienen la deferencia de domicilio que de otro modo únicamente podría ingresar a ellos previa orden judicial (18.2 CE); de igual forma, se tienen las condiciones para enterarse del tema o asunto que entrañan algunas comunicaciones ajenas (164).

3.º El especial derecho de todo ciudadano a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable si se considera pasivo en la actividad jurisdiccional penal (24.1 CE). Éste es otro derecho que puede verse vulnerado por las operaciones ejecutadas por el infiltrado durante su investigación criminal. No debemos dejar de lado que es requerimiento esencial para el ejercicio de este derecho que el ciudadano tenga pleno conocimiento de que se está dirigiendo contra él un interrogatorio por parte de una autoridad judicial, cuyo fin es favorecer a precisar, como ciertos o inciertos, unos acontecimientos dentro del

---

(163) La intimidad es el modo de ser de la persona y en los casos en que se obstaculice el libre desarrollo de la personalidad, esta ha de obtener la protección prevista en el artículo 18.1 CE. *Vid.* HERRERO-TEJEDOR, Fernando, «la intimidad como Derecho fundamental», *Colex*, Madrid, 1998, pp. 19 ss.

(164) En varias ocasiones, las operaciones del infiltrado, están relacionadas con ciertos aspectos del derecho a la intimidad, como ocurre con las entradas y registros domiciliarios, al igual que con las intervenciones telefónicas. Si el agente encubierto considera que sus operaciones pueden afectar alguna fase de éste derecho fundamental, como ya hemos comentado, tendrá que cumplir con la obligación legal de solicitar al órgano judicial la oportuna autorización, que se reflejará en una nueva resolución suficientemente fundada. Debemos de tener presente que en algunos casos no será posible verificar cabalmente todas las estipulaciones legales existentes al respecto ante el riesgo de que pueda venirse abajo la operación en su integridad, siendo suficiente, por ejemplo, la habilitación judicial en los casos en que se autoricen entradas y registros en domicilios privados, si bien cuestión distinta será el peso probatorio que pueda dársele a los objetos encontrados; al igual que una intervención telefónica únicamente será válida como diligencia de investigación si acopia algún indicio necesario para la continuidad y buena marcha de la misma, aunque adquirirán valor probatorio, solamente, cuando el contenido de las conversaciones pueda confirmarse con la traída a colación de oportunos contrastes. *Cfr.* CARMONA SALGADO, Concepción, «La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto...», *cit.* p. 187.

ámbito de un proceso penal (165). Por ello, se estima que la técnica policial de infiltración es capaz de comprometer el derecho a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable, sobre todo, cuando por medio de ella se consigue que el imputado realice manifestaciones incriminatorias que pueden tener cabida en un juicio oral y coadyuven en el fundamento de una sentencia condenatoria (166).

Por lo anteriormente expuesto, es necesario establecer con claridad los límites que deben regir la actividad del agente encubierto, para que durante la realización de sus operaciones lesione lo menos posible –o no invada de forma desproporcionada– las atmósferas protegidas por los derechos fundamentales a los que hemos hecho referencia (167). De cualquier manera, se tiene claro que la infiltración siga siendo lesiva por sí misma (168), ya que si no fuera así no se exigiría la autorización de órgano judicial competente –o el Ministerio Fiscal– para proceder a ella. También lo demuestra el hecho de que tal autorización no impide que dentro de las actuaciones el agente encubierto se pueda lesionar otras normas del Estado de Derecho (169).

---

(165) Por tal motivo, el ejercicio del citado derecho se ve lesionado, y el fin que persigue el ordenamiento constitucional al establecerlo totalmente desfasado, en supuestos de que las preguntas que, dentro de un juicio ordinario, tendrían que hacerse de manera abierta, en presencia de un abogado, se las haga mediante engaño un agente encubierto. Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, «Infiltración policial y agente encubierto», pp. 107 y 108.

En otro sentido, la jurisprudencia, por el contrario, ha admitido que –bajo ciertas condiciones– los agentes de la policía no están obligados a revelar su carácter de tales a quienes ya han decidido la comisión del delito, sin perjuicio naturalmente de los límites que a este respecto cabe deducir del principio «*nemo tenetur se ipsum accusare*», recogido en el artículo 24.2 CE. Vid. STS de 20 de octubre, Pn. Enrique Bacigalupo Zapater (RJ 7244).

(166) GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, «Infiltración policial y agente encubierto», p. 109.

(167) No cabe duda que sino se respetan tales indicaciones la técnica del agente encubierto y su carácter subrepticio seguirá siendo asociada con un proceso penal autoritario, inquisitivo e inconstitucional. Cfr. STEFAN BRAUM, J. M., «La investigación encubierta como característica del proceso penal autoritario», en: *La insostenible situación del Derecho penal*, Comares, Granada, 1999, p. 7.

(168) Vid. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, «Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación», cit., p. 133 ss.

(169) Al referirnos a la lesividad de la infiltración policial, lo hacemos, enfocándonos a una perspectiva material, es decir, a que damos por hecho que durante la infiltración se tendrá, en ocasiones, que lesionar algún derecho fundamental. En otras palabras, independientemente de que formalmente la infiltración cuente con una cobertura normativa y esté aceptada dentro de la legalidad, ello no le despoja que materialmente, por su propia naturaleza, continúe siendo lesiva para determinados derechos fundamentales. Recuérdese que dos notas determinan que este medio de investigación incurra en principios y derechos reconocidos en la Constitución: El

## E) Responsabilidad penal del agente encubierto: Conductas justificadas y conductas punibles

En principio, las conductas ilícitas que en cumplimiento de su misión ejecute un funcionario policial que actúa como agente encubierto –dentro de una organización de criminalidad organizada– podrían, según lo dispuesto en el artículo 20, apartado 7.º, CP, interpretarse especialmente justificadas y, por tal motivo, exentas de responsabilidad criminal al obrar en el ejercicio legítimo de un oficio o encargo (170). Sin embargo, esta justificación opera sólo en la medida en que tales comportamiento ilícitos se realicen en el marco de una investigación de delitos de delincuencia organizada y como consecuencia necesaria del desarrollo de la propia indagación criminal (apartado 5.º del art. 282 bis LECrim) (171).

En efecto, cuando se trata del agente encubierto dicha causal de justificación está supeditada a que florezca la existencia de una situación de necesidad que haga imperioso recurrir a la infiltración policial encubierta en una organización de delincuencia organizada. Es decir,

---

engaño y la identidad ficticia. Cfr. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, «Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación», Colex, 2004, pp. 29 ss.

(170) *Vid.* QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, «Recientes novedades legislativas en materia de lucha contra la delincuencia organizada: LO 5/1999 de 14 de enero», cit., p. 127. En otro sentido, aunque no parece haber problema que la exención sea considerada una causa de justificación, hay autores que se plantean la posibilidad de que esta más bien opere como una excusa absolutoria, en cuyo supuesto habría responsabilidad penal y civil de los partícipes y la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, salvo se constituyera como una excusa absolutoria de carácter objetivo, en cuyo caso la responsabilidad penal de los partícipes podría quedar excluida. *Vid.* LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., «El agente encubierto», *La Ley*, núm. 4778, 20 de abril de 1999, p. 2.

(171) Sin lugar a dudas, este es uno de los puntos más controvertidos de esta figura ya que otorga la exención de la responsabilidad criminal del infiltrado en los ilícitos que guarden debida proporcionalidad con la investigación. Esto quiere decir, por lo menos desde un primer momento, que cuanto más grave fuere el ilícito investigado mayor puede ser el delito que se ve beneficiado por la exención. Somos de la opinión, que salvo en supuestos excepcionales, la exención podría ser con respecto a delitos contra la vida, la integridad física, moral o psíquica de las personas que están siendo investigadas. En todo caso, tal proporcionalidad debe ser entendida de forma limitada, sólo al grado de ser capaz amparar sin graves inconvenientes algunos delitos de menor trascendencia penal. En todos los supuestos será necesario las condiciones existentes en las que el infiltrado realizó los comportamientos ilícitos para llegar a la adecuada conclusión. En ese mismo sentido, *vid.* MARTÍN PALLÍN, José Antonio, «Impacto social, criminológico, político...», cit., p. 165; CARMONA SALGADO, Concepción, «La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto...», cit. p. 187.

que el encubrimiento aparezca como la única técnica utilizable para conseguir pruebas de cargo contra dicha asociación criminal (172) y en las cuales sean respetados los principios de proporcionalidad y subsidiariedad (173). Dichas restricciones deben frenar que se «optimice» el criterio de utilidad y velar por el menor perjuicio de las garantías del Estado de derecho (174). De esta manera, para poner en práctica la medida se exige que se trate de delitos graves y de difícil comprobación en los que la implementación de la técnica de infiltración se presenta como la única vía para la investigación y esclarecimiento de los tales comportamientos criminales (175).

Por otro lado, hay una serie de requisitos legales que deben estar presentes dentro de las conductas del agente encubierto para que quede amparado por la exención mencionada en el apartado 5.º del artículo 282 bis LECrim: *a*) que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación; *b*) que guarden debida proporcionalidad con la finalidad de la misma, y *c*) que no constituyan provocación del delito (176).

Cuando se alude a que las conductas delictivas han de ser «consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación», el término «investigación» corresponde a una significación amplia del mismo, no únicamente coincidente con la actividad indagatoria en el sentido estricto sino que, igualmente, a de dilatarse a otro conjunto de tareas u operaciones que le son necesarias para favorecer su ingreso y continuidad dentro del clan criminal como conseguir datos de la estructura y actividades de la organización, establecer contactos, etc. El juicio de necesidad sobre los actos llevados a cabo por los infiltrados dentro de

---

(172) *Vid.* RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo, «El agente encubierto y la entrega vigilada», cit., 106.

(173) MATUS ACUÑA, Jean Pierre, y RAMÍREZ GUZMÁN, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, 2.ª ed., Universidad de Talca, Chile, 2002, p. 250.

(174) *Ob. ult. cit.*

(175) Lo anterior viene a significar que en los demás supuestos en que la participación del infiltrado en la ejecución de conductas delictivas no emerja como necesaria para la protección de los bienes jurídicos en juego, y por ende, vaya más allá del ámbito de su justificación inicial, podemos afirmar que dicho comportamiento podrá ser considerado como delictivo, no obstante, en el caso del funcionario policial infiltrado en una organización de delincuencia organizada, cuya propia seguridad personal puede verse en peligro por no ejecutar alguno de estos ilícitos, debe apalearse a la posibilidad de una exculpación por miedo insuperable o fuerza irresistible. *Vid.* MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, «Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial», cit., p. 250.

(176) *Vid.* ALONSO PÉREZ, Francisco, «Medios de investigación en el proceso penal...», cit., pp. 574 ss.; MONTÓN GARCÍA, María Lidón, «Agente provocador y agente encubierto: ordenemos conceptos», cit., p. 2.

su encargo, invariablemente ha de hacerse *ex ante* y no después de probar la idoneidad de sus comportamientos a los fines de la investigación (*ex post*), ya que este proceder conllevaría elevados márgenes de inseguridad para ellos (177).

La exigencia formal referente a que la conducta del agente encubierto dentro de la investigación ha de guardar «la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma», determina que sólo cabe consentir un quebranto de la legalidad cuando los logros de la investigación retribuyan los daños que comporta. Lo anterior nos rectifica que tal cláusula supone un tope a la necesidad de la conducta, sin que esto implique que por calificarse de necesaria –obligada e inmediatamente– la actuación del agente encubierto quede justificada; para que tal circunstancia se dé, es preciso que su forma de operar no haya sido desproporcionada. Para concluir, si existe proporcionalidad entre la conducta lesiva con el fin perseguido, debe efectuarse una valoración desde una perspectiva *ex ante*, esto es, comprobar si hay correspondencia entre el hecho delictivo y la investigación que se realiza, desde la circunstancias en que se hallara el agente encubierto en el instante previo a resolver su comisión (178).

Cuando la norma procesal (5.º del art. 282 bis LECrim) instituye el requisito legal concerniente a que las actuaciones delictivas del agente encubierto «no constituyan una provocación al delito», lo que se prescribe es que el comportamiento del agente encubierto ha de incidir única y exclusivamente sobre ilícitos consumados o que se estén llevando a cabo (179), por lo que se prohíbe que el agente encubierto de lugar a la aparición del delito provocado (180).

(177) Cfr. CARMONA SALGADO, Concepción, «La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto...», cit., p. 189.

(178) Así las cosas, resulta indudable que no pueden perpetrarse –y justificarse– ilícitos de mayor gravedad que los que son objeto de investigación. *Vid.* DELGADO MARTÍN, Joaquín, «La criminalidad organizada...», cit., pp. 113 ss.

(179) La participación del agente encubierto en operaciones de tráfico de drogas, nos sitúa en los límites del agente provocador, penado con carácter genérico en el 368 CP, y agravado en el 369.1, CP por su cualidad de funcionario público. Luego de aquí se deduce que el infiltrado tendrá que limitarse en todo caso a tareas informativas, identificando autores y posibles que los mismos vayan a verificar, con un claro norte: el aseguramiento de la prueba. Por lo que no debe confundirse la provocación con la investigación. En este sentido, *vid.* REY HUIDOBRO, Luis Fernando, «La entrega vigilada de drogas. El artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», cit., p. 194; MONTÓN GARCÍA, María Lidón, «Agente provocador y agente encubierto: ordenemos conceptos», cit., pp. ss.

(180) *Vid.* PÉREZ ARROYO, Miguel Rafael, «La provocación de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto...», cit., pp. 1 ss. Profundizando sobre este punto, se observa que, en algunos casos, pueden aparecer conflictos en la valoración probatoria de las actuaciones llevadas a cabo por un agente encubierto cuando su

## F) Procedimiento a seguir en caso de responsabilidad penal del agente encubierto

Para que se pueda proceder penalmente por las actuaciones realizadas por el agente encubierto (párrafo 2.º 282 bis 5 LECrim), el Juez competente deberá, en cuanto conozca de la actuación de un funcionario policial infiltrado en la misma, solicitar informe correspondiente al caso concreto de la autoridad que hubiese conferido la identidad supuesta, en atención a lo cual resolverá lo que a su criterio proceda (181). La doctrina mayoritaria comprende que la naturaleza del requerimiento del informe es un elemento que constituye una condición de procedibilidad, un requisito ineludible, o de obligado cumplimiento, para poder proceder dentro de un proceso penal contra aquel funcionario que hubiese sido autorizado para operar como agente encubierto en el ámbito de una organización criminal (182).

A pesar de la poca claridad de la redacción del párrafo 2.º 282 bis 5 LECrim, se interpreta que la Autoridad –Judicial o del Ministerio Fiscal– que concedió la identidad supuesta, al emitir el citado

---

actuación se presenta en áreas limítrofes a sus propias funciones, sobre todo, cuando puedan dar la probabilidad de la existencia de un delito provocado. El TEDH en su sentencia de 9 de junio de 1998, Caso Teixiera de Castro, ante un supuesto de tráfico de drogas en el que la única prueba fue la actuación de dos funcionarios policiales que obraron como agentes encubiertos, aprecia la transgresión del artículo 6.1 del Convenio Europeo, al considerar que no se trató de agentes encubiertos sino de agentes provocadores. Instituye como doctrina el Tribunal Europeo que la intervención de los agentes encubiertos debe mirarse restrictivamente y debe de estar rodeada de garantías mínimas exigibles a cualquier medio de investigación de un hecho delictivo. Pone de manifiesto que el interés público no justifica la utilización de pruebas que han sido obtenidas mediante incitación policial del delito. Se insta que la actitud de los agentes encubiertos debe de ser de auténtica investigación de ilícitos perpetuados por otros y no faculta que operen como agentes incitadores de la comisión de hechos delictivos. Cfr. MARTÍN PALLÍN, José Antonio, «Impacto social, criminológico, político...», cit., p. 169.

(181) *Vid.* RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo, «El agente encubierto y la entrega vigilada», cit., 106. Nos queda claro que con la imposición de esta norma se trata de no dejar de lado la posibilidad castigar lo excesos en que hubiera incurrido el agente encubierto durante su actuación. Si bien, el Estado le permite al funcionario infiltrado en una organización criminal la utilización de tácticas ilícitas de persuasión, ello no implica la elección de los medios deba de ser arbitraria ni impune cuando con las actuaciones llevadas a cabo no se respetan los márgenes establecidos en el ordenamiento jurídico. *Vid.* ALONSO PÉREZ, Francisco, «Medios de investigación en el proceso penal...», cit., pp. 574 ss.

(182) Así, CARMONA SALGADO, Concepción, «La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto...», cit. p. 190; MARTÍN PALLÍN, José Antonio, «Impacto social, criminológico, político...», cit., p. 167; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, «Infiltración policial y agente encubierto», p. 288.

informe deberá aludir a todas aquellas situaciones o condiciones que verifiquen a la persona a quien se le imputa el delito como poseedor formal de la condición de agente encubierto –lo que garantiza que su investigación oculta se autorizó judicialmente–, además de aquellas que sufragen información necesaria que auxilie al Juez competente a resolver si resulta o no aplicable la causa de justificación prevista el primer párrafo del citado precepto (183).

En otro sentido, algunas voces señalan que la manera de redactar el precepto no es la más afortunada (184) conllevando a imprecisiones que es conveniente delimitar y perfilar suficientemente (185). Sobre todo al referirse a que el Juez competente para conocer el delito resolverá lo que a su criterio proceda. Lo anterior da la impresión de que la norma otorga al órgano judicial la posibilidad de ignorar el principio de legalidad y conducirse de forma «oportunista, arbitraria o coyuntural» (186). Sería lamentable, si el hecho sobrelleva signos de delito, que el Juez pudiese cubrir al delincuente, bloqueando la investigación o enviándola sin más al archivo, especialmente en casos en donde la participación del agente encubierto esté involucrada en la comisión de conductas ilícitas, o en los que actúa como agente provocador, igualmente en aquellos en que las medidas que tome no sean necesarias para la protección de los bienes jurídicos en juego ni tengan proporcionalidad con los mismos y, por tanto, se excluyan del ámbito de justificación supuestos en los que evidentemente aparecería ilicitud en su acciones y por ello, responsabilidad penal (187).

---

(183) CARMONA SALGADO, Concepción, «La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto...», cit. pp. 190 y 191.

(184) Vid. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo, «El agente encubierto y la entrega vigilada», cit., 106.

(185) Vid. MARTÍN PALLÍN, José Antonio, «Impacto social, criminológico, político...», cit., pp. 167 y 168, quien opina que lo único que precisa con claridad la Ley, es que el Juez competente se dirigirá autoridad judicial o Ministerio Fiscal que hubiere concedido la identidad falsa, para que verifique dicha circunstancia.

(186) *Ob. ult. cit.*

(187) Debido a que el artículo 282 bis 5, pfo. 2.º, prevé que el Juez instructor de la causa penal seguida contra el agente encubierto, una vez que reciba el informe de la autoridad que otorgó la identidad supuesta, a la vista del mismo, «resolverá lo que a su criterio proceda», dando la impresión que el precepto está admitiendo la posibilidad de que se archive el proceso seguido contra un infiltrado cuando aparezca la exención de responsabilidad penal contemplada en la norma; archivo, que a vez, puede ocasionar en la praxis ciertas circunstancias ambiguas. Así, p. ej., dicha decisión la podría adoptar directamente el Juez de instrucción en cualquier clase de procedimiento penal, sea cual fuere la gravedad de los ilícitos imputados, y no el órgano de enjuiciamiento; por otra parte, no traería consecuencias de cosa juzgada equiparándose al sobreseimiento provisional del procedimiento ordinario por delito; y, finalmente, también puede suceder que se decrete el cierre del proceso sin la publicidad

En definitiva, en el ámbito forense dependerá de la profesionalidad en el cometido del agente encubierto y su voluntariedad para que su acción siempre sea respetuosa de la norma, evitándose así ser sujeto a un procedimiento penal; pero también depende del compromiso ético y la habilidad de los jueces para sortear los obstáculos procesales e impedir la impunidad de comportamientos ilícitos consumados por un funcionario policial facultado para operar con identidad supuesta.

**G) Reflexiones sobre el régimen de especial protección del agente encubierto dentro de la LO 19/1994 (de Protección a Testigos y Peritos dentro las causas criminales) (188)**

El agente encubierto a nivel procesal disfruta de idénticas cautelas que los testigos y peritos protegidos de acuerdo a lo previsto en el artículo 282 bis 2 LECrim (189). Ello significa que no ha de existir constancia en autos sobre circunstancias personales que permitan su identificación, tampoco puede existir encuentro visual entre éstos y los imputados en ninguna diligencia procesal y el domicilio de notificaciones y citaciones deberá ser diferente al suyo (art. 2 LO 19/1994) (190). Junto a esta medida protección, están previstas otras providencias de oficio o a instancia de parte, que el Juez podrá disponer si las considera necesarias tanto para el agente encubierto, en su

---

inherente al juicio oral y restringiendo la participación de las partes, lo que podría originar importantes atropellos, sobre todo con respecto a la información que se le puede esconder al órgano judicial en cuestión. Cfr. CARMONA SALGADO, Concepción, «La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto...», cit. p. 191.

(188) *Vid.* Ex cursus II. También: FUENTES SORIANO, Olga, «La LO 19/1994, de protección de testigos y peritos en causas criminales», en *Revista de Derecho Procesal*, 1996, núm. 1, pp. 140 ss.; NARVÁEZ RODRÍGUEZ, Antonio «Protección de testigos y peritos: análisis de su normativa reguladora» en Tribunales de Justicia, *Revista española de derecho procesal*, núm. 10, 1999, pp. 875-912; MORENO CATENA, Víctor, «La protección de testigos y peritos en el proceso penal español», en *Delincuencia Organizada. Aspectos penales procesales y criminológicos*, (coord. Juan Carlos Ferré Olivé), Universidad de Huelva, 1999, pp. 137 y 138; LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *La moderna victimología* Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 129

(189) Según esta afirmación los funcionarios de la Policía Judicial que han participado en una investigación criminal como agentes encubiertos pueden mantener en el eventual proceso judicial posterior su identidad supuesta. *Vid.* RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo, «El agente encubierto y la entrega vigilada», cit., p. 101.

(190) Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, «Recientes novedades legislativas en materia de lucha contra la delincuencia organizada: LO 5/1999, de 14 de enero», cit., pp. 128 y 129.

calidad de testigo protegido, como para su familia o allegados (191), incluso, cabe la posibilidad de facilitar protección oficial o cambio de identidad (art. 3 LO 19/1994) (192).

Dentro del ordenamiento procesal se desprende un criterio extensivo del concepto testigo que permite otorgar al agente encubierto la condición de protección mencionada (193). Interpretación que se suma

---

(191) La LO 19/1994 extiende su ámbito de protección a quienes estén ligados al declarante por un vínculo familiar o afectivo, siempre y cuando concurra también en su persona, libertad o bienes la circunstancia de peligro grave, en razón del testimonio presentado por el testigo o perito al que están allegados (art. 1.2). Para que el órgano judicial conceda la protección de los allegados –a peritos o testigos–, será necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos: *a)* la relación de parentesco o análoga afectividad; *b)* la presencia de un grave peligro sobre sus personas (art. 1.3, en relación con el 4.1); *c)* que esta situación de riesgo en que se encuentren derive de la participación procesal del testigo o del perito al que se encuentran vinculados. Cfr. MORENO CATENA, Víctor, «La protección de testigos y peritos en el proceso penal español», en *Delincuencia Organizada. Aspectos penales procesales y criminológicos*, cit., p. 140.

(192) *Vid.* Sobre el particular entre otros a: MARTÍNEZ RUIZ, Jesús, «La protección de testigos y peritos en las causas criminales», en *Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines*, cit., p. 216; MORENO CATENA, Víctor, «La protección de testigos y peritos en el proceso penal español», cit., p. 140; CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, «La organización criminal. Tratamiento penal y procesal», cit., p. 70; MARCHAL ESCALONA, Antonio Nicolás, «Drogas. Actuación policial. Problemas en la investigación», cit., p. 225.

Las medidas de protección que prevé la LO 19/1994 podrán ser adoptadas dentro de los dos períodos en los que concierne el proceso penal español: durante la instrucción, se podrá omitir que aparezca en las diligencias que se practiquen durante el proceso nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, pudiéndose utilizar para ésta un número o cualquier otra clave [art. 2.a)], que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal, que se establezca como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede del órgano judicial en el que se ventila la causa penal, el cual las hará llegar reservadamente a su destinatario; en la fase del juicio oral, se podrá modificar o suprimir todas o algunas de las medidas de protección de los testigos y peritos adoptadas por el Juez de Instrucción, así como si procede la adopción de otras nuevas, previa ponderación de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, de los derechos fundamentales en conflicto y de las circunstancias concurrentes en los testigos y peritos en relación con el proceso penal de que se trate (art. 4). En este sentido el TS en Sentencia de 25 de abril de 1997, Pn. Joaquín Delgado García (RJ 3618), autorizó, en el acto del juicio oral, «a fin de que los testigos policías no pudieran ser reconocidos por el público asistente al acto... colocar una mampara de papel que impidiera que tales testigos pudieran ser vistos por dicho público, pero permitiendo que los vieran el Tribunal, el Ministerio Fiscal, los acusados y sus Letrados, y así se hizo, prestando sus declaraciones los dos policías referidos y otros más que asimismo acudieron a tal acto...».

(193) La condición de Testigos, de conformidad a la normativa procesal aplicable, concurrirá de carácter general, en «toda persona que, sin ser parte, está llamada

a lo acordado por la LECrim relativo a que las manifestaciones del infiltrado tendrán valor de declaraciones testificales cuando se refieran a hechos de conocimiento propio (arts. 297.2 y 717) independientemente de que la información que posea provenga de una infiltración policial, supuesto en el que la propia norma procesal autoriza su el mantenimiento de identidad falsa al momento de testificar en el proceso que traiga causa de los hechos en los que hubiera intervenido, siempre que así lo disponga una resolución judicial previa y motivada (194).

Así las cosas, surge la duda acerca de la aplicación al agente encubierto de la disposición sobre testimonios anónimos que parece advertirse en la LO 19/1994 (195). En este punto, apreciamos que tal situación sería poco probable, ya que el derecho constitucional de defensa que se pretende garantizar en la propia norma (art. 4. 3.º) debe

---

a emitir una declaración de conocimiento propio sobre hechos o circunstancias históricas, relevantes para el objeto de la litis» (*vid.* STS de 6 de abril de 1992, Pn. Ramón Montero Fernández-Cid (RJ 2857), encontrándose obligada –en todo momento– a manifestar la verdad respecto de todo lo que conozca en relación a los hechos por los cuales le ha sido solicitada su comparecencia en el proceso (*vid.* art. 433 LECrim). En sentido más estricto, sólo son testigos las personas físicas que surgen como terceros ajenos al proceso penal que son requeridos por la autoridad judicial para que proporcionen su testimonio respecto de los acontecimientos históricos que han presenciado –o tenido conocimiento– fuera del proceso y que son de particular importancia el fallo judicial (*vid.* MORENO CATENA, Víctor, «La protección de testigos y peritos en el proceso penal español», cit., p. 140 y 141). Por otra parte, si utilizamos un criterio más extenso del término «testigo», que supere la literalidad de la norma, y, si al mismo tiempo tenemos en cuenta que resulta indudable que dentro de una causa penal el denunciante, la víctima y, en su caso, el perjudicado, aunque asuman la condición de partes, tendrán que comparecer ante la autoridad judicial para proporcionar su testimonio, ya sea al momento de la fase de instrucción o en el plenario (MARTÍNEZ RUIZ, Jesús, «La protección de testigos y peritos en las causas criminales», cit., p. 213.), por lo que no habría inconveniente para incluirlos dentro de las personas susceptibles de beneficiarse por las medidas de protección que señala la LO 19/1994. Tampoco para que el agente encubierto pueda ser considerado como tal. Además, hay que tener en cuenta que no sólo en los testigos de carácter puro pueden presentarse situaciones de miedo ante el temor a posibles represalias por su deposición como testigos de cargo –de los comportamientos delictivos ejecutados por los traficantes de drogas–, esa sensación también puede darse –lógicamente– en los propios miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. Cfr. LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *La moderna victimología*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998, p. 129.

(194) Hay quien opina que, por su naturaleza, el ámbito de aplicación de la LO 19/1994 debiera de restringirse a los delitos de tráfico de estupefacientes y terrorismo, manteniéndose excepcionalmente la posibilidad de su utilización a efecto de protección visual respecto de otros ilícitos, *v. gr.*, delitos contra la libertad sexual.  *Vid.* FUENTES SORIANO, Olga, «La LO 19/1994, de protección de testigos y peritos en causas criminales», cit., p. 140,

(195) Cfr. MARTÍNEZ RUIZ, Jesús, «La protección de testigos y peritos en las causas criminales», cit., p. 215.

estimarse salvaguardado con la revelación al imputado (196) –una vez levantado el secreto sumarial– de la existencia de una previa infiltración policial así como la identidad supuesta del policía (la conocida por el imputado), circunstancia que impide que nos situemos en el supuesto del testimonio anónimo y sin ubicarnos en la hipótesis del testimonio con identidad simulada, cuyo ámbito de regulación legal rebasa la cobertura de la LO 19/1994 y se asienta en el marco de la legislación procesal (apartado 2.º del art. 282 bis) (197).

#### 4. EL AGENTE PROVOCADOR

##### A) Aspectos generales

La discusión sobre la provocación del delito tiene en la actualidad un renovado auge por su controversial utilización como técnica de persecución de delitos, sin embargo, no puede considerarse en *stricto sensu* como novedosa pues, aunque con fines de índole político, ya se había recurrido a ella en otras épocas. Es hasta mediados del siglo XIX cuando aparece en la bibliografía jurídico penal y con el valor que ahora interesa resaltar (198). En la actualidad, los motivos por los que

---

(196) Las partes solicitase motivadamente en su escrito de calificación provisional, acusación o defensa, el conocimiento de la identidad de los testigos o peritos propuestos, cuya declaración o informe sea estimado pertinente, el Juez o Tribunal que haya de entender la causa, en el mismo auto en el que declare la pertinencia de la prueba propuesta, deberá facilitar el nombre y los apellidos de los testigos y peritos, respetando las restantes garantías reconocidas a los mismos en esta Ley. Es evidente que la Ley en ningún momento clarifica el alcance de esta disposición que autoriza al levantamiento del anonimato del testigo o perito. Cfr. CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, «La organización criminal. Tratamiento penal y procesal», cit., p. 71.

(197) En este sentido, GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, «Infiltración policial y agente encubierto», cit., p. 306; NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., «Protección de testigos y peritos...», cit., p. 902; MORENO CATENA, Víctor, «Los agentes encubiertos en España», en *Otrosí*, 1999, núm. 10, p. 42; BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco, «El colaborador con la justicia...», cit., p. 180.

(198) La figura es de origen francés (*agent provocateur*) y fue concebida durante el período del absolutismo como un modelo de acción directa en la lucha política. Era un instrumento más de la mecánica sutil que utilizaba el Estado para lograr determinados fines: fortalecerse y detectar aquellos que fueran sus enemigos o lo amenazaran. Estaba compuesta por ciudadanos que descubrían a los enemigos políticos para recibir prebendas del príncipe o determinado tipo de favores. En ese período su actividad se orientaba más a espiar y enterar a la autoridad de tales acontecimientos, es decir, era un delator, no llevaba a cabo ningún acto de provocación. Al paso del tiempo, las operaciones de vigilancia no serían suficientes para acabar con los enemigos del régimen, y se pasa del espionaje a la provocación. En España, en sus

se acude a este tipo de investigación criminal son evidentes: «la sociedad de nuestros días se siente acosada por cierta delincuencia especialmente grave» (199). La moderna criminalidad organizada perturba la conciencia social de un gran número de naciones, especialmente, la del tráfico ilícito de drogas, modalidad delictiva que se ha convertido en lugar de encuentro seguro con el agente provocador (200). El fracaso de las técnicas de investigación tradicional (201) así como el poco éxito mostrado en la represión de estos ilícitos, hacen incuestionable la necesidad de recurrir a la utilización de técnicas encubiertas de investigación como la del agente provocador (202). Mecanismo de investigación excepcional claramente apoyado –por ausencia de normativa al respecto– en el principio de oportunidad y no en el de legalidad.

Hoy en día, nadie discute que, atendiendo a criterios de justicia material, resultaría a nivel político y criminal altamente cuestionable prohibir radicalmente la utilización del provocador para combatir la

---

inicios, igualmente, fue utilizada con esos fines, sirva señalar las actividades de José Manuel del Regato, famoso en lo inicios del siglo XIX, de quien Pío Baroja («Regato, el agente provocador», en *Obras Completas*, tomo V, Madrid, Biblioteca Nueva, 1948, 1169-1172) cuenta que era de los puntos fuertes del café Lorencini, y después de la Fontana de Oro (...). Así pudo tener noticias de los círculos liberales, masónicos, comuneros, anilleros y carbonarios, conferenciar con sus cabecillas y dar informes auténticos al Rey. Regato apareció siempre donde hubiese ruido, arreglando la bulla y el alboroto, haciendo que los grupos liberales apareciesen como insensatos y absurdos. Cfr. RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, «Agente provocador en el Derecho penal», *Introducción/pie de p.* (3), cit., pp. 6 y 7; MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, «La moderna problemática jurídico penal del agente provocador», *Introducción/nota al pie* (1), cit., p. 21; PÉREZ ARROYO, Miguel Rafael, «La provocación de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto...», p. 1; ALONSO PÉREZ, Francisco, «Medios de investigación en el proceso penal», cit., 576.

(199) *Vid.* RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, «La provocación policial como forma de reprimir el tráfico de drogas», en *La problemática de la droga en España. Análisis y propuestas político criminales*, EDERSA, Madrid, 1986, pp. 318.

(200) RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo, «El agente encubierto y la entrega vigilada», en *Criminalidad Organizada. Reunión de la Sección Nacional Española...*, cit., p. 93.

(201) MONTÓN GARCÍA, María Lidón, «Agente provocador y agente encubierto: ordenemos conceptos», cit., p. 1; GUARIGLIA, Fabricio, «El agente encubierto ¿Un nuevo protagonista en el procedimiento penal?, cit., p. 49.

(202) Si bien es cierto, la figura del agente provocador es un medio de investigación que no goza de un reconocimiento legal; no menos cierto es que en la práctica jurisprudencial goza de gran aceptación. *Vid.* OLMEDO CARDENETE, Miguel, «La provocación del delito y el agente provocador en el tráfico de drogas», en *Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines*, cit., p. 202; PÉREZ ARROYO, Miguel Rafael, «La provocación de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto...», p. 2; ALONSO PÉREZ, Francisco, «Medios de investigación en el proceso penal», cit., p. 577.

difusión ilícita de estupefacientes. En la práctica son comunes los miembros de servicios policiales o en conexión con estos intentan evidenciar la comisión de actividades de tráfico de drogas ocultando su condición. De esta forma, organizan una operación ficticia de sustancias estupefacientes, presentándose como compradores, lo cual es una manera asequible de poner al descubierto el delito y fundamentar una condena; sin embargo, esto no es aceptable desde una perspectiva constitucional (203).

La figura del agente provocador es admitida y regulada expresamente por distintos ordenamientos europeos dirigidos al combate del narcotráfico (204). En España, no obstante, al no contemplarse dentro de la regulación positiva, son los tratadistas de la Parte General del Derecho Penal y la jurisprudencia los que –con mayor precisión– describen el contenido material y contorno del agente provocador, tomando como punto de partida la realidad criminal (205).

---

(203) Vid. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo, «El agente encubierto y la entrega vigilada», en *Criminalidad Organizada. Reunión de la Sección Nacional Española...*, cit., p. 93; DELGADO MARTÍN, Joaquín, «La criminalidad organizada...», cit., p. 77. Hay autores que comentan que, con independencia de que el empleo del agente provocador acarree una serie de riesgos para el Estado de derecho, tal técnica de investigación se presenta de indudable atractivo y actualidad en el ámbito del Derecho penal y, más específicamente, en la represión del tráfico ilícito de drogas. GARCÍA VALDÉS, Carlos, «El agente provocador en el tráfico de drogas», Tecnos, 1996, Madrid, p. 19.

(204) Así, en Italia, el Decreto del Presidente de la República de 9 de octubre de 1990, texto único de leyes en materia de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, prevención, curación y rehabilitación de toxicómanos en su artículo 97 declara no punibles conforme al artículo 51 del CP, las adquisiciones simuladas de sustancias tóxicas por parte de los agentes policiales, llevadas a cabo con el propósito de adquirir elementos de prueba en el orden a la persecución de los delitos previstos en dicha norma. En Francia, una Ley de 14 de enero de 1992, admite la infiltración, compra, posesión, transporte y entrega de droga, efectuada por policías para perseguir el delito. En Portugal, el artículo 59 del decreto del Presidente de la República de 22 de enero de 1993, señala la no punibilidad del funcionario policial que con fines de investigación y sin revelar su cualidad e identidad, acepte directamente o por intermediario, la entrega por parte de un tercero, de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Cfr. REY HUIDOBRO, Luis Fernando, «El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales», cit, 1999, p. 328.

(205) Vid. RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, «Agente provocador en el Derecho penal», cit., pp. 10 ss.

El concepto de agente provocador al no venir contemplado en la norma, es el resultado de una construcción doctrinal y jurisprudencial. Tal vez eso explica que no exista un concepto claramente delimitado, sino, por el contrario, una variedad de ellos que atienden a tanto a su encuadramiento sistemático como a ciertas hipótesis que han ido apareciendo en la praxis. Vid. MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, «La moderna problemática jurídico penal del agente provocador», cit., p. 33.

El agente provocador dentro del ámbito criminal es aquel que induce a otro a cometer un delito o a participar en su ejecución con actos de auxilio. No realiza la conducta con la intención de poner en peligro el bien jurídico dañado, ni buscando el interés egoísta que emerge de la ejecución de todo hecho criminal, sino con el propósito de conseguir que el provocado se haga merecedor de una pena (206). Es decir, es el inductor que determina a otro a llevar a cabo la ejecución de un ilícito convirtiéndose este último en un mero instrumento por medio del cual el agente provocador logra su objetivo: conseguir una pena para el provocado (207).

Los delitos de tracto sucesivo o de encuentro, como el tráfico ilícito de estupefacientes, se muestran como especial punto de mira de esta técnica de investigación (208). Por esta razón, cada vez es mayor

---

(206) El comportamiento del agente provocador acarrea consigo un contenido activo vinculado a lograr que el individuo provocado se haga responsable criminalmente. Y con ese propósito, de una u otra manera, participa en la realización de un ilícito. Por tanto, es distinto al papel que adopta el delator o el denunciante. *Vid.* RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, «Agente provocador en el Derecho penal», cit., pp. 7 ss. y GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, «Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación», cit., p. 142.

(207) *Vid.* CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Penal. Parte General*, vol. II, trad. José J. Ortega y Jorge Guerrero, 3.<sup>a</sup> ed., Temis, 1979, pp. 443 ss.; GARCÍA VALDÉS, Carlos, «El agente provocador en el tráfico de drogas», cit., p. 19.

Por otra parte, a manera de comentario, para no confundir la figura del agente provocador con la del agente encubierto, es menester hacer una serie de precisiones, ya que son muy distintas las consecuencias de investigación en un presupuesto y en otro, sobre todo porque en algunos casos el agente encubierto puede comportarse como un agente provocador. Mientras que el agente provocador actúa como un inductor, cuya finalidad es la conseguir que el sujeto inducido sea descubierto en su comportamiento criminal, y por ese hecho, se haga acreedor de una sanción penal. El actuar del agente encubierto opera bajo otros condicionantes, a diferencia del provocador, requiere para su accionar estar infiltrado en una organización criminal, en muchos casos, no instigando a los miembros del grupo delictivo a la ejecución de un ilícito, sino más bien, su función principal se convierte el conseguir la mayor información posible sobre la organización de criminalidad organizada en la que está infiltrado. En el primer supuesto, hay una actitud activa por parte del provocador que induce a cometer el delito; mientras que en el caso del agente encubierto, su postura es pasiva, la de obtener información. *Vid.* EDWARDS, Carlos Enrique, «El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada...», cit., p. 57.

(208) *Vid.* PÉREZ ARROYO, Miguel Rafael, «La provocación de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto...», pp. 1 ss. En este sentido es representativa la representativa STS de 15 de septiembre de 1993, Pn. Cándido CONDE-PUMPIDO FERREIRO (RJA. 7144), nos señala que: «la provocación policial que actúa sobre un delito ya iniciado sólo influirá en el grado de perfección del mismo, en función del momento del *iter criminis* en que aquella intervención se produjo, bien limitándose a su descubrimiento y constatación en la fase postconsumativa o de agotamiento, bien originando su frustración o tentativa si la intervención policial se produce antes de

la incursión de agentes de policía a circuitos clandestinos de comercio que simulan ser compradores de productos ilegales adquiriendo el rol de agentes provocadores (209). Su comportamiento en principio parece ineludible para la ejecución del delito, se diferencia dado el diverso fin que unos y otros persiguen: unos la ejecución del delito, otros (agentes provocadores) evitar su consumación, es decir, que entre ellos hay carencia de la unidad sistemática que toda la ejecución en régimen de codelincuencia debe llevar consigo (210).

## **B) El agente provocador: figura dogmática y una modalidad de investigación encubierta**

### **a) FIGURA DOGMÁTICA**

La cuestión del agente provocador es tratada con ocasión del estudio del dolo en la inducción al delito como forma de participación accesoria. Sin perjuicio de otras tendencias, es amplio el sentir de que estos comportamientos inductores de ilícitos deben permanecer impunes debido a la ausencia de un dolo encauzado a la consumación efectiva o material del delito (211).

Los diversos conceptos de agente provocador aportados por la doctrina, concurren en ubicar sistemáticamente la figura del provoca-

---

que el delito se haya consumado. Esta última tesis tiene especial trascendencia en delitos, como el de autos, de mera actividad y trato sucesivo, en los que la consumación delictiva se produce por el simple hecho de poseer la droga con la tendencia de destinarla al tráfico, por lo que la actividad del agente policial o de quien obra en colaboración con él, ofreciéndose como comprador de la droga previamente poseída, ni tiene influencia en la resolución delictiva del autor, ni en la consumación ya producida del delito, sino sólo en el hito de la venta de la droga que, como un paso más del tracto sucesivo ya iniciado, pertenece a la fase de agotamiento del delito de tráfico de drogas, el que viene previsto en el artículo 344 CP (actual 368) como tipo de mera actividad, esto es, sancionable por la sola tenencia de la sustancia típica. Por ello, en estos casos, la actividad del supuesto agente provocador no busca el promover la ejecución de un delito, que sin tal actividad no hubiera nacido, sino descubrir su realidad, poder probar la existencia de ese delito ya nacido, y lograr detener a sus autores, por lo que no puede hablarse entonces de un delito provocado».

(209) *Vid.* STS de 21 de febrero de 1986. Cit. por: GARCÍA VALDÉS, Carlos, «El agente provocador en el tráfico de drogas», cit., p. 19.

(210) En los supuestos en que el que provoca el delito persigue su efectiva producción, dejará de ser un agente provocador y su comportamiento pasará a ser considerado como una provocación o inducción al delito, que deberá ser sancionado penalmente. Cfr. REY HUIDOBRO, Luis Fernando, «El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales», cit., p. 324.

(211) RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, «Agente provocador en el Derecho penal», cit., pp. 147-148.

dor en la esfera de la participación en el delito, intentan resaltar lo particular de la estructura del comportamiento provocador que lo separa de los sujetos criminales. Se trata, entonces, de determinar cuál es el elemento conceptual constante en la conducta del agente provocador que le diferencia de todo sujeto criminal (212).

Las tendencias doctrinales al momento de instaurar lo específico de la conducta provocadora se han encaminado en tres direcciones:

1.<sup>a</sup> Orientada a extender, o por lo menos, a no limitar la noción de agente provocador. Desde esta perspectiva se enfatiza en la finalidad de la conducta realizada, independientemente de considerar si la voluntad del inductor debe conducirse a que el inducido realice una tentativa o si debe extenderse a la consumación (formal) o terminación (material) del hecho (213). Lo que determina al agente provocador es que su acción provocadora tiene como principal objetivo que el sujeto provocado sea castigado por ese hecho (214).

Se interpreta en estos casos que el contenido volitivo de la conducta provocadora es conseguir la punición del provocado, lo cual difiere acerca de lo que sería el móvil o los móviles por los que se resuelve provocar un delito a fin de lograr el comportamiento criminal calculado. Igualmente, el motivo que le incita a actuar podrá ser o no consciente, pero en todo caso son previamente irreconocibles al cambiar de un individuo a otro, por tanto, no cuentan con la envergadura necesaria para ser considerados como presupuestos conceptuales del agente provocador.

En definitiva, bajo esta postura, se entiende que el objetivo inmediato del provocador es conseguir la punición del provocado, ya que con esa finalidad de una u otra manera provoca la realización de un delito. Por lo que no entran en el concepto de agente provocador otros aspectos psicológicos como son los móviles, los motivos o el fin último perseguido, pues estos superan los contornos del concepto (215).

---

(212) *Vid.* MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, «La moderna problemática jurídico penal del agente provocador», cit., p. 34.

(213) *Ob. ult. cit.*

(214) Así, el contenido volitivo del comportamiento provocador ofrece, en primer término, la constante y uniforme presencia de un momento psicológico encauzado a conseguir un fin inmediato, siempre el mismo, enclavado más allá de los que son relevantes en el tipo: el agente provocador al intervenir de uno u otro modo en la ejecución de un hecho criminal, es que el sujeto provocado se haga responsable penalmente. La consecución de éste objetivo es el primer componente determina la conducta provocadora. *Vid.* RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, «Agente provocador en el Derecho penal», cit., pp. 49 ss.

(215) *Ob. ult. cit.*, pp. 53 y 54.

Así, esta postura doctrinaria da el nombre de agente provocador al sujeto que impulsa a otro a perpetrar un delito para establecer su responsabilidad (216), es decir, al que voluntariamente instiga a un individuo a cometer una conducta sancionada por la norma para que pueda ser castigado penalmente por el hecho provocado (217).

Si el agente provocador tiene un objetivo más allá de ese medular propósito (la punición del provocado) y quiere realmente la producción del resultado para comprometer mejor al inducido, no habrá duda acerca de la responsabilidad en la consumación de ese ilícito (218). Sobre el supuesto, corriente en estos casos, de sorprender al ejecutor a tiempo de impedir la consumación, las opiniones están divididas. Para algunos el provocador no es responsable por la ausencia de dolo –que consiste en la voluntad de causar el resultado–. En cambio para otros, la tentativa tiene un resultado de peligro que se comunica al provocador (219).

Nótese que esta postura no solamente aporta un presupuesto conceptual sobre el agente provocador, también se constriñe en el propósito de lograr la punición del provocado. Tal posición no es capaz en sí –o lo suficientemente solvente– de definir materialmente la figura de referencia, ya que dicho momento psicológico, insistimos, por sí mismo es inadecuado para aportar un concepto convincente de agente provocador (220).

2.<sup>a</sup> Argumenta que el comportamiento del provocador no tiene la voluntad para que el delito por él provocado llegue a su efectiva consumación. Es lo que podríamos denominar la formulación clásica (221). Bajo esta postura el agente provocador es aquel inductor que persigue solamente la tentativa pero no la completa realización del hecho principal. Se caracteriza porque –a diferencia del inductor

---

(216) ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal*, 2.<sup>a</sup> ed., anotada y puesta al día por José Julián Hernández Guijarro y Luis Beneytez Merino, Akal, Madrid, 1986, p. 473.

(217) Vid. PÉREZ ARROYO, Miguel Rafael, «La provocación de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto...», cit., p. 2.

(218) Cfr. ANTÓN ONECA, José, «Derecho penal», cit., p. 473.

(219) Razones de justicia se afilian a la segunda posición, pues la tentativa implica siempre un riesgo para el bien jurídico atacado y genera cierta alarma social, no siendo de equidad que el creador de ese peligro quede impune. Si efectivamente el riesgo fuera nulo debido a las medidas precautorias tomadas para el fracaso de la empresa criminal, entonces y bajo esta orientación, estaríamos ante un caso de delito imposible, lo cual habría que aplicarse tanto al provocado como al provocador. *Ob. ult. cit.*, pp. 473 y 474.

(220) En ese mismo sentido, MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, «La moderna problemática jurídico penal del agente provocador», cit., p. 36.

(221) *Ob. ult. cit.*

común— carece de la voluntad de consumación, particularmente, del dolo de resultado (222). Es en esta dirección hacia donde parece dirigirse la doctrina penal dominante en España (223). En ella se señala que lo esencial del agente provocador es únicamente aspirar a que el hecho por provocado trascienda sólo hasta el ámbito de la tentativa (224).

3.<sup>a</sup> Esta corriente doctrinal —que nace en Alemania—viene a señalar que lo determinante en el agente provocador no es solamente que no desee la consumación del delito sino que, junto con ello, ahora se reclama que emprenda una serie de medidas para impedir que el bien jurídico se vea afectado (225). La falta de voluntad para ocasionar la afectación al bien jurídico no queda comprimida a un momento volitivo interno, para ser tomada en consideración como relevante a efectos penales es necesario que se exprese materialmente a través de la implantación de elementos encaminados a impedir, o imposibilitar, que efectivamente se cause el perjuicio penado por la norma. Exclusivamente de esta manera podrá señalarse que el agente provocador carece de la voluntad que da vida al injusto en cuestión, lo cual a su vez implica la ausencia de un momento volitivo encauzado a realizar la desvalorización del resultado, y por consecuencia, de la acción (226).

Las últimas construcciones dogmáticas del agente provocador acopian tres presupuestos conceptuales para determinar la estructura del comportamiento provocador: *a*) La conducta provocadora tiene como fin inmediato que el autor provocado sea sancionado precisamente a causa de ese hecho; *b*) el agente provocador no tiene voluntad de consumación del delito y *c*) tal ausencia de voluntad se manifiesta

---

(222) KÜPER, Wilfried, *Der agent provocateur in Strafrecht*, GA 1974, p. 321. Cit. por MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, «La moderna problemática jurídico penal del agente provocador», cit., p. 43.

(223) Vid. PUIG MIR, Santiago, *Derecho penal. Parte General (Fundamento y Teoría del Delito)*, 3.<sup>a</sup> ed., PPU, Barcelona, 1990, p. 434; COBO DEL ROSAL, Manuel, y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Derecho penal. Parte General*, 3.<sup>a</sup> ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1991, p. 555; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, «La conspiración para cometer el delito: interpretación del artículo 4, I, CP (Los actos preparatorios de la participación)», Bosch, Barcelona, 1978, p. 57.

(224) Vid. RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, «Agente provocador en el Derecho penal», cit., p. 38.

(225) Vid. MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, «La moderna problemática jurídico penal del agente provocador», cit., p. 38.

(226) Cfr. RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, «Agente provocador en el Derecho penal», cit., p. 57.

externamente mediante la toma de medidas para neutralizar la acción del autor provocado (227).

b) MODALIDAD DE INVESTIGACIÓN ENCUBIERTA

El agente provocador no puede ser visto únicamente como una construcción dogmática, también puede ser apreciado –y empleado– como una técnica de investigación policial (228). Una jurisprudencia (STS de 9 de octubre de 1978) ha afirmado que esta conducta muestra «una inteligente y prudente adaptación de las técnicas investigadoras a la clandestinidad y sinuosidad de la delincuencia en cuestión» (229). Hay quienes incluso comentan que la ocultación de la condición de policía en estas provocaciones, implica un recurso de astucia como forma de investigar los delitos de tráfico de drogas. Asimismo se considera que tales acciones se encuentran dentro del ejercicio de sus funciones en la averiguación del delito, descubrimiento y aseguramiento del delincuente (art. 126 CE y 282 LECrim ss.) (230).

(227) Cfr. MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, «La moderna problemática jurídico penal del agente provocador», cit., p. 39; REY HUIDOBRO, Luis Fernando, «El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales», cit., p. 324.

(228) La técnica del agente provocador se enmarca, como un presupuesto particular, en el tema de la problemática de la investigación y persecución penal encubiertas (MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, «La moderna problemática jurídico penal del agente provocador», cit., p. 43.). Además, navega en el ámbito de la lucha contra la delincuencia organizada, especialmente, en los delitos de tráfico de drogas, con ello adquiere una profundidad criminológica y político criminal especial (*vid.* GARCÍA VALDÉS, Carlos, «El agente provocador en el tráfico de drogas», cit., p. 10; MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, «La moderna problemática jurídico penal del agente provocador», cit., p. 40.). Dentro de un contexto que aparece vinculada con otras técnicas de investigación policial que siempre presentan intereses contrapuestos: eficacia represiva o respeto a los principios inspiradores del Derecho, particularmente, esos que limitan la actuación del Estado frente al ciudadano (*vid.* OLMEDO CARDENETE, Miguel, «La provocación del delito y el agente provocador en el tráfico de drogas», cit., p. 200; BARBERO SANTOS, Marino, «Estado constitucional de Derecho y sistema penal», *AP* núm. 29, 17-23 de julio de 2000, p. 610).

(229) Salvo algunas Sentencias del Tribunal Supremo, que se alejan de esta dirección (STS de 20 de febrero de 1991) señala que: «el ficticio delito fue producido como consecuencia de las instigaciones policiales realizadas al margen de las permitidas y lícitas normas de investigación, comprobación y represión de los hechos punibles». *Vid.* También (SSTS de 3 de noviembre de 1993 y 1 de julio de 1994). Cit. todas por: GARCÍA VALDÉS, Carlos, «El agente provocador en el tráfico de drogas», cit., p. 18.

(230) Comprenden que en estos casos el simulado proceder del funcionario de la policía judicial está justificado por el cumplimiento de los deberes de su cargo, y que por ello, su comportamiento es lícito. *Vid.* SSTS 4 de marzo de 1992 y de 2 de junio de 1993. Cit. por: GARCÍA VALDÉS, Carlos, «El agente provocador en el tráfico de drogas», cit., p. 19.

El comportamiento del agente provocador, no es más que una inducción engañosa cuyo propósito es conocer la propensión al delito de una persona sospechosa y su finalidad el conseguir pruebas indubitables acerca de un hecho criminal. El acto de convencimiento del presunto delincuente es para guiar la conducta hacia lo que su propia inclinación le dicte, por lo que lo incita a cometer el comportamiento criminal y lo obstruye, finalmente, en el momento decisivo, con lo cual se logra tanto la casi segura detención del provocado como la obtención de pruebas que se suponen directas e inequívocas (231). Hay que matizar que esta provocación policial —«agente provocador»— sólo será válida si es puesta en práctica para descubrir delitos ya «cometidos». Sólo así se podrá interpretar que no contraviene legalidad alguna. Es decir, podrá ser aceptada siempre que se oriente al descubrimiento de delitos ya ejecutados, generalmente de tacto sucesivo, como los de tráfico de drogas, porque en tales supuestos el provocador no busca la comisión del delito sino los medios, las formas o los canales por los que se despliega ese comercio ilícito (232).

Rescatable es el hecho de que esta técnica de investigación utilizada por la policía para hacer frente al tráfico de drogas, es valorada positivamente por gran parte de la jurisprudencia y un sector de la doctrina española, los cuales justifican estos comportamientos —o modos de actuar— e interpretan que, en tales casos, se entiende el simulado actuar del funcionario, pues está justificado por el cabal cumplimiento de los deberes de su cargo y, por tanto, dichas tácticas de actuación policial son lícitas (233).

### C) Problemas de responsabilidad penal del agente provocador y del sujeto provocado a la comisión del delito

Es cuestionable el punto referente a la responsabilidad que pesa sobre la persona integrada a la policía —en ejercicio de sus funciones

(231) *Ob. ult. cit.*

(232) Es decir, procura conseguir pruebas en relación a un comportamiento criminal que ya se está produciendo pero del que sólo se tienen sospechas. En tales casos, como señala RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo, «El agente encubierto y la entrega vigilada», cit., p. 99, no pueden entenderse que la actividad policial provoque el delito, sino que lo que hace es utilizar técnicas policiales adecuadas para el descubrimiento de los ilícitos ya cometidos.

(233) *Vid.* ALONSO PÉREZ, Francisco, «Medios de investigación en el proceso penal», cit., p. 577; PÉREZ ARROYO, Miguel Rafael, «La provocación de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto...», p. 2; También: SSTS de 23 de enero de 2001, Pn. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar (RJ 185), 22 de octubre de 1997, Pn. Eduardo Móner Muñoz (RJ 7517) y 15 de septiembre de 1993, Pn. Cándido Conde-Pumpido Ferreiro (RJ 7144).

de investigación y descubrimiento de conductas criminales— que aparenta participar en la realización de un hecho delictivo, provocando la comisión del mismo. Por otra parte, también se cuestiona si quien realiza ese hecho aparentemente típico (234), pero incitado o impulsado por aquel primer sujeto, tendrá ser penado por su comportamiento (235).

El problema de la responsabilidad penal —o impunidad— del agente provocador ha sido resuelto por la jurisprudencia española en un claro sentido; mediante sus resoluciones, mayoritariamente han declarado la impunidad del agente provocador cuando éste es un policía judicial que ejecuta tales comportamientos inductivos a efecto de recabar probanzas o descubrir en flagrante la comisión del delito —particularmente, los referidos al tráfico de drogas—. El problema de estos pronunciamientos judiciales se localiza en cómo hacer jurídicamente compatible la absolución del agente provocador y la condena del provocado (236).

La doctrina dominante sostiene que el agente provocador no responde penalmente por su acción debido a la ausencia del dolo de consumación exigible al instigador, lo anterior, dado que el fundamento material de la expansión de la sanción penal a éste es el haber causado, mediante el autor principal, algún menoscabo al interés jurídico protegido por la norma. Lo que lleva a afirmar que su comportamiento es impune por no haber contribuido objetivamente a la lesión del bien jurídico y, por ende, al no darse tal circunstancia se entiende que no convergen los presupuestos objetivos que autorizan la extensión de la pena al partícipe (237).

En los supuestos en los que sí se llega a consumar el hecho principal incitado por el agente, provocador aun en contra de su voluntad, la doctrina todavía no tiene un acuerdo pleno respecto a su responsabilidad penal. Si después de haber adoptado todas las medidas necesarias para impedir la consumación ésta tiene lugar sin que el agente provocador pueda sortearlo, la doctrina objeta la probabilidad de una responsabilidad dolosa del delito consumado por falta de dolo de consumación. Esto no impide que en estos supuestos se admita la responsabilidad del agente provocador a título de culpa. Se piensa que es

---

(234) FERNÁNDEZ, Ricardo, «El agente encubierto y la entrega vigilada», en *Criminalidad Organizada. Reunión de la Sección Nacional Española...*, cit., p. 106.

(235) Cfr. GARCÍA VALDÉS, Carlos, «El agente provocador en el tráfico de drogas», cit., p. 9.

(236) Vid. GARCÍA VALDÉS, Carlos, «El agente provocador en el tráfico de drogas», cit., p. 16.

(237) Vid. RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, «Agente provocador en el Derecho penal», cit., pp. 189 ss.

un partícipe responsable por imprudencia si ha descuidado tomar las precauciones para evitar que se consuma el delito que el mismo ha provocado (238).

La doctrina mayoritaria alemana opina que no se puede sancionar penalmente el comportamiento del agente provocador por carecer de dolo de consumación, ya que precisamente el funcionario de la policía participa en ese hecho para impedir que el delito se consuma (239). En correspondencia lógica con lo mencionado, el agente provocador no se puede conminar con pena alguna porque el instigador, como cómplice, debe llevar a cabo la acción con dolo de consumir el hecho principal en el que coopera o participa, y ello no se manifiesta en los supuestos del provocador policial. En otras palabras, se interpreta que en estos casos la actuación del agente provocador no está orientada a generar idea criminal alguna sino, más bien, lo que el agente policial intenta es poner fin a una actividad criminal permanente –y reiteradamente consumada al tiempo que adquiere medios probatorios que así lo confirman.

Desde otra perspectiva, por la forma en que está redactado el artículo 368 CP es evidente que lo que se intenta es interrumpir el tráfico ilícito de drogas desde sus orígenes, y por tal motivo centra su atención al cultivo, elaboración y tráfico de sustancias prohibidas en la medida que signifiquen promoción, favorecimiento o facilitación al consumo de drogas, o bien posean el estupefaciente con tales fines. En

---

(238) Para algunos, esta solución no se escapa de importantes objeciones. Comentan que la responsabilidad a título de culpa parece una solución para aquellos sistemas que aceptan la participación culposa en un delito culposo. Pero en un sistema como el español no es viable la inducción imprudente para un delito doloso. Cfr. MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, «La moderna problemática jurídico penal del agente provocador», cit., p. 68. También, afirman que en los supuestos en que el agente provocador ha hecho seguir la resolución delictiva consciente, pero con la intención de evitar su consumación, y a pesar de las cautelas tomadas, ésta aparece, en tales casos no puede hablarse de un desistimiento malogrado; tampoco de una inducción punible culposamente porque el concepto encierra un contrasentido lógico. «Existe una notoria incompatibilidad sistemática entre la estructura de la inducción y la responsabilidad por imprudencia». Por lo que la inducción demanda necesariamente de una voluntad referida al resultado del hecho principal, y precisamente la ausencia de esa misma voluntad es lo que caracteriza tanto el comportamiento imprudente como al del agente provocador. Cfr. RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, «Agente provocador en el Derecho penal», cit., p. 279

(239) FRANZHEIM, *Der Einsatz von Agent provocateur zur Ermittlung von Straftätern* NJW 1979, p. 2016, sostiene que es político-criminalmente deseable y dogmáticamente fundado no castigar al agente provocador si él tiene en consideración que el hecho delictivo no va a alcanzar su terminación material. Cit. por: MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, «La moderna problemática jurídico penal del agente provocador», cit., p. 60.

consecuencia, un partícipe adquirente de droga en una operación de compraventa, aparecerá como un partícipe necesario e impune cuando no vaya a destinar a su vez la mercancía ilícita recibida para realizar alguna de las conductas penadas por el citado precepto penal. Resulta evidente que en dicho acto de compraventa el comprador gozará de impunidad debido a, por lo menos, dos circunstancias: primero, su comportamiento no corresponde con las exigencias del tipo de injusto del artículo 368 CP; segundo, la conducta del partícipe necesario, al no contradecir las previsiones legales, no implica ataque o peligro alguno para el bien jurídico protegido en este artículo del ordenamiento sustantivo (240).

En lo concerniente al sujeto provocado y su responsabilidad penal, la orientación jurisprudencial se ha mostrado insistente y generalmente ha condenado a los individuos provocados a la comisión de conductas relativas al tráfico de drogas. Sin embargo, tales fallos condenatorios no dejan de confirmar otra serie de dudas (241): por un lado, la licitud del comportamiento provocador, las defensas de los procesados en actuaciones judiciales iniciadas a consecuencia de un comportamiento policial, como el que analizamos, hacen hincapié en que la conducta de los policías es ilícita porque actúan a través de un engaño que es el que incita a los luego procesados a la comisión de conductas delictivas que, de otra manera, no habrían ejecutado (el sujeto provocado actúa sin libertad, porque el injusto nace por la maquinación del agente provocador); por otro, el hecho no deja de ser una apariencia artificial de delito, ya que por su propio diseño y desarrollo, hace difícil que lleguen a consumarse estos mismos. De esta forma, la falta de daño o peligro para el bien jurídico hace que estas operaciones colinden con lo que conocemos como delito imposible, o incluso en uno de tipo putativo, careciendo de un contenido merecedor de la censura punitiva (242).

---

(240) En este mismo sentido, RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, «La provocación policial como forma de reprimir el tráfico de drogas», cit., p. 325, quien sostiene que, esta particular estructura de la figura hace que no sea necesario recurrir a argumentos de otra índole para descartar castigo alguno al agente provocador-policía que se presenta como aparente comprador. Más aún, cuando con su simulación lo que busca el agente provocador es la intervención de la sustancia de tráfico, lo que limita las posibilidades para que el bien jurídico sea afectado.

(241) *Vid.* MONTÓN GARCÍA, María Lidón, «Agente provocador y agente encubierto: ordenemos conceptos», cit., p. 2; ALONSO PÉREZ, Francisco, «Medios de investigación en el proceso penal», cit., p. 577; PÉREZ ARROYO, Miguel Rafael, «La provocación de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto...», p. 2.

(242) *Vid.* RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, «La provocación policial como forma de reprimir el tráfico de drogas», cit., pp. 16 y 17.

#### D) Diferencias entre la figura del agente provocador y el delito provocado

La diferencia que existe entre un delito provocado y una intervención policial dirigida al descubrimiento de pruebas del delito –conducta del agente provocador–, se manifiesta en la incidencia sobre personas que, en un principio, no tenían intención de delinquir (243); es decir, en los supuestos en que el sujeto no hubiera actuado de la forma en que lo hizo sino hubiere sido por la provocación previa y eficaz del agente incitador (244). También se podría decir que el aspecto que distingue el delito provocado y el agente provocador radica en la existencia, o no, de una actuación inductora de persecución (245). Mientras que en el delito provocado se incita a otro a la comisión de un ilícito que de otra forma no hubiera ocurrido (246). en el comportamiento orientado al descubrimiento de probanzas sobre un delito el agente provocador opera a raíz de un escenario delictivo que ya existía, es decir, no hay una intención criminógena, aunque sí la de poner al descubierto una actividad sancionada por la Ley (247) producto de una decisión criminal espontánea y libre (248).

Como se dijo con anterioridad, en la figura del agente provocador la actividad policial procura descubrir ilícitos ya cometidos, generalmente de tracto sucesivo como suelen ser los de tráfico de estupeficientes (249), toda vez que en estos casos el inductor no procura ni

---

(243) Cfr. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, «Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación», cit., p. 145. En estos casos no se da en el acusado una decisión libre y soberana de delinquir (SANZ DELGADO, Enrique, «El agente provocador en el delito de tráfico de drogas», *La Ley*, núm. 12, año II, enero 2005, pp. 1 ss.).

(244) Es claro que el delito provocado nace en los casos en los que la intención de delinquir de la persona nace, no por su propia y libre voluntad, sino que es producto de la actividad de otro sujeto casi siempre miembro de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad. *Vid.* RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo, «El agente encubierto y la entrega vigilada», en *Criminalidad Organizada. Reunión de la Sección Nacional Española...*, cit., p. 95. *Vid.* También: PÉREZ ARROYO, Miguel Rafael, «La provocación de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto...», cit., p. 2.

(245) Cfr. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, «Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación», cit., p. 145.

(246) RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo, «El agente encubierto y la entrega vigilada», cit., p. 95.

(247) *Vid.* PÉREZ ARROYO, Miguel Rafael, «La provocación de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto...», cit., p. 2.

(248) Cfr. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, «Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación», cit., p. 145.

(249) *Vid.* REY HUIDOBRO, Luis Fernando, «El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales», cit., p. 324.

genera la comisión del delito sino que pretende conseguir pruebas de una actividad ilícita ya cometida o que se está produciendo, pero de la que sólo se tienen sospechas o algunos indicios. En cambio, en el delito provocado no se da en el acusado una decisión libre y soberana de delinquir (250).

El intento efectuado por la jurisprudencia para diferenciar un agente provocador de prueba del delito provocado, ocurre por la confusión conceptual que existe al respecto (251). Como consecuencia de tal circunstancia, el Tribunal Supremo ha empleado una singular terminología que aporte una nueva distinción nominal (252). Así, en los casos de una intervención policial promotora del hecho que reviste de apariencia ilícita, estaríamos ante la presencia de un «agente provocador» y de un «delito provocado»; en cambio, si la intervención del agente policial se limita a poner en evidencia un delito ya cometido, nos encontramos ante un «delito comprobado» (253).

### E) **Provocación judicial vs. Prohibición de la misma**

Es innegable que ante los esquemas de la moderna delincuencia se presenta una apremiante necesidad de recurrir a medios encubiertos de investigación para hacer un mejor frente a tales manifestaciones criminales. Por ello, es necesario regular en la norma la figura del agente provocador. Pensamos que la prohibición de tal mecanismo no puede estar fundamentada desde una perspectiva político criminal. Esto no quita que reconozcamos lo controversial y delicado que repre-

---

(250) *Vid.* CARMONA SALGADO, Concepción, «La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto en el marco de la criminalidad organizada sobre narcotráfico», cit., p. 189.

(251) En opinión de GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, «Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación», cit., p. 146, este desconcierto existe por insistir en señalar a la persona incitadora del delito, como agente provocador. Considera que si bien, el resultado alcanzado mediante la provocación delictiva recibe el nombre de «delito provocado», el sujeto provocador del nacimiento del delito, no adopta una especial denominación, pues pueden dar lugar a un delito provocado, tanto el agente encubierto, como un confidente en colaboración con las Fuerzas de Seguridad.

(252) En algunas ocasiones, en busca de una diferenciación nominal entre la figura del agente provocador y el delito provocado, se ha nombrado la actuación policial como «actuación de agente provocador». *Vid.* STS de 23 de junio de 1999, Pn. Eduardo Móner Muñoz (RJ 5835), en la que paradójicamente se llega a emplear de forma contradictoria tal terminología con la de agente provocador.

(253) *Vid.* STS de 8 de julio de 1999, Pn. Diego Antonio Ramos Gancedo (RJ 6205).

senta su manejo por los cuerpos de policía y lo peligroso que puede ser esta manera de combatir el crimen para un Estado de Derecho.

Así las cosas, nos encontramos con que la figura del agente provocador, hasta la fecha, no cuenta con una solución jurídica satisfactoria ante la problemática que en sí mismo representa (254). Algunos sectores doctrinarios han sido tajantes en prohibir su utilización y posible regulación. Otros, en cambio, han señalado propuestas de *lege ferenda* para intentar enmendar las controversias jurídico-materiales que se presentan en el comportamiento del agente provocador policía. Es decir, hay quienes desde la doctrina optan por la prohibición de cualquier forma de provocación policial; mientras que, por otra parte, otros consideran más adecuada su incursión expresa en el derecho público, en donde una vez ya autorizada pueda ser regulada.

#### a) PROHIBICIÓN DE TODA PROVOCACIÓN POLICIAL

Los seguidores de esta corriente se inclinan por concebir un tipo especial que sancione la actuación del agente provocador en todos los supuestos. Esto con la intención de establecer barreras jurídicas que incidan en la erradicación de su práctica por parte de las autoridades de persecución penal (255). Dichas voces afirman claramente que el interés público no justifica el uso de pruebas que han sido

---

(254) No existe una solución absoluta sobre la impunidad del agente provocador. El motivo es que en muchos de los casos el agente provocador realiza el tipo de la inducción, sin que aparezcan a su favor fundamentos de justificación o de exclusión de la culpabilidad o de la punibilidad. Efectivamente, la posición tradicional que fundamenta la impunidad del agente provocador en la falta del doble dolo del inductor acarrea notorias dificultades, hasta el grado que no puede justificar sólidamente la impunidad de éste en la mayoría de los casos que se dan en la actualidad. Ello debido a que el ámbito de aplicación de los agentes provocadores se ha trasladado a los delitos de peligro abstracto, en los que hay un limitado margen para argumentos que convezan de la impunidad del agente provocador por su falta de voluntad de consumación. Y por lo que toca a los delitos de resultado, a que no conciente la impunidad del agente provocador en los casos en que éste incita a la consumación formal del delito, aunque no aspire la efectiva afectación al bien jurídico y disponer de una serie de medidas para impedirla. Cfr. MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, «La moderna problemática jurídico penal del agente provocador», cit., pp. 161 ss.

(255) En el Derecho penal español, determinado sector de la doctrina insiste en la prohibición de estos métodos bajo la amenaza incluso de sanción punitiva, añadiendo que en estos supuestos, en que la trama transita en todo momento en una atmósfera de engaño, los protagonistas de la acción carecen de realidad y la conducta es inapropiada en cuanto que la actuación del agente provocador-policía hace imposible que se verifique el resultado. Señalan, que la participación de la policía acarrea, en consecuencia, la eliminación de todo daño o peligro para el interés protegido y, en correspondencia lógica con esto, sus provocaciones no pueden incluirse dentro del tipo penal, dando espacio a un delito o putativo que sólo tuvo contenido real en la

conseguidas a través de la incitación policial del delito (256). Advierten que lo previsto en el artículo 282 bis apartado 5 párrafo 1 LECrim, descarta la exención de responsabilidad criminal en los casos de ausencia de proporcionalidad y cuando la actuación de un policía que interviene como agente encubierto constituya una provocación al delito (257). Para algunos, esta decisión es significativa pues pone fin a la prolongada discusión doctrinal y a los pronunciamientos constitucionales sobre el agente provocador, al estimar que se le debe demandar enérgicamente responsabilidad criminal por sus actuaciones (258).

Los seguidores de estos razonamientos interpretan que si bien alguna jurisprudencia (STS de 3 de julio de 1984) insiste en que la utilización de estos métodos no solamente es legal, constitucional, sino que además es obligatoria para aquellos agentes de autoridad que tienen a su cargo la averiguación y constatación de tales delitos, esto dado lo previsto en la norma adjetiva (282 LECrim) y otros estatutos. Tal idea es equivocada, porque la propia Ley desautoriza la provocación como medio de indagación criminal; junto con ello, recalcan que la misión de la policía radica en descubrir conductas criminales ya cometidas, no la de facilitar otras nuevas con el propósito de que sirvan de fundamento para una sanción penal (259). Concuerdan en el sentido de que, a través de estos mecanismos de investigación criminal, se lesiona por lo menos el principio de derecho contenido en el

---

mente del sujeto. Cfr. REY HUIDOBRO, Luis Fernando, «El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales», cit., p. 325.

(256) Estas posiciones, ante el conjunto de dificultades que se presentan en la valoración probatoria de intervenciones de la policía mediante agentes encubiertos cuando con su actuación surgen zonas colindantes con la posibilidad de un delito provocado son determinantes al respecto. EL TEDH en su Sentencia de 9 de junio de 1998, Caso Teixeira de Castro, ante un caso de tráfico de estupefacientes en el que la única prueba fue la actuación de dos policías que operaron como agentes encubiertos, estima la violación del artículo 6.1 del Convenio Europeo, al considerar que no se trató de agentes encubiertos sino de agentes provocadores. Sienta claramente que la actitud de los agentes encubiertos tiene que ser de verdadera investigación de comportamientos delictivos ejecutados por otros y no se permite que actúen como agentes incitadores en la comisión hechos punibles. Cit. por: MARTÍN PALLÍN, José Antonio, «Impacto social, criminológico, político...», cit., p. 169.

(257) Vid. QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, «Recientes novedades legislativas en materia de lucha contra la delincuencia organizada: LO 5/1999 de 14 de enero», p. 127.

(258) Cfr. MARTÍN PALLÍN, José Antonio, «Impacto social, criminológico, político...», cit., p. 169.

(259) Vid. RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, «La provocación policial como forma de reprimir el tráfico de drogas», cit., p. 333.

artículo 9, párrafo 3.º, de la Constitución, el cual garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (260).

Para finalizar, esta postura aprecia como poco favorable –político-criminalmente– la práctica de la provocación policial. Estimando que los órganos de seguridad no deben, bajo ningún supuesto, pretender conseguir el enjuiciamiento de un presunto criminal mediante el empleo de la técnica del agente provocador, pues esto acarrea una serie de efectos sociales lesivos, unos relativos al autor provocado y otros que afectan directamente a los principios del Estado de derecho (261).

#### b) LEGITIMACIÓN EXPRESA QUE JUSTIFIQUE LA PROVOCACIÓN POLICIAL

Los defensores de esta posición consideran más conveniente la creación de una legitimación de derecho que justifique la provocación policial por parte de las autoridades de persecución penal. Sus opiniones se orientan a reclamar la presencia de una norma que establezca los presupuestos, modos y formas de la provocación policial (262). Se inclinan por lograr una regulación en el ordenamiento de la figura del agente provocador a través del respectivo control judicial y restringiendo su espacio de actuación a los delitos llevados a cabo por grupos de criminalidad organizada. Argumentan que se puede dar entrada a la provocación siempre y cuando vaya dirigida a actividades de difícil investigación o de crimen organizado, lo anterior, si con antelación

---

(260) *Vid.* DE MARINO, Rubén, «Las prohibiciones probatorias como límite al derecho a la prueba», Primeras Jornadas de Derecho Judicial, Presidencia del Tribunal Supremo, Secretaría Técnica, 1983-1984, p. 614. Cit. por: REY HUIDOBRO, Luis Fernando, «El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales», cit., p. 325, interpreta que los principios y fundamentos que inspiran los valores constitucionales nos llevan a la oposición radical de estos medios, pese a que de la Ley fundamental no se desprenda mandato expreso para ello.

(261) En contra de esta opinión, hay quien puesto de manifiesto que la provocación policial que no induzca a un delito consumado o en su caso, terminado no aparece necesidad apremiante de pena: si político-criminalmente únicamente se estiman merecedoras de sanción penal las conductas socialmente lesivas que conllevan una perturbación sensible de la paz jurídica, los efectos sociales lesivos que acarrea la utilización del agente provocador no significan una perturbación importante del orden social como para que sea digna de pena, aunque con ella se cause daño al interés protegido por la norma. Interpretan que: «sólo cuando con la inducción del agente provocador se ponga en peligro o se lesione mediante el inducido un bien jurídico ya protegido penalmente cabrá hablar de una conducta que deba ser punible». MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, «La moderna problemática jurídico penal del agente provocador», cit., p. 167.

(262) *Vid.* OLMEDO CARDENETE, Miguel, «La provocación del delito y el agente provocador en el tráfico de drogas», cit., p. 208, considera necesaria la cobertura legal de estas operaciones, tal y como expresamente se han hecho tanto para las operaciones del agente encubierto (art. 282 bis LECrim) y entrega vigilada (art. 263 bis LECrim).

ha sido decretada por juez competente y respetando los márgenes de proporcionalidad que el Estado de derecho exige (263). Asimismo, consideran que una política criminal respetuosa con los principios básicos de un derecho penal democrático, permite dar entrada a los casos en que la intervención policial no va dirigida a un sujeto hasta entonces no resuelto a delinquir, sino a poner al descubierto dinámicas criminales que ya vienen fluyendo con anterioridad, aunque para ello resulte necesario la comisión de un nuevo delito (264).

## 5. CONCLUSIONES

Desde hace tiempo, tanto la legislación internacional, el derecho comparado y jurisprudencia han insistido sobre las dificultades a las que se enfrentan los instrumentos tradicionales de persecución penal para investigar con eficacia aquellos actos de tráfico de drogas llevados a cabo por grupos de delincuencia organizada. Ante este llamado, el legislador introdujo en el ordenamiento jurídico nuevas figuras que pretenden resolver tan delicada situación, entre ellas, la entrega vigilada de drogas y la figura del agente encubierto.

A grandes rasgos, y en atención a la normativa vigente, la entrega vigilada puede ser descrita de la manera siguiente:

1) Es una institución que, con la autorización y vigilancia de las autoridades, permite circular por el territorio nacional remesas ilícitas o sospechosas de contener drogas a fin de identificar, descubrir y detener a las personas que, previo acuerdo con los encargados de su envío, están resueltas para su recepción y su posterior introducción en los circuitos de consumo.

---

(263) Para ROGALL, *Strafprozeßuale Grundlaguen und legislative Probleme des Einsatzes Verdeckter Ermittler im Strafverfahren* JZ 1987, pp. 847 ss., es admisible la utilización del agente provocador para la persecución de delitos ejecutados por organizaciones criminales y que esta medida quede reservada al juez. Por su parte, MAGLIE, *L gente provocatore. Un indagine dommatica e politica-criminale*. Giuffrè Milano, 1991, pp. 425-431, propone una legislación *ad hoc* que se conforme como una causa de justificación a incluir en las normas que regulan la participación. Su ámbito de aplicación se reduciría a los delitos *consensualis* y a algunos tipos que se caracterizan por las dificultades que presenta su investigación. También considera que la autorización debe venir de Autoridad Judicial. Autores cit. por: MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, «La moderna problemática jurídico penal del agente provocador», cit., p. 168.

(264) Cfr. KREUZER, Arthur: «Las drogas en la República Federal de Alemania. Problemática y aspectos político-criminales», en *La reforma penal. Cuatro cuestiones fundamentales*, Madrid, 1982, pp. 121 ss.

2) Los autorizados por la norma procesal para poner en marcha el mecanismo de investigación son el Juez de Instrucción competente, el Ministerio Fiscal y los Jefes de Unidades Orgánicas (centrales o provinciales), incluyendo sus mandos superiores.

3) El objeto sobre el que puede recaer la medida son las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas y los dispuestos por la LO 5/1999.

4) Para su autorización se tendrá en cuenta su necesidad a los fines de investigación en correlación con la importancia del ilícito y con la posibilidades de vigilancia.

5) El dispositivo podrá ser autorizado caso por caso, por lo que no podrán condescenderse entregas vigiladas genéricas o indiscriminadas.

Por su parte, entendemos que, tal y como se encuentra prevista en la norma, la figura del agente encubierto se constriñe principalmente a los siguientes puntos:

1) Es un medio extraordinario de investigación que facilita la infiltración del Estado, a través de un agente de policía que oculta su verdadera identidad, a un grupo de delincuencia organizada con el propósito de conseguir información sobre sus miembros, estructura, formas de actuación, campos de operación, etc., a fin de que dicha información pueda ser empleada en un juicio penal y permita que sus operadores sean sentenciados por los ilícitos que hubiesen cometido.

2) La Ley estipula que sólo podrá conceder la condición de agente encubierto a funcionario de la Policía Judicial el Juez de Instrucción competente o, en casos excepcionales, el Ministerio Fiscal.

3) Es una institución que es prorrogable en el tiempo, pues la autorización de una identidad supuesta puede ser por un término de seis meses o diferirse indefinidamente según las necesidades de la investigación.

4) En las actuaciones que el agente encubierto pueda afectar a derechos fundamentales de los investigados deberá solicitar al Juez de Instrucción competente las autorizaciones que al respecto determinen la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables.

5) La infiltración policial se extinguirá cuando: concertada por el Ministerio Fiscal, éste no da información inmediata de ella al Juez de Instrucción o, a pesar de lo anterior, la Autoridad judicial la revoca; si al término del primer plazo, o de alguna de las prórrogas la Policía, o el Ministerio Fiscal no requieren de nuevo la prolongación de la medida; en caso de solicitud de prórroga una vez llegada la finalización del período autorizado, el Juez de Instrucción considera, con base a la información que le ha proporcionado el infiltrado, así como de la

que se derive de la solicitud de prórroga, interpreta que la infiltración no ha tenido ningún resultado revelador o considere que no vaya a conseguirlo; cuando el propio agente encubierto o los mandos policiales que supervisan su labor constaten que la medida no está aportando los resultados esperados; y, cuando exista peligro para la integridad el agente encubierto.

Sin embargo, existen de parte nuestra grandes reservas frente a la utilización de ambas figuras, ya que tales medios excepcionales de investigación pueden originar graves afectaciones a Derechos del investigado; como son el secreto de las comunicaciones, el Derecho a la intimidad, el Derecho al libre desarrollo de la personalidad, el Derecho a no declarar contra sí mismo o a no confesarse culpable, entre otros. Asimismo, pueden llegar a contradecir el ideal del proceso debido (objeto del derecho fundamental que consagra el art. 24.2 CE) y el principio de proscripción de la prueba ilegítimamente obtenida (importante instrumento de moralización del proceso penal).

No obstante, reconocemos que la compleja realidad en la que operan los grupos de criminalidad organizada reclama, para su investigación y persecución, la existencia de medios extraordinarios de prueba que coadyuven en la obtención de pruebas que permitan el descubrimiento y captura de sus integrantes. Aunque hay que insistir que la puesta en marcha de tales dispositivos sólo tendría que limitarse a las siguientes hipótesis: *a)* sean casos en los que, después de haber realizado una profunda evaluación de los intereses jurídicos en peligro, se considere necesaria y justificable su concesión; *b)* se trate de una investigación criminal realizada en el seno de un grupo de delincuencia organizada; *c)* se esté acorde a las previsiones legales que habilitan para la injerencia de un Derecho Fundamental en estos supuestos; *d)* exista un control judicial por medio de una resolución judicial y el oportuno seguimiento de la investigación.

Para finalizar, en lo referente a la provocación policial, y tomando en cuenta que desde hace tiempo es común su empleo por los cuerpos policiales, nos parece preferible, a efecto de regularizar y controlar su práctica, que la norma procesal establezca expresamente los presupuestos, modos y formas como deberá operar la figura. Siempre y cuando en ella se exija: el respectivo control judicial –restringiendo su espacio de actuación a los delitos llevados a cabo por grupos de criminalidad organizada–; un estricto respeto a los márgenes de proporcionalidad que el Estado de derecho exige; no vaya dirigida a un sujeto hasta entonces no resuelto a delinquir; y, por último, se establezca que sólo funcionará en los casos en los cuales se intente poner al descubierto acciones criminales que ya existían con anterioridad.

# La política penitenciaria del franquismo y la consolidación del Nuevo Estado

GUTMARO GÓMEZ BRAVO

Profesor Contratado Doctor  
Facultad de Geografía e Historia  
Universidad Complutense de Madrid

## 1. INTRODUCCIÓN

El siglo xx, lamentablemente, ha dado ejemplos muy significativos de perfecta fusión entre ideología y terror. Durante toda su primera mitad se desarrollaron varios sistemas políticos asentados en fuertes métodos represivos y, en particular, en métodos de encarcelamiento masivo. Como regímenes autoritarios, todos pretendieron en primer lugar reducir al individuo a la nada, pero lo hicieron de distintas maneras. En el caso español, con el mayor número de presos de su historia, no quedaron reducidos a un número como ocurrió en los campos nazis o el gulag soviético. Se mantuvieron sus nombres y apellidos esperando a que llegaran los informes de sus ciudades y pueblos natales. El caos burocrático, la desidia y el deseo de venganza, interfirieron en un particular y kafkiano proceso español presidido por la arbitrariedad y la total incertidumbre, ante unos mecanismos de excarcelación convertidos a menudo en nuevas vías de acceso para la actuación de los tribunales especiales contra los considerados enemigos del Nuevo Estado.

Prácticamente todos los gobiernos totalitarios de la Europa de entreguerras desarrollaron sistemas de control hacia los que consideraban sus enemigos políticos. Con distintos matices, en especial los

raciales, en todos ellos fue palpable la identificación de sus enemigos con la de criminales y delincuentes en la que se basaban las órdenes de actuación extrajudicial. Para ello se instituyó una escala de responsabilidad civil derivada de la criminal para todos aquellos acusados de «colaboracionismo». Pero el caso español plantea importantes diferencias, sobre todo, porque el franquismo nunca tuvo una vocación de exterminio tan clara. La agresividad que supo reconducir el fascismo hacia el enemigo extranjero fue canalizada en España hacia el enemigo interior, lo que hizo particularmente dura la guerra civil y la posguerra. Así, la sombra de las medidas represivas fue mucho más alargada. No sólo porque Franco sobreviviera a la Segunda Guerra Mundial, sino porque prescindió deliberadamente de la solución dada en el resto de Europa. La amnistía, que el propio Franco calificó de «fruto podrido del liberalismo», fue sustituida por un perdón concebido como una redención y expiación de los pecados que pasó a ser el único medio de reintegrar a la sociedad a los que venían del «campo apestado». Por último, el elemento de legitimación del poder que más sobresalió en España fue el religioso; el derecho a penar fue concebido como un derecho divino autorizado por la violación del orden sagrado que quedaba muy lejos del componente racial o estatal de la Alemania nazi, la Italia fascista o la Rusia soviética. Su principal consecuencia fue la segregación social entre vencedores y vencidos, establecida como norma dentro de la misma sociedad como una importante fuente de aproximación e identificación con la nueva realidad política(1).

## 1.1 LA PARTICULARIDAD DEL CASO ESPAÑOL

Con demasiada frecuencia se afirma que la cárcel fue sólo una realidad ligada a la represión de la guerra, de importancia por su dureza pero ajena a las políticas de consolidación del régimen. Ésta sigue siendo una visión dominante en muchos estudios políticos y en aquellos estudios legales y normativos que no mencionan este período. La mayoría de los estudios historiográficos, por su parte, sí señalan la prisión como un elemento clave en este proceso pero sin llegar nunca a tratarlo como parte central de su análisis y mucho menos como un sistema integrado jurídica, política e históricamente. Fruto de esta

---

(1) JALADIEU, C., *La prison politique sous Vichy. L'exemple des centrales d'Eysses et de Rennes*, Paris, L'Harmattan, 2007. Wichsmann, N, *Hitler's prison. Legal Terror in Nazi Germany*, Yale University Press, 2004.

interpretación los elementos más destacados en el análisis de las formas de represión han incidido en las formas de eliminación del contrario, en la denominada visión exterminista. La imposibilidad de acceder a la información custodiada en los archivos militares y judiciales ha impedido durante mucho tiempo reconstruir otra dimensión del engranaje institucional del franquismo; debido a la falta de documentación, tradicionalmente se ha identificado la prisión con las primeras formas de terror a través de la visión de los testimonios orales. El *Libro blanco sobre las cárceles franquistas*, todavía editado en Francia, recoge recuerdos de las víctimas con una clara intencionalidad política. Años después fue seguido por las primeras recopilaciones de testimonios y relatos autobiográficos de mujeres, destacando los tres volúmenes de Tomasa Cuevas. Posteriormente, llegaron los primeros estudios de Tuñón de Lara, Salas Larrazábal, Aróstegui, Reig Tapia, Espinosa, Moreno y muchos otros que se enfrentaban a la problemática de la cuantificación de las víctimas de la guerra y de la represión. *Víctimas de la guerra civil* coordinado por Santos Juliá recogió prácticamente toda la evolución bibliográfica hasta mediados de los años 90. Tras ellos, y dentro de un particular momento de interés por la memoria histórica, los estudios históricos de esta temática se dispararon. La imagen de la España de postguerra quedó así fijada como una «inmensa prisión», lo que generó no poca polémica e hizo que otra serie de estudios surgieran como una respuesta a una cierta tendencia «revisionista», supeditando a tal objetivo el análisis de la violencia.

En esa línea han sido fundamentales los datos aportados por los estudios locales, que han determinado el mayor peso relativo de esta tendencia sobre el estudio de la represión directa, pero hasta el momento han sido los hispanistas anglosajones los que más han indagado en su impacto cultural, en el desarrollo de una cultura del miedo, en la sociedad de postguerra. Desde entonces puede decirse que ha sido el mundo de los estudios concentracionarios el que más se ha desarrollado. Los análisis de los campos de concentración y de los trabajos forzados han avanzado desde el rigor metodológico y la nueva documentación en el conocimiento de una realidad hasta el momento poco y mal conocida (2). Se sabe mucho más de los batallo-

---

(2) Un compendio bibliográfico en Oliver, P., «Historia y reinención del utilitarismo punitivo» en GASTÓN, J. M., y MENDIOLA, F (coord.), *Los trabajos forzados en la dictadura franquista*. Instituto Gerónimo de Uztáriz, 2007 pp 18-30. SOBREQUÉS, J, MOLINERO, C., y SALA, M. (eds.): *Los campos de concentración y el mundo penitenciario en España durante la guerra civil y el franquismo*, Museu d'Historia de Catalunya, Crítica, 2003.

nes de castigo, las colonias penitenciarias, los destacamentos penales y el mundo de los trabajos forzados que de la mayor parte de las prisiones. Sin embargo, sigue pesando de manera extraordinaria esta necesidad de cuantificación, dando por agotadas prácticamente el resto de fuentes que no ofrezcan información numérica. El análisis de estos espacios como instituciones cerradas, creadas *ex profeso* como castigo por la guerra civil siguiendo la lógica disciplinaria del totalitarismo en Europa, explotan ciertamente la comparación con los campos alemanes y rusos, pero a menudo terminan obviando generalmente la evolución histórica del propio sistema penitenciario español. Por su parte, el estudio de las prisiones se ha abordado con un escaso tratamiento de otros aspectos fuera de la secuencia temática y temporal ligada a la primera represión, especialmente los incluidos dentro de la «normalidad» que quiere instituir el régimen. El origen de la cárcel franquista está en la guerra, pero la cárcel también se institucionalizó, evolucionó y se transformó siguiendo los propios pasos de la dictadura. Apartar la prisión de este marco contribuye a obviar gran parte de los elementos presentes en la legitimación de la represión así como de la continuidad del régimen. Sobre todo porque el mundo penitenciario está conectado permanentemente con la dirección política a través de dos funciones básicas para el nuevo orden franquista: la autoridad, a través del cumplimiento de las penas, y el control social, a través de un sistema puesto en marcha y diseñado para ello (3).

En primer lugar hay que mencionar la contribución de los estudios comparativos del franquismo con el fascismo europeo. El interés por la naturaleza ideológica de la dictadura, y en particular sus similitudes con el modelo alemán, plantea un problema fundamental: la utilización de categorías ajenas al sistema penitenciario franquista. En el caso español dos de sus principales impulsores y especialistas, el Ejército y la Iglesia, poseían una dilatada experiencia desde el siglo XIX en este campo, con un activo y principal papel desde la *Ordenanza de Presidios* de 1834 y sobre todo en la primera parte de la Restauración; experiencia que se vio ampliada durante la Dictadura de Primo de Rivera y que ambos sectores reutilizaron abiertamente desde el primer momento del golpe de estado. El particular proceso de formación del penitenciarismo franquista discurre por otros derroteros ajenos a la aplicación de principios penales que ni siquiera son comunes dentro del espectro ideológico del fascismo europeo, sino que se nutre de una constante reutilización doctrinal de lo anterior. El principal problema que surge al enfatizar los aspectos comunes al período de entreguerras

---

(3) GÓMEZ BRAVO, G., *La redención de penas. La formación del sistema penitenciario franquista. 1936-1950*, Madrid, Los libros de la Catarata, 2007.

radica en trascender los aspectos formales, básicamente los derivados de actos convencionales para la época con prisioneros de guerra y, sobre todo, de desestimar la desigualdad de los sistemas judiciales, policiales y penales. Con anterioridad a los años 30 ya existían características similares a otros sistemas de detención, de explotación y de presidio, como los trabajos forzados en las colonias de ultramar de franceses y británicos, pero con una legislación y una filosofía penitenciaria muy distinta en cada caso (4).

Es sólo un ejemplo de lo que como puede suponer el error de partida del modelo comparativo, ya que al fijar un marco de correspondencia inicial y final cerrado traspone las categorías explicativas sin tener en cuenta el marco de desarrollo propio. Tal fue el caso de la Comisión Internacional contra el Régimen Concentracionario (CICRC) dirigida por David Rousset y formada por víctimas de los campos nazis que tomaron su experiencia como punto de partida al visitar 17 establecimientos penitenciarios en la España en 1952. Tras un largo periplo diplomático, afirmaron que su objetivo no era intentar comprender la lógica interna de la prisión franquista, sino cerciorarse de que no existía *läger* en España. La paradoja fue que el mundo supo de la magnitud demográfica del fenómeno de la represión republicana, pero Franco lo vendió como un triunfo diplomático ya que no habían podido encontrar nada (5).

En este sentido, el modelo de interpretación de la violencia comparada como una «pedagogía del terror» también diluye algunos aspectos de la dimensión histórica de la prisión. Desde el mismo verano del 36 el empleo de la violencia fue utilizado intensamente, desde la Justicia revolucionaria de las retaguardias, a las «necesidades» de un estado de guerra que se prolongaría hasta finales de la década de los 40 (6). A este respecto resulta muy esclarecedora la luz que arroja el análisis de la utilización de la pena de muerte en distintos momentos, justificada y legitimada en función de su propio contexto como «última pena» (7). Las lecturas donde la tesis de aniquilación del enemigo político o de clase aparece como único motor de la repre-

---

(4) TODOROV, T., «The uses and abuses of comparison» en Dubiel, H., y MOTZKIN, G. (eds): *The Lesser evil: moral approaches to genocide practices*. Routledge, Londres-Nueva York, 2004, p. 33. MORRIS, N., y RATHMAN, D. J. (eds): *The Oxford History of the prison: the practice of punishment in western society*. New York, Oxford University Press, 1995.

(5) MARTÍN, E., «El libro blanco de Rousset», *La aventura de la Historia*, núm. 111 (2007), pp. 26-35.

(6) RODRIGO, J., *Hasta la raíz. Violencia durante la guerra civil y la dictadura franquista*. Madrid, Alianza, 2008.

(7) OLIVER, P., *La pena de muerte en España*, Madrid, Síntesis, 2008.

sión dejan paradójicamente a la cárcel fuera de la «operación de castigo» inicial. En este caso, el principal argumento de crítica al modelo comparado es el de la necesidad aflictiva de las penas, aspecto muy arraigado en el ideario contrarrevolucionario español con el que se justifica la «intervención quirúrgica» del 18 de julio. Ya en plena guerra, el discurso sobre la necesidad del dolor se circunscribe al ideal de redención, tomando como referente la doctrina pontificia para la salvación de la Humanidad Cristiana (8). Desde el imaginario bélico fluye una referencia constante al sacrificio, a los mártires que dieron su vida por salvar la de los propios presos en zona roja, estableciendo el predominio de la iconografía religiosa, y sobre todo de la Virgen de la Merced, patrona de las prisiones. Así pues, la legitimación del castigo se nutre de las historias de los mártires y de la literatura política que las utiliza para evocar la necesidad de recrear el purgatorio. No es coincidencia, por tanto, que para el tratamiento penitenciario previsto para las largas condenas por rebelión militar sirva de referente el redentorismo integrista que prescinde de los elementos principales de la tradición correccionalista (9).

Casi todos los estudios monográficos sobre los campos de concentración prácticamente descartan la existencia de paralelismos en el funcionamiento práctico de los mismos, pero plantean nuevos elementos críticos que abren otras vías de investigación y de debate. Principalmente giran en torno a la consideración de que los campos de concentración franquistas no nacieron con vocación de exterminio, sino que sirvieron para aplicar elementos que fueron paradigmáticos en la configuración de la dictadura (violencia, coerción, depuración) y en la clasificación posterior de los disidentes. Así, los campos funcionarían como un espacio delimitador de prácticas políticas futuras, un laboratorio, el de la antiespaña, creado a través de experimentos con presos y brigadistas internacionales (10).

---

(8) Decreto 281, Salamanca, 28 de 5 de 1937, declarando el derecho al trabajo como principio básico de los prisioneros según el punto 15 de Falange y de las JONS.

(9) Para una síntesis de estos GARCÍA VALDÉS, C., *La ideología correccional de la reforma penitenciaria española del siglo XIX*. Madrid, Edisofer, 2006.

(10) «Los laboratorios de la Nueva España» en RODRIGO, J., *Cautivos. Campos de concentración en la España franquista, 1936-1947*. Barcelona, Crítica, 2005, pp. 127-171 y del mismo autor «Vae victis; la función social de los campos de concentración franquistas» en MIR, C. (ed.), «La represión bajo el franquismo» *Ayer*, 43 (2001). Otros trabajos destacables: FERNÁNDEZ, J. A., *Historia del campo de concentración de Miranda de Ebro*. 2004 y LÓPEZ RODRÍGUEZ, A. D.: *Cruz, bandera y Caudillo. El campo de concentración de Castuera*. Ceder-La Serena, 2007.

A pesar de la matización que los propios autores suelen hacer en torno a la paulatina disolución de los campos a medida que se aleja la guerra civil y se va decidiendo la derrota alemana, las categorías extraídas de estas lecturas dejan también en una posición secundaria a la prisión. Especialmente por la vinculación política de la criminología y del discurso médico que asimilan las bases de la teoría racial a la disección social de la Nueva España. En realidad, como se verá más adelante, en ningún momento se constituyó un campo «científico» o legal fuera de la omnipresente normativa doctrinal de la Iglesia, por lo que su planteamiento práctico terminó en la necesidad de segregación de los vencidos y no en su eliminación. A esta tarea destinaría precisamente el Nuevo Estado la prisión. Una influencia que ya está presente en el freno de la reforma penal de la Restauración, y que se reactiva al término de la guerra civil en toda la obra de los patronatos de beneficencia. A pesar de su espectacularidad, el discurso médico sobre la inferioridad racial de los caracteres políticos no caló en una política criminal española que ya estaba definida por el peso de una tradición propia. La naturaleza propia del sistema penitenciario franquista se ve más clara a través del cumplimiento de las penas. De ahí que sea necesario un análisis comparado de los distintos espacios e instituciones que tienda a replantear y revalorizar las diferencias. Sobre todo porque la idea de un sistema de características industriales difumina los métodos empleados en cada caso. El enfoque de una institución total deja fuera el importante grado de incertidumbre al que fue sometido durante años la población penal en España. Caos o estrategia calculada, el hambre, la enfermedad y una variada gama de formas de deshumanización y humillación diezmaron una población muy expuesta al más mínimo cambio. Los traslados, las familias, y todo lo que podía constituir una realidad circundante a los presidios, también se queda a las puertas de un enfoque exclusivo de la represión exclusivamente en términos políticos.

## 2. LA GUERRA Y LAS PRISIONES HABILITADAS

Estaba previsto que el mismo 18 de julio de 1936 fuese presentado públicamente el proyecto de reforma de prisiones en Madrid. Se había diseñado una profunda reordenación de todo el sistema penitenciario, pero con las primeras noticias de la sublevación militar todo se detuvo. La remodelación quedó en suspenso y a medida que la guerra se hacía cada vez más larga, las cárceles entraban en una terrible situación de la que tardarían mucho tiempo en salir. Ciudades donde la sublevación

militar había triunfado como Burgos, Segovia, Zaragoza, Pamplona, Sevilla o el Puerto de Santa María, concentraban un número importante de presos comunes que muy pronto se vieron desplazados por los primeros detenidos políticos. En núcleos urbanos como Madrid, Barcelona, Valencia y Bilbao no triunfó el golpe, pero las prisiones empezaron a llenarse también de nuevos «presos preventivos y detenidos gubernativos», muchos de los cuales terminarían siendo el blanco predilecto de la «justicia revolucionaria».

La guerra lo iba a engullir todo y la prisión iba a ser un testigo de excepción. Nacía una nueva forma de prisión que podría denominarse «habilitada», ya que la situación de absoluto desbordamiento se iba a prolongar mucho más allá de la guerra. Toda la política y legislación criminal del régimen arranca de la experiencia de la guerra que definiría los cauces de la Nueva España. A medida que el Ejército Nacional aceleraba su avance, se extendía por toda la geografía una improvisada red de centros de detención para la que fueron utilizados todo tipo de edificios. Si la desamortización del siglo XIX había convertido conventos y monasterios en presidios, la guerra civil iba a traer una nueva necesidad de espacio para albergar enormes contingentes de presos y detenidos acumulados desde 1936. Castillos, cuarteles, ayuntamientos, conventos, y monasterios, pero también cines, fábricas, colegios, plazas de toros y campos de fútbol. Por otro lado, el sistema penitenciario moderno en España era el sueño de algunos ilustres penalistas, juristas y médicos, más que una realidad materialmente consolidada. Aunque recibió sus impulsos más fuertes durante la Restauración, la sustitución de los viejos presidios había dependido siempre de la penuria económica estatal que ahogaba los avances en materia legal y en los estudios científicos. Se había llegado al primer tercio del siglo XX con un sistema sustentado en cárceles de partido, cárceles provinciales y prisiones centrales a las que había que añadir los depósitos municipales, los centros correccionales y otros de tratamiento especial para menores y mujeres impulsados antes de la guerra de forma pionera pero francamente minoritarios. Esta estructura anquilosada y siempre pendiente de reforma, que sufrió una importante remodelación pero también fue importante elemento de disputa en el período republicano, fue rápidamente desbordada. Es cierto que nunca antes se había necesitado espacio para albergar a tantos presos. En las guerras carlistas, por ejemplo, se habían hecho prisioneros, muchos de los cuales murieron en trabajos forzados como la conducción de agua a Madrid desde Lozoya, pero nunca se acercaron a un fenómeno de encarcelamiento tan masivo.

Este imponente volumen de presos inauguró una nueva etapa de la historia de España que no puede entenderse sin volver la vista hacia el conflicto iniciado en 1936 y, sobre todo, sin entender la naturaleza del castigo que consideraron necesario imprimir los vencedores sobre los vencidos. El progresivo hundimiento de los frentes republicanos y la conquista de centros urbanos de primer orden, dejaba en manos de las autoridades militares una enorme cantidad de detenidos. Una semana después del golpe, la Junta de Burgos ya había iniciado la reorganización del territorio bajo su poder. La lectura del bando de guerra dejaba en suspenso las garantías, los plazos y las obligaciones de todo el orden jurídico republicano. Comienza entonces, a través de la Secretaría Técnica del Estado, a dictar disposiciones para ordenar este panorama en el que quería imponer su legalidad desde el principio, esto es, la ley marcial, celebrando como ordinario cualquier Consejo de Guerra, «*dada la necesidad de rapidez de la Justicia sumarísima*» (11). Al mismo tiempo, los líderes del Alzamiento, como ellos mismos lo definen, tratan de insistir en que la España nacional puede funcionar con normalidad frente al caos contra el que se han levantado. Ganar el campo del orden era un objetivo prioritario de su mensaje por el que dirigieron sus esfuerzos desde un comienzo a ofrecer un mundo de unidad y estabilidad frente a la fragmentación del poder en el campo republicano. Todo el esfuerzo jurídico en ordenar las prisiones, en realidad, sólo pasó por derogar las normas de la etapa republicana y restablecer el Reglamento de 1930 (12). Bajo esta apuntalada estructura quedaron suspendidos la inmensa mayoría de los «presos preventivos» que saturaron las cárceles y prisiones habilitadas desde entonces y hasta su paulatina desaparición a partir de 1946. La norma fundamental fue el Decreto de Redención de Penas por el Trabajo, de 7 de noviembre de 1938, que tenía su precedente en la Circular de 28 de mayo de 1937 «sobre trabajo remunerado de los prisioneros de guerra y presos por delitos comunes». Su espíritu de «labor regenerativa» en torno al trabajo fue seguido por las Colonias Penales Militarizadas, dependientes directamente de Presidencia de Gobierno (Ley de 8 de septiembre de 1939). Los Batallones de Soldados Trabajadores, Batallones Disciplinarios, Destacamentos Penales y Campos de Trabajo, ponían fin a una larga nómina de instituciones disciplinarias de posguerra que utilizaron como mano de obra a los prisioneros de guerra.

---

(11) Burgos 24 de julio de 1936. La Junta pasaba a «asumir todos los poderes del Estado». Decreto 79, *Boletín Oficial de la Junta de Defensa Nacional*, núm. 15, Burgos 4 de septiembre de 1936.

(12) Decreto 85, de 22 de noviembre de 1936.

La mayoría creados al margen del sistema penal para prisioneros que no habían sido condenados por delito alguno.

Para entender este fenómeno de las prisiones habilitadas hay que recordar que las prisiones existentes antes de la guerra se habían quedado obsoletas prácticamente desde el comienzo de la sublevación militar. El propio Amancio Tomé, director de la prisión madrileña de Porlier, dio las cifras de aquel impresionante desbordamiento humano. Los penales españoles estaban preparados para no más de 15.000 ó 20.000 presos en 1936 y en poco menos de tres años fue preciso disponer de locales para unos 300.000 (13). El Ministerio de Justicia daría cifras algo más bajas para el número de presos de 1940 en torno a los 270.000. Sus datos hacían referencia únicamente a las penas de reclusión con condenas firmes, pero no mencionaban todas aquellas prisiones irregulares o habilitadas por las que desfilaron miles de personas. Si a ello se añade la confusión entre prisioneros de guerra, detenidos políticos, en traslado y presos comunes, las posibilidades reales de conocer con exactitud el número de encarcelados en los primeros años de gobierno de Franco son ciertamente escasas. Una de las primeras órdenes que recibieron los directores de prisiones habilitadas al hacerse cargo de estos grandes contingentes penales era poner en marcha el expediente de cada preso, además de llevar un registro de contabilidad y mantener la disciplina. Pero como repitieron una y otra vez los mismos oficiales, aquello era imposible.

Hay varios ejemplos gráficos de estos momentos en los que la improvisación y la crueldad llegaron a competir descarnadamente por el control de las prisiones. Tras la conquista de Talavera de la Reina que había opuesto una fuerte resistencia al avance del ejército sublevado desde el sur, se habilitó una antigua cuadra que se dedicaba a ganado vacuno para «guardar a los rojos». La ventaja, según el comandante, estaba en que las pesebreras podían utilizarse como locutorios de comunicación con los familiares (14). La situación en las cárceles cercanas a las fronteras fue especialmente delicada desde un principio. En Irún se habilitó la Casa del Pueblo para 600 presos hasta que fueran llevados a San Sebastián otros tantos. En Jaca se utilizó como cárcel un edificio del siglo XIII. Tenía cuatro plantas pero sólo había agua en la primera. El invierno de 1938 la nieve amenazó con hundir el local atestado de presos, muchos de ellos extranjeros. Vitoria autorizó el alquiler de una casa particular «hasta descongestionar la del partido». Pero todavía en 1943 la Embajada Británica manifestaba

---

(13) TOMÉ, A., *Un testimonio que dice la verdad y unas lecciones que pueden ser aprovechadas para los funcionarios de prisiones*, Madrid, CIM, 1963, p. 15.

(14) Archivo General de la Administración AGA 41/11961.

que la prisión de Jaca «*es insuficiente para el número de detenidos, alimentación baja, suciedad grande, olor nauseabundo y todo género de insectos*» (15). En el verano de 1938 la situación general era ya caótica. Tras la caída de Bilbao en junio más 5.000 presos esperaban pasar a disposición judicial encerrados en el Colegio de Escolapios. Muy lejos de allí, en Málaga, el propio Gobernador Civil había calificado el trato de la prisión de «severo e inhumano», llamando la atención de que el local tenía capacidad para 800 hombres y se encontraban más de 3.000 (16). Cifras escalofriantes que se repiten en muchos centros provinciales como Albacete, que tenía capacidad para 200 personas y apiñó a 2.000, por lo que forzosamente muchos tenían que dormir en el patio. Los meses que siguieron al fin de la guerra no fueron precisamente tranquilos. Llevaron consigo un estallido brutal en el número de presos y detenidos de toda clase y condición. Significativamente, los últimos movimientos de tropas fueron seguidos por los primeros traslados importantes de presos, inaugurando una inquietante etapa sobre su destino final. Eran llevados de una prisión a otra, de norte a sur y de este a oeste de la geografía española, hacinados en trenes, sin comer, sin beber y sin saber nada de su destino.

Desde comienzos de 1939, las prisiones, muchas de ellas habilitadas ya durante la guerra por los republicanos, vivían en un caos delirante. Y lo peor estaba aún por llegar. Ciudades enteras seguían pendientes de pasar por las «habilitadas». El 4 de junio de 1939, en la prisión provincial de Jaén había encerrados 2.038 hombres y mujeres. La Comandancia Militar solicitó habilitar una prisión «*porque aquello podía estallar de un momento a otro*». La Iglesia fue la principal suministradora de edificios habilitados en prisiones, seguida del propio Ejército. Cuarteles pequeños como el de la Guardia Civil de Iznalloz en Granada soportaron una media diaria de más de 1.000 presos entre marzo de 1939 y noviembre de 1940, en que los presos fueron trasladados a Ceuta. La situación en Andalucía Oriental fue muy pronto semejante a la de una olla a presión. En la provincia de Jaén, tan sólo para aliviar los centros de detención de Andújar, se habilitaron dos prisiones, además del propio ayuntamiento y la prisión de partido de Úbeda. Los puertos levantinos asistieron a la apoteosis final de este fenómeno. Únicamente los presos que había desperdigados entre Valencia y Alicante triplicaban con creces la capacidad de todo el sistema penitenciario anterior a la guerra. Entre las prisiones de San Miguel de los Reyes, Liria y El Puig en Valencia,

---

(15) Ministerio de Exteriores a Dirección General de Prisiones. 10 de agosto de 1943. AGA 41/11955.

(16) AGA 41/11329.

Porta-Coeli y el Reformatorio de Adultos en Alicante, se distribuyeron los primeros clasificados del campo de concentración de Albufera. El seminario de Orihuela se habilitó para descongestionar el campo de Elche, saturado con más de 7.000 presos a la intemperie. Los libros de la cárcel Celular de Valencia muestran por esas fechas una espectacular subida de los registros de entrada. El 27 de octubre de 1939 señalan la existencia de 7.208 reclusos y a comienzos de diciembre ya han superado los 8.000, todos ellos hacinados en una antigua cárcel que no tenía más de 500 celdas (17). La situación llegó a tal extremo que la Dirección de Prisiones estudió la posibilidad de llevar presos a la Isla de Tabarca, pero finalmente dio marcha atrás, sobre todo porque la consideraba mal comunicada (a dos horas en barco desde Alicante), y no quería correr con el riesgo de convertir la isla en «un poblado de familiares» (18).

Barcelona y Madrid fueron las ciudades con mayor número de prisiones habilitadas. En Madrid funcionaron al menos 17 centros habilitados con más de 30.000 presos (19). Inicialmente se coordinaron en torno a Porlier, convertida en provincial, lugares como Cisne, Santa Rita, Comendadoras, Santa Engracia, Torrijos, Claudio Coello y San Isidro, todas ellas prisiones habilitadas de primera hora donde llegaban los detenidos, algunos agonizantes y «todavía pendientes de declarar». Posteriormente había que añadir campos de detención como el Miguel de Unamuno o el propio Chamartín y multitud de destacamentos penales que trabajaban en la zona de la sierra, sobre todo en torno al Valle de los Caídos y las obras del ferrocarril Madrid-Burgos. Las únicas prisiones en la capital que funcionaron como tal desde antes de la guerra fueron Yaserías y Ventas, prisión de mujeres inaugurada por Victoria Kent. Muchas de ellas fueron trasladadas a un convento de Aranjuez. Allí se juntaron a la altura de diciembre de 1939, más de 600 presas que tenían que hacer sus necesidades en cuatro retretes. La directora pidió que las trasladaran como fuera a un lugar con patio «porque se van a volver locas» (20). Del panorama penitenciario del Madrid de posguerra también sobresaldría Alcalá de Henares, con un penal de hombres y otro de mujeres. Contó con una población penitenciaria superior a 5.000 personas, albergadas dentro de la población, frente a un cuartel y en unos conventos utilizados como cárcel desde 1852. En Barcelona, la prisión celular o Modelo

---

(17) AGA 41/11952.

(18) AGA 41/11945.

(19) TOMÉ, A., *Pequeña historia de su vida profesional*, Madrid, Artes Gráficas Cio, 1960, p. 148.

(20) AGA Leg 41/11333.

fue la que más presos albergó en todo momento, sobre todo los considerados peligrosos. Para descongestionar la capital catalana se habilitó una prisión nueva en Manresa, y se utilizaron las viejas prisiones de partido de Vich, Villanova, Sabadell, Tarrasa y Mataró. Las escenas de Barcelona, como recordaba el cónsul británico, fueron realmente dantescas. «*Las prisiones de la ciudad están abarrotadas, se están llevando a cabo numerosos arrestos, pero no hay noticias de juicios, de las sentencias o ejecuciones*» (21).

La lista de prisiones habilitadas por todo el país es interminable. En 1942, en respuesta a un oficio del Ministerio de Trabajo sobre la necesidad de acometer obras en cárceles y edificios habilitados, la Dirección de Prisiones señaló que necesitaba brazos para 256 de ellas (22). Probablemente, nunca será posible conocer el número de gente que llegaron a albergar. Desde comienzos de 1941 comenzaron a subir notablemente los presos comunes, coincidiendo con una nueva oleada de detenidos políticos. El hambre y la desesperación económica juntaron a nuevos presos comunes, con presos de la guerra y multitud de nuevos detenidos a raíz de la legislación de seguridad de 1941, el año determinante en el colapso del sistema penitenciario. El reforzamiento de la legislación represiva de ese año (Ley de Seguridad del Estado y Ley de Represión para la Masonería y el Comunismo) propició la entrada de una nueva hornada de «presos preventivos» por delitos posteriores al 18 de julio. A ellos se unían muchos otros procedentes de la guerra que aún no habían sido juzgados y todos aquellos cuyos expedientes judiciales seguían bloqueados o pendientes de avales e informes.

Las condiciones higiénicas en aquellos espacios habilitados, sobresaturados y sin ventilación, llegaron a empeorar de tal manera que el riesgo de epidemias terminó por alertar a las propias autoridades civiles. En junio se daba la voz de alarma sobre un foco de infección en la prisión de mujeres de Almería, a consecuencia de que el pozo negro que estaba delante de la prisión «*está completamente lleno, saliendo los excrementos al exterior*». El techo de la prisión de mujeres de Alicante se lo llevó una tormenta y así pasaron varios días las presas a la intemperie. La Compañía de Jesús, propietaria del edificio, solicitó que los presos de la cárcel contigua arreglasen el tejado pero la Dirección de Prisiones se negó «por posibles inmoralidades». En julio, un funcionario declaraba «normal» la fuga de un recluso de la celular de Barcelona, ya que sólo se encontraban él y otro compa-

---

(21) Public Record Office, Foreign Office 371/24160, pp. 156-160. Report, 6-6-1939.

(22) AGA Leg 41/11955.

ñero para vigilar toda la cuarta galería compuesta de 1.670 presos (23). Esta situación, el aumento del gasto, la conflictividad y la incertidumbre del panorama exterior motivaron un cambio de rumbo en la política penitenciaria. Atendiendo exclusivamente a las memorias oficiales, el Estado se dedicó en cuerpo y alma a excarcelar presos. Según el Ministerio de Justicia, el 10 de abril de 1943, la «población reclusa oficial de España» era de 114.958 personas, 22.481 delincuentes comunes y 92.477 «reclusos como consecuencia de la revolución». Dos años más tarde, estas cifras se habían reducido casi a la mitad (24). La salida de presos se hizo inicialmente de una manera muy lenta y desordenada. Durante 1940 se decretaron cuatro indultos para penas leves. Al año siguiente, otro indulto alcanzó a algunos condenados a doce años, ampliado posteriormente a las penas de catorce años. A partir de entonces y motivados sobre todo por el desenlace inminente de la guerra mundial, se decretaron dos más amplios. Finalmente el 9 de octubre de 1945, se anunció a bombo y platillo un indulto total con el que oficialmente se daba por terminado el problema de los presos de la guerra (25).

Esta sería, en efecto, la versión oficial durante toda la dictadura. Pero lo cierto es que desde comienzos de la guerra existía un plan; un plan que dependía directamente del Cuartel del Generalísimo para normalizar la situación de los presos y detenidos. Al término de la guerra todos debían estar en las prisiones centrales, pero antes había que disolver las prisiones habilitadas, algo que no empieza a suceder hasta 1946. Tan sólo habían pasado once días del fin de la guerra cuando aparecieron las instrucciones generales para clasificar a la población detenida en campos y prisiones habilitadas. Entre estas cuatro letras quedaba decidido el destino de miles de personas.

A) Prisión. Aquellos con antecedentes, denuncias o bajo investigación por delitos de sangre. El jefe del campo los pondrá aparte y a disposición de la Auditoría de Guerra.

B) Permanecer en el campo para formar Batallones de Trabajadores. Aquellos con antecedentes desfavorables no constitutivos de delito.

---

(23) 41/11937.

(24) Memorias y Boletín de la Dirección General de Prisiones de enero de 1940, julio de 1943 y diciembre de 1945. *Breve resumen de la obra del Ministerio de Justicia para la pacificación espiritual de España*. Madrid, Ministerio de Justicia, 1946.

(25) Orden de 9 junio de 1940, concediendo a los condenados en Jurisdicción Castrense a penas inferiores a doce años y un día indulto total delitos de rebelión militar contra la seguridad del Estado y el orden público cometidos hasta el 1-4-1939.

C) Permiso Provisional. Mayores de treinta y dos años sin antecedentes.

D) Libertad Provisional. Menores de treinta y dos años sin antecedentes (26).

Este tipo de letras tendrían una utilidad trascendental ya que servirían para la clasificación posterior de los presos y detenidos políticos. A comienzos de 1940, los grupos quedaron reducidos a tres: *afectos, indiferentes y desafectos*. En caso de poseer esta última condición «se expresará públicamente y en las tarjetas de depuración con una D» (27). Todo ello fue sistemáticamente incorporado a los informes policiales, de Falange y en todo certificado o aval de conducta que fuera expedido sobre la legión de evacuados y detenidos que, siguiendo la propaganda sobre la Justicia de Franco, se presentaban a las nuevas autoridades o se dirigían a los lugares en los que habían residido hasta el 18 de julio de 1936. Formó parte de la cultura represiva del nuevo Estado, que volverá una y otra vez a la guerra (y a la amenaza de una nueva guerra) como fuente de legitimación y primera y última razón de ser.

En octubre de 1940, un informe de los directores de prisiones cifraba en 8.169 los reclusos para los que el fiscal había pedido la pena de muerte (28). A esta altura de posguerra, el impacto directo de la represión sobre una población desmoralizada y desnutrida es ya imposible de medir. Las cárceles, especialmente los lugares habilitados y centros de detención gubernativa, fueron focos constantes de muerte y violencia. Una situación prologada varios años por la brutalidad y el hacinamiento total, ante la indiferencia y la lentitud en la política de excarcelación. Bajo el amparo de las funciones judiciales o de investigación, durante los meses posteriores a la guerra, se desató una importante represión sobre las prisiones habilitadas. La violencia sobre los detenidos podía desatarse desde cualquier punto y lo realmente difícil era que alguien se decidiera a ponerle freno. Las denuncias de vecinos e incluso familiares promovieron un especial ajuste de cuentas a nivel local. El rencor, las posibilidades de aprovechamiento económico y el hostigamiento de los nuevos poderes municipales para que se produjeran delaciones y se presentaran denuncias, favoreció un clímax de ajusticiamiento que en las cárceles alcanzó la categoría de auténtico castigo colectivo. En Cuenca,

---

(26) *Instrucciones Asesoría Jurídica del Cuartel del Generalísimo de 12 abril de 1939 sobre clasificación de prisioneros*. Archivo Presidencia del Gobierno. Junta Técnica del Estado Leg 13, núm. 2.

(27) El Coronel Inspector Luis de M. Pinillos. *El Director General de Servicios Fernando Moreno. Normas para clasificación dadas por la Inspección Central de Campos de Concentración* de 15 de enero de 1940.. AP.G. JTE Leg 13 núm. 2.

(28) APG, Junta Técnica del Estado. Leg 20, núm. 22.

por ejemplo, una denuncia señaló que en la cercana población de Huete los rojos habían escondido gran cantidad de armas. Acto seguido, en septiembre de 1939 se presentó una bandera de Falange en el monasterio de Uclés, que funcionaba como cárcel habilitada de la zona. Justo al lado ocuparon también un local como juzgado por el que debían pasar a diario todos los presos a declarar, hasta que, en palabras del director del centro «*se les fue la mano*» (29).

Meses antes, el 10 de mayo de 1939, Luis Martín Pinillos, jefe de la Inspección Central de Campos, había prohibido que el Servicio de Información de Falange entrara en las prisiones y recintos habilitados para tomar declaraciones a los presos. El Vicepresidente de la Delegación Nacional de Información e Investigación de FET y de las JONS, Juan Fanjul, le remitió una airada contestación desde Burgos en la que aportaba los datos prestados por su servicio hasta finales de 1938. Estos eran 33.088 informes a las Comisiones Clasificadoras, 52.377 declaraciones y 11.600 avales (30). Y aún quedaba por contabilizar su obra en lugares como Madrid, Barcelona y Valencia. Se inició así una larga relación entre los servicios de información y las prisiones, ya que seguirían buscando en ellas a sus víctimas predilectas durante mucho tiempo. Se calcula que entre 1939 y 1944 unas 140.000 personas fueron ejecutadas o murieron en prisión (31). La causa fundamental, fue la combinación de las ejecuciones legales, tras un Consejo de Guerra rápido, y las extra-legales, fundamentalmente en las sacas y paseos. Pero resulta muy difícil separar las ejecuciones de las muertes de presos por «causas naturales», ya que el hambre, las enfermedades y las condiciones de trabajo hicieron verdaderos estragos entre la población penitenciaria. El mismo jefe de la prisión de partido de Almadén, en Ciudad Real, se quejó a los mandos de la dureza de los trabajos, ya que los penados eran conducidos a la mina a las cinco de la mañana y no regresaban hasta las nueve de la noche, por lo que «*existen momentos que humanamente no les es posible seguir de pie*» (32).

La víspera de la celebración del Alzamiento, el director de prisiones Máximo Cuervo dirigía esta nota a los encargados de la asistencia religiosa a los que iban a ser ejecutados.

*Siendo una de las principales obligaciones de los capellanes la asistencia a los reclusos que están en capilla y concurriendo en este*

---

(29) AGA 41/14306.

(30) AGA Gobernación. Caja 14.017.

(31) PRESTON, P., «Las víctimas del franquismo y los historiadores», en E, Silva, P, Salvador, P, A, Esteban, y J, Castán, J. (eds.), *La memoria de los olvidados: un debate sobre el silencio de la represión franquista*. Valladolid, Ámbito, 2004, pp. 13-24.

(32) AGA 41/11933.

*servicio las circunstancias de grandísimo mérito delante de Dios pero también de grande dificultad y trabajo por el número de penados y frecuencia de las ejecuciones es forzoso establecer un turno riguroso para que no que quede desatendido* (33).

La pena de muerte fue restablecida en el Código Penal, apenas para complementar algún resquicio de la omnipresente jurisdicción militar. Los fusilamientos interrumpían la vida cotidiana unos días pero después se volvía a la normalidad. Desde la Dirección de Prisiones se hizo especial énfasis en abortar cualquier tipo de protesta posterior a las ejecuciones. A veces eran seguidas por motines o plantes de silencio que desconcertaban a los funcionarios. En la prisión de Huesca, el mismo capellán lo consideraba algo normal dado el estado psicológico de los reclusos y pedía que no se tomaran represalias (34). El propio Amancio Tomé, el director de Porlier, reconoció que uno de los problemas que tuvo que atender en aquel centro de aluvi6n, fue *«la atención de los funcionarios en aquellos momentos duros en que tenían que intervenir para que la Justicia se cumpliera con las penas de más de rigor»*. Lo mencionó, eso sí, como la cuarta de sus prioridades al encargarse del centro, detrás de alojamiento, sanidad y alimentación de aquella marea humana (35).

### 3. LA POLÍTICA DE EXCARCELACIÓN

A partir de 1942, el cambio de rumbo en la guerra mundial, los casos de corrupción y el colapso general del año anterior, agilizaron la ampliación de las salidas de presos que coincidieron con el cese de Máximo Cuervo. Sin embargo, la vida de miles de personas seguía sepultada en la maraña burocrática de leyes y disposiciones, ante la inercia de muchos responsables que simplemente no las entendían o se negaban a cumplirlas. Así, muchas personas condenadas por delitos leves cumplieron íntegramente sus penas, mientras que muchas otras condenadas a muerte quedaron en libertad con cierta rapidez. La calidad del imputado, su posición y la de su familia en los anclajes del nuevo estado, fueron la única garantía en aquel sistema penal. La

---

(33) AGA 41/14306

(34) AGA 41/11306

(35) TOMÉ, A., *Un testimonio que dice la verdad*, *Op. cit.*, p. 15. El párrafo continúa. En no pocas veces, los consejos, las reflexiones y hasta las lágrimas de algún funcionario que procuraba ocultarlas tapándose la cara, fueron la causa de que no pocos reclusos pudieran morir arrepentidos.

libertad podía comprarse dentro de la cárcel como otro producto más. Con dinero se expedían avales, certificados, informes, y recomendaciones. Nada difícil, por otra parte, en una sociedad forzada de nuevo a acreditar su limpieza de sangre. En marzo de 1940 fueron expedientados dos funcionarios de la prisión habilitada de Santa Rita, en Madrid «que a cambio de dinero a las mujeres de los presos les ofrecían buenos destinos». Dos años después, en noviembre de 1942 fue expulsado uno de ellos «*por cobrar propuestas de libertad condicional en metálico*» (36).

Muchas veces las propias órdenes de libertad eran ignoradas por la policía o los servicios de información que los volvían a detener. A finales de 1940, el Capitán General de la Primera Región escribió al Ministro del Ejército para trasladarle «*el caso frecuentísimo de personas que fueron puestas en libertad sean nuevamente detenidas por agentes de FET y de las JONS que actúan movidos por denuncias que en la mayoría de los casos comprenden los mismos hechos por los que fueron ya juzgadas*» (37).

La comisión de examen de penas, la libertad condicional y la redención de penas por el trabajo, nacieron con la intención de abordar «la magnitud de la criminal revolución roja». De instrumentos excepcionales del período bélico se fueron «normalizando» y terminaron instalándose en el ordenamiento legal junto a leyes ordinarias. De este modo, el discurso de la guerra siguió vivo en el mundo de Justicia durante mucho tiempo y no sólo por la naturaleza del delito. Era tal el caos burocrático que a veces se computaba la redención de penas o se concedía la libertad condicional a presos que ya habían sido ejecutados. Mientras los expedientes se demoraban eternamente, los reclusos morían sobre todo de enfermedades crónicas, pulmonares, intestinales, nefritis o avitaminosis, agravadas por el hacinamiento, el hambre y la indiferencia absoluta. Los casos de Julián Besteiro o Miguel Hernández, son los ejemplos más conocidos de dejar morir en prisión a personalidades incómodas para el régimen, que quería evitar así la condena y la posible repercusión internacional. Pero la mayor parte de los casos no salieron nunca al exterior. Fueron miles los que murieron literalmente de asco, llevados a los límites de la supervivencia humana. Así, la memoria médica de 1940 de la prisión de Orduña, a la que habían sido trasladados parte de los presos del campo de concentración de Castuera en Badajoz llamaba la atención sobre el considerable número de defunciones. Consideraba viejos

---

(36) AGA Leg 41/11955

(37) APG. Ministerio del Ejército, Asesoría y Justicia, 2/1/1941. JTE, leg 15, núm. 1.

prematurados a más del 50 por 100 de los reclusos que procedían de zona roja, por su estado de desnutrición y fatiga extrema. Al menos 150 habían fallecido durante el traslado y casi un 70 por 100 tenía sarna y otras infecciones que « *fueron creando un campo abonado para el desarrollo de las enfermedades*» (38). La dependencia de un sistema judicial tan sobresaturado e imprevisible fue otro de los aspectos que más prolongaron aquella situación de agonía.

El 8 de mayo de 1940, Máximo Cuervo escribió una nota a Franco informándole del «excesivo número de presos» que había en las prisiones. Según sus cifras habría 103.000 reclusos condenados después de haberse fallado unos 4.000 casos de condena y sin tener en cuenta la absolucón. Ante ese volumen calculaba que se necesitarían unos tres años para dictar sentencias de todos los detenidos, siempre y cuando no hubiese más denuncias (39). El 25 de julio de 1940, el General Varela había firmado la orden para que las penas de seis años pasasen a libertad condicional. En teoría se decidía así la excarcelación de los presos menos peligrosos, pero llevarlo a cabo fue mucho más complejo (40). En parte porque muchos seguían sin sentencia, pero sobre todo porque las instituciones que lo gestionaban no dependían de los juzgados militares y exigían nuevos informes o abrían otros procedimientos nuevos, hasta el punto que llegó a ordenarse que las comisiones solamente se limitasen al estudio de los hechos que ya se consideraban probados «y nunca a valorar pruebas o avales», que seguían llegando sin cesar (41). Pero desde un principio los problemas de descoordinación fueron evidentes. El 19 de julio de 1940, la Auditoría de Guerra de Bilbao comunicaba a la prisión de Larrinaga que había propuesto la conmutación de la pena al recluso Pedro San Martín. El director del centro preguntó si podía salir en prisión atenuada a su domicilio ya que tenía además 276 días por redención de penas por el trabajo. Pero nunca recibió respuesta. Meses más tarde, cuando ya se había fallecido por tuberculosis llegó la conformación del Patronato (42). En el caso de Miguel Reyes, la

---

(38) AGA 41/11931.

(39) *Documentos inéditos para la Historia del Generalísimo Franco*. Madrid, Fundación Nacional Francisco Franco, 1983. Tomo II-1, pp. 176 y 177.

(40) AGA 36/13980 Informes del Ministerio del Ejército. También se aprueba. 1) «que los beneficios del examen de penas serán aplicables a los hechos que guarden relación con la rebelión marxista aunque los tribunales al calificarlos los hayan considerado delitos de negligencia. 2) La conmutación de la pena capital no será extensiva a las accesorias»

(41) Circular de Presidencia de Gobierno de 26 de enero de 1940.

(42) Auditoría de Guerra de Bilbao. Mandamiento 3883 de 19 de julio de 1940. AGA 36/14016.

misma nota tardó cuatro años en llegar. Médico de profesión recluido en el Reformatorio de Adultos de Ocaña, llevaba prestando sus servicios en la enfermería desde el final de la guerra, pero no le fueron abonados los beneficios de redención hasta finales de 1944 «por estar en situación de preventivo o de condenado a muerte» ya que desconocían su situación al haber perdido la copia de su sentencia (43). En poco tiempo se creó una red de instituciones, patronatos y centros asistenciales que reproducían la estructura del Movimiento pero que la completaban en algunos aspectos. Las élites locales adquirieron en ella un enorme poder al decidir sobre el destino del preso, desde la manutención de su familia a la fijación de su residencia. El 25 de enero de 1940 se aprobaba la orden para organizar una Comisión de Examen de Penas en cada provincia. Si ésta decidía rebajar la pena inicial se lo comunicaba a la prisión. Entonces la Junta de Disciplina del centro emitía un informe sobre si debía acceder a la libertad condicional o no. Si se iniciaba por fin el expediente era necesario el visto bueno de la Junta Local del pueblo natal del interesado que podía denegarlo «para no avivar rencores». La denegación se repitió tantas veces que la Dirección de Prisiones tuvo que proponer que las negativas se permutaran por destierros a 250 kilómetros de la localidad natal (44).

El Patronato de Redención de Penas por el Trabajo emergió como la gran institución de los presos de posguerra. Presidido honoríficamente por Carmen Polo, mantuvo siempre una apariencia benéfica pero sus funciones fueron mucho más allá de una mera gestión asistencial. No en vano gestionaba los dos grandes atributos del perdón después de la guerra: la libertad condicional y la redención de penas. Su órgano de dirección estaba compuesto por vocales eclesiásticos, militares y técnicos de todas las familias del régimen. Como una muestra del enorme poder y autonomía que llegó a acumular puede citarse el acta de su sesión del 15 de julio de 1944, en la que llegó a aprobar 2.002 libertades condicionales en un sólo día (45). Junto a este entramado institucional uno de los elementos que más destacaron en unas prisiones marcadas siempre por la guerra civil, fue la entrada masiva de excombatientes como funcionarios. Como en otros empleos públicos para el acceso al cuerpo de prisiones se puntuaba el haber sido víctima de persecución política, directa o a través de los familiares. Eso favoreció un tipo de declaraciones, auspiciadas aún más por la retórica falangista, de vocación de servicio contra el enemigo

---

(43) AGA 36/13980.

(44) Orden de 16 de diciembre de 1940.

(45) AGA Leg 36/13980.

común. Junto a los días de combate y destinos militares era frecuente encontrar su éxito en la reducción de presos peligrosos. Como la comisión de servicios de Augusto de Vega, de la Celular de Barcelona, que desempeñó al comienzo de la guerra alojando en la vieja prisión de Burgos a dos centenares de comunistas y anarquistas procedentes de Zaragoza, por lo que recibió la medalla al mérito extraordinario (46). Un oficial de la prisión de Mérida, Juan Ricardo Castaño, declaró como mérito que al día siguiente de la toma de Badajoz cogió un fusil como falangista y se dedicó a recorrer los pueblos con fuerzas del Ejército. Después fue destinado al campo de concentración de Badajoz y a su desaparición fue mandado a la cárcel de Mérida, donde volvió a reencontrarse con muchos de sus compañeros. En Madrid, el encargado de la ventanilla y de recibir los paquetes de los familiares de los presos en la prisión habilitada de Santa Rita era funcionario de prisiones desde el 1 de mayo de 1939 y militante de Falange Española desde 1933.

Éste fue el perfil general que durante mucho tiempo predominaría en prisiones. Una circunstancia básica para entender los métodos que se utilizaron a lo largo de los años 40 para «*guardar la distancia entre el que manda y el que obedece*» prevista en las funciones del buen director. El reglamento autorizaba el uso de la fuerza sólo en defensa propia ya que debían tener «el carácter de medidas de coacción o de reacción necesarias del funcionario contra ataques del recluso» (47). El castigo seguía envuelto en el uso de la fuerza desmedida y la brutalidad aprendidas en la guerra. Por otro lado, el discurso oficial sobre las penas justificaba el castigo como una forma de penitencia por el tipo de delito que habían cometido. Una fuerte carga expiatoria que convirtió a los presos en víctimas de todo tipo de malos tratos, castigos físicos y humillaciones públicas, concebidas como formas de mantener la disciplina y facilitar su conversión. La cuestión de los malos tratos y del castigo posee una variante muy significativa de la realidad de las cárceles de aquellos años, mezcla de improvisación por un lado y de exhaustiva reglamentación por otro. Cualquier cosa podía desencadenar la reacción de los guardias o de cualquier mando o persona con influencia de la prisión. El 31 de marzo de 1941 Lorenzo García-Patrón, preso en Aranjuez, escribió a su familia pidiendo que no le enviaran más paquetes «porque había muchos cabrones que lo robaban todo». Al día siguiente tuvo que ser trasladado a Yeserías y

---

(46) AGA Leg 41/17335.

(47) Más tarde se prohibía «toda clase de malos tratos, con excepción de la fuerza estrictamente necesaria para hacer entrar en el orden a los que se muestren rebeldes». Reglamento Penitenciario de 1948. Art 170.

operado de urgencia por lesiones en los genitales. Más directo si cabe fue el guardia que disparó a dos reclusos en Porlier porque estaban sentados en una ventana y pensó que podían fugarse. El que sobrevivió alegó que estaban fumando un pitillo además de asegurar que no querían fugarse «y estaban en calzoncillos para irse a dormir» (48).

Junto a este recurso a la fuerza imprevisible se regularon oficialmente los castigos y la escala de sanciones internas. El Patronato Central de Redención de Penas dejaba al arbitrio de la Junta de Disciplina del centro, las sanciones a imponer por contravenir el reglamento, pero fijó algunas medidas disciplinarias para aplicar en todas las cárceles por igual. Por ejemplo, por fingir enfermedad se estipuló dos meses de celda de castigo y suspensión de todos los beneficios. Por hablar mal del régimen se suspendía la redención durante tres meses y se destinaba al preso a «servicios mecánicos». Por ser «invertido» un mes en celda de aislamiento y traslado a Burgos; por intento de fuga era inminente el traslado al penal de Chinchilla, famoso por la dureza de sus condiciones. También estaba previsto un mes de castigo por pelearse o insultar. El Patronato autorizó la vuelta al uso de grilletes para los que se intentaban fugar o los muy peligrosos, siempre en casos excepcionales», y así estuvo un brigadista italiano más de un año en Talavera hasta que fue ejecutado (49). Igualmente, retomó los procedimientos de castigo alterno, esto es las penas a base de pan y agua, o de turnos de trabajo de noche y de día. Pero era la Junta de Disciplina de cada prisión la que debía considerar el grado y la conveniencia del momento para dar ejemplaridad. En las «prisiones al aire libre», como se definían las colonias y los destacamentos penales, los castigos por las infracciones consistían en devolverlos a prisiones cerradas. El verano de 1944 seis presos de la brigada de trabajadores de Toledo fueron destinados a la cárcel de Badajoz por «resistencia pasiva al trabajo», y a Porlier fueron conducidos dos presos de Cuelgamuros que sostenían relaciones amorosas «ilícitas» con vecinas de un caserío próximo (50).

Los efectos de este sistema se sintieron día a día en prisión, pero se prolongaron años para los sometidos a los beneficios de la redención de penas, prisión atenuada y libertad condicional. Una realidad que marcó todo la evolución posterior e influyó decisivamente en la

---

(48) AGA 41/11934.

(49) AGA 44/11961.

(50) AGA 41/11333. El castigo por sacar correspondencia clandestina se dejaba al arbitrio de la Junta de Disciplina del centro. También estaba previsto que fueran a prisiones de castigo los que mintieran en los datos personales y en las fichas de trabajo.

política de excarcelación y de indultos. La avalancha inicial de presos marcó una vida cotidiana lastrada por todo tipo de penurias y maltratos. El trato inhumano hacia ellos estaba ya presente en la guerra pero creció de forma desmedida al instalarse en estos espacios habilitados. La idea de expiación del castigo que será tratada a continuación, contribuyó en gran medida a deshumanizar y a estigmatizar el mundo de los condenados por la guerra civil, porque todas las voces que solicitaron el fin de esa situación fueron desatendidas y hasta llegaron a ser consideradas sospechosas.

#### 4. EVOLUCIÓN DEL DISCURSO PENAL

El discurso oficial de las penas del primer franquismo fue reelaborado por una minoría procedente de la intelectualidad del régimen y en particular de los propagandistas católicos, un «grupo de hombres selectos», que ocuparían gran parte de los puestos de poder de la posguerra. En muy poco tiempo y utilizando como base el modelo de Acción Católica lograron proyectar un sistema de apariencia legal que fue capaz de poner en marcha «la recristianización de los separados, de los vencidos». Antes de que hubiese terminado la guerra, la redención de penas por el trabajo se había asentado como epicentro de la Justicia de la Nueva España, a través de dos soportes: la doctrina de la Iglesia y la exaltación nacionalista en torno a la figura del Caudillo. Pero lo realmente novedoso de todas las instituciones que surgieron dentro de este sistema, muchas de ellas con amplia experiencia en el campo penitenciario desde el siglo XIX, fue su firme eliminación de todos los objetivos correccionales y regeneradores de las penas, negando desde un principio la posibilidad de integración de los que consideraban delincuentes. No podía ser de otro modo ya que la mayoría de los elementos ideológicos que procedían de la guerra se mantuvieron durante muchos años inalterables. A pesar de que en materia de política criminal se produjera una evolución evidente acorde con la situación política del régimen sobre todo a partir de 1944 con la caída del poder alemán, las llamas de la guerra siguieron avivadas durante mucho tiempo para exigir el cumplimiento de una penas duras a un enemigo interior caracterizado siempre como un criminal en potencia.

El pasado era invocado para guiar un castigo que fuera capaz de restaurar el orden social, moral y jurídico tradicional. Entre estos y otros aspectos teológicos que el integrismo católico ofreció para dar cobertura ideológica a la dictadura quedó legitimado el castigo. Gracias a la redención, unas penas que eran impuestas con extrema dureza

por los Consejos de Guerra se integraban en el objetivo de recristianización de España. Sus protagonistas y creadores intelectuales no eran muy diferentes de otros miembros del aparato de la Justicia franquista, aunque poseían algunos rasgos muy marcados y diferenciadores (51). Muchos compartieron puestos de gobierno con Primo de Rivera y la República, Acción Española, Comunión Tradicionalista o ejercicios espirituales en Loyola, en particular, los miembros eclesiásticos y los militares. Sólo había una organización en la España de entonces capaz de mantener unidos ambos mundos: la ACNP. La Asociación Católica Nacional de Propagandistas, fundada por el jesuita Padre Ayala, aportó no sólo un cuerpo jurídico, legal y político sobresaliente en el erial intelectual franquista sino que además incorporó su modelo de empresa propagandística y de comunicación de masas que habían puesto en marcha años atrás Herrera Oria y la Acción Católica. Desde comienzos de la guerra, aportaron la utilización del pensamiento y la doctrina pontificia y desde un principio se consagraron frenar la deriva totalitaria del régimen por la excesiva influencia de Falange. Para ello poseían dos experiencias muy concretas, Dictadura y República, y de hecho mantenían activos parte de los equipos que habían protagonizado su existencia durante ambos períodos y que habían trabajado en los respectivos gobiernos.

El elemento doctrinal fundamental para entender la reelaboración de la teoría penal fue la encíclica de Pío XI *Divini Redemptoris*, una encíclica de guerra con la chocaron una y otra vez todos los sectores favorables a atenuar las penas. A través de ella, la redención se presentó como el elemento central para salvar España y luchar contra todo lo que pretendía derrumbar radicalmente el orden social y socavar los fundamentos mismos de la civilización cristiana. El atributo esencial del nuevo sistema penitenciario español sería por tanto un elemento de la doctrina tradicional de la Iglesia, con una vocación de combate contra el comunismo y el materialismo ateo, pero al mismo sería una «intuición genial del Caudillo». Las dos ciudades, los dos poderes, se disputaron la ordenación de este mundo proyectado a su imagen y semejanza como había expresado nítidamente el Obispo de Salamanca Pla y Deniel en su pastoral *El triunfo de la ciudad de Dios y la resurrección de España* de 25 de mayo de 1939 (52). Domínguez

---

(51) MONTERO, M., *La Asociación Católica Nacional de Propagandistas a través de su Boletín (1936-1945)*. Tesis Doctoral, Universidad de Navarra, 1991. GONZÁLEZ CUEVAS, P., *Acción Española. Teología, política y nacionalismo autoritario en España (1918-1936)*, Madrid, Tecnos, 1998.

(52) «Las masas extraviadas necesitan una rigurosa asepsia de doctrinas corruptoras y la disciplina del orden; que les haga partícipes de los beneficios de una

Arévalo, Conde de Rodezno, un propagandista que sería pieza clave en la unificación carlista, firmaría los primeros decretos para ordenar el mundo penal en la zona sublevada y las primeras instituciones «asistenciales», como las juntas locales, formadas por el alcalde, el párroco y otro vocal femenino «*entre los elementos mas caritativos y celosos de la localidad*» que debían velar para que se entregara el jornal a las familias de los presos (53). Sin embargo, sería Esteban Bilbao el encargado de dirigir las «operaciones» una vez terminada la contienda para sistematizar la articulación total de la Justicia en la Nueva España. Procedente también de la familia carlista, Bilbao cerró el primer congreso de ejercicios espirituales celebrado en Barcelona, en mayo de 1941, bajo un impresionante aparato ceremonial de más de 100.000 personas (54).

Pero esta etapa no puede entenderse sin una de sus figuras clave: el general Máximo Cuervo Radigales. Director General de Prisiones desde mediados de la guerra hasta 1942, fue el mejor exponente de la primera fase de reorganización de las prisiones habilitadas. Su peso intelectual también se dejó notar dentro de la ACNP, en la que pertenecía desde joven y en la que había realizado importantes aportaciones. A comienzos de los años 30 había comentado junto a Alberto Martín Artajo las encíclicas de León XIII, en *Doctrina Social Cristiana*. Posteriormente, ocupó las más altas instancias de la judicatura de posguerra, del Consejo Supremo de Justicia Militar a la Jurisdicción Especial de Menores. Su planteamiento sobre la ordenación de las penas es la pieza clave para comprender el discurso que se impuso en los primeros años 40. En un ambiente en el que ya se oían algunas voces contra la situación que se vivía en prisiones, se reunieron las máximas autoridades de Justicia, el 28 de octubre de 1940 en la Facultad de Derecho de Madrid. Allí pronunció un discurso que tituló expresamente *Fundamentos del Nuevo Sistema Penitenciario Español* (55). Anunció que los vencidos podían ser recuperados para la patria, pero a cambio debían cumplir un castigo digno y justo. Digno como correspondía al Derecho Natural y justo porque emanaba directamente del Derecho Divino.

---

*justicia social; que se les reconquiste con efusiones de amor, de amor a los ministros de Cristo*» PLA Y DENIEL, E., *El triunfo de la Ciudad de Dios y la resurrección de España*, Bilbao, El Mensajero del Corazón de Jesús, 1939.

(53) Decreto de 7 de octubre de 1938 que complementa el 263 sobre Redención de Penas por el Trabajo.

(54) URBINA, F., «Formas de vida de la Iglesia», *Ecclesia* 10 de mayo de 1941, p. 24.

(55) CUERVO, M., *Fundamentos del Nuevo Sistema Penitenciario Español*. Universidad Central, Conferencia pronunciada el 28 de octubre de 1940.

El discurso de Cuervo fue una auténtica reafirmación de la línea dura. Para ello rememoró el pasado imperial y la reconquista (las Leyes de Indias, el Concilio de Trento...), dando paso a un modelo «genuino y español», forzado por el aislamiento internacional y la autarquía que marcaría toda la cultura penal posterior, por lo demás, fuertemente impregnada de elementos del catolicismo tradicional y de exaltación patriótica como correspondía a este período de arranque del nacionalcatolicismo. Pero, con independencia de la retórica y los formalismos, fueron estas «reminiscencias sagradas» las que dejaron sentadas las bases de las políticas represivas del régimen, ya que de ellas emanaba «el derecho a la punición». Ésa sería la respuesta ante cualquier acto de desafío o rebelión. Para reforzar la dureza del castigo y acallar las voces del exterior que clamaban contra los excesos había que desmontar la base correccional que hasta la guerra había sido la ideología dominante en la Justicia española. Era blanda y como todo producto decimonónico era decadente, liberal y nefasta por su vinculación a la pedagogía ilustrada «materialista y sin fe». Se necesitaba un nuevo edificio construido sobre los viejos pilares de la teología española. Con ello se reorientaba la función del castigo, que monopolizaba el Nuevo Estado, hacia unos principios patrióticos «eternos», donde no cabía la suavización de la pena porque atentaba directamente contra el orden establecido (56).

Esta vinculación a lo sagrado bajo una apariencia de Contrarreforma legal, tuvo dos consecuencias más en la configuración de las penas y en las medidas de seguridad que las acompañaban. La prevención, como medio de defensa social, y la reparación, como medio de retribución o de «restablecer el equilibrio perdido». La represión, en definitiva, era justa porque defendía a la sociedad, como medio de prevención del desorden social y como medio de reparación del daño causado. La guerra siguió estando siempre muy presente y se tradujo en la negación de cualquier posibilidad de mejora o suavización en la fijación de las condenas. El pensamiento tradicionalista, con Balmes y Donoso Cortés a la cabeza, arrancaba de una profunda desconfianza hacia la posibilidad de mejora de los hombres, sobre todo de aquellos que se habían alejado de Dios. El correccionalismo dejaba impune el delito y *«quedaba así monstruosamente subvertido el orden natural de las cosas»*, por eso el castigo era necesario para salvar la nueva

---

(56) «El imperio universal de Cristo nos muestra que, en los seres privados de libertad, el orden se realiza y mantiene por leyes necesarias. Para el mantenimiento del orden moral en la vida social se nos presentan como absolutamente necesarios el premio y el castigo, y cuando el ser libre infringe el orden social, la pena impuesta al culpable es una compensación al desorden», *ibidem*, p. 3.

sociedad que estaban sacando del caos. El punto de unión de la teología con la política se concentra en una última idea esencial: la Iglesia, vicaria de Dios en la Tierra. La Iglesia debía guiar al gobernante en su auténtica labor de rescate. Cuervo introdujo aquí el elemento fundamental de los propagandistas católicos: lograr el arrepentimiento a través de la Acción Católica en prisiones. A través de un doble rescate, espiritual y físico, aparecerá como un derecho al trabajo en la guerra que se transformará en un deber en plena autarquía. De esta manera, la pena conservaría su *fin afflictivo* ya que el trabajo se realiza en reclusión, y un *fin social reparativo*, pues el preso trabaja para sí mismo y para la sociedad.

Ésta sería la base de todo el sistema de redención de penas que alcanza su auge en los primeros años 40 para acto seguido incorporarse a la legislación ordinaria. Un discurso que no sufriría modificaciones hasta el relevo ministerial, pero en marzo de 1943 la cartera de Justicia pasó a ser ocupada por Eduardo Aunós quien también había formado parte de la Asamblea Nacional de Primo de Rivera, en concreto al mando del Ministerio de Trabajo, donde puso en práctica algunos ensayos del modelo corporativo italiano. El paralelismo entre ambas etapas fue evidente para el propio Aunós, destacado miembro de la burguesía catalana y una de las pocas voces autorizadas del pensamiento económico durante la posguerra. Desde comienzos de la guerra decidió dedicarse a la represión del movimiento revolucionario, represión que debía ser, a la vez, «justa» y «humanitaria» (57). La idea de humanizar el castigo fue el cambio fundamental que se introdujo en el discurso oficial a partir de 1943. Eduardo Aunós jugó un papel fundamental en este proceso al matizar la fórmula del dolor por el dolor de la represión inicial y avanzó hacia un castigo que seguía siendo «un mal para el que la sufre», pero sin llegar a ser una «venganza». Con él se dieron los primeros pasos para dotar a la redención de la apariencia propia de un sistema penal y, lo más importante, de un verdadero régimen de reducción de penas. Para ello nombró Director de Prisiones a Ángel Sanz, Gobernador de Tarragona con amplia experiencia en el ramo tras la liberación de Cataluña. Sanz también insistió en que la represión se trataba de un castigo justo que había que humanizar. Bajo su dirección, la idea asociada al castigo sería la de «conversión», inspirada en las enseñanzas de José Antonio, pero sobre todo introdujo un cambio fundamental, basado en reconocer la condición humana de los presos «sin perder ni un ápice de la disciplina».

---

(57) AUNÓS, E., «La evolución de la penalidad», *Revista de Estudios Penitenciarios* núm. 1 (abril 1945), pp. 7-11.

Esta nueva y definitiva síntesis sería definida como «*autoritarismo humanitario*», señalando un rotundo cambio de imagen en la aplicación de las penas. Abandonó la teología e introdujo las dos figuras del penitenciarismo español del siglo XIX que fueron reivindicadas en esta fase: Concepción Arenal y el Coronel Montesinos. La idea de *disciplina con humanidad* del militar, y *la caridad justa* de la visitadora de prisiones fueron reutilizadas a discreción por todos los publicistas del régimen. En realidad se estaba allanando el camino para la aprobación de un nuevo Código Penal, el de 1944, que ponía fin a la etapa anterior. Por entonces la doctrina oficial de Justicia optó por no adscribirse tan claramente a la filosofía penal que había definido en 1939. Tal vez por lo que pudiera pasar, Aunós había optado por el equilibrio centrándose más en la defensa de la sociedad futura que en el recuerdo de los mártires de guerra. El tiempo de los monjes y de los guerreros parecía agotarse tras la salida de personajes como Cuervo y Serrano Súñer de la primera fila. La derrota alemana y la necesidad de mostrar al mundo que no pasaba nada anormal en las cárceles españolas perfilaron el discurso de la segunda mitad de la década de los 40. La aprobación de un nuevo Código Penal suponía el principio del fin de las prisiones habilitadas y la desaparición de hospitales, depósitos municipales y viejos castillos que seguían haciendo de cárceles y campos de reclusión improvisados. En el preámbulo quedaba claro que se debían de respetar y defender, las estructuras fundamentales del Estado recién nacido, e introducir aquellas instituciones que no discordaran con el espíritu del régimen, como por ejemplo, la redención de penas. La progresiva influencia de los sectores católicos quedó patente en la petición de «congruencia penal» con los dictados de la Iglesia y de la Fe. Eso no modificó el hecho de que las conductas políticas que estaban tipificadas penalmente siguieran sometidas al Código de Justicia Militar, cuyo texto también se modificaba un año después.

Ese mismo año se inaugura la que será la cárcel política del régimen por excelencia. Se trataba de la nueva cárcel modelo de Madrid, más conocida como Carabanchel. Las obras habían empezado en abril de 1940, con más de 1.000 presos trabajando continuamente. Cuatro años después abrió sus puertas con presos de Porlier y Santa Rita que por fin se cerraban. El régimen ponía fin así el eje de las prisiones habilitadas desde la guerra en Madrid, pero abría significativamente una moderna y gigantesca cárcel modelo. Para que estos especialistas consigan un reglamento de prisiones que lleva pendiente desde la guerra hay que esperar hasta el 5 de marzo de 1948. Hasta entonces no se publica un texto legal que mencione la condición humana del delincuente ni mucho menos la posibilidad de su regeneración. La realidad

de las prisiones había cambiado sustancialmente desde la guerra y a pesar de que aún quedaba un importante número de presos políticos, la población penal era ya mayoritariamente de presos comunes. Sin embargo, no se modificó ninguna de las estructuras penales creadas desde la guerra; al contrario, se introdujeron una serie de elementos en el trato del delincuente basados de nuevo en los preceptos de la redención de penas. El autoritarismo humanitario siguió siendo la base de esta doctrina oficial, haciendo el rigor del castigo compatible «con un sentido humano y cristiano». Se había alcanzado por primera vez una declaración hacia el «respeto de la persona humana», pero España seguía sin estar dentro de las *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos* aprobadas por Naciones Unidas. La década llegaba a su fin con Francisco Aylagas como Director General de Prisiones, cargo que combinó con el de presidente del Real Madrid. Continuó el discurso de un régimen penal «humano, cristiano y científico», pero también fue la prueba más palpable de que la voluntad de cambio era, en realidad, muy limitada (58). El dolor y la expiación seguirían siendo fuente importante de los referentes penales vigentes en la España de mediados del siglo xx, reforzados por un ministro de Justicia falangista, Raimundo Fernández-Cuesta, que respondería a los enemigos de España rescatando el «fantasma de la checa». En la utilización de este concepto de peligrosidad nos detendremos a continuación.

## 5. CRIMINALIDAD Y PELIGROSIDAD SOCIAL

El criterio de peligrosidad decimonónico iba a ser utilizado hasta la saciedad para justificar la política penitenciaria de Franco como verdadero ariete de su nueva posición anticomunista ante el mundo. El fantasma de la antiEspaña y la caracterización ideológica del enemigo político pesaron en la fijación de una imagen que transmitía todo el mensaje de entrega y sumisión que la propaganda franquista había ideado desde la guerra. La aplicación de una legislación de semejantes características sobre la población generó múltiples respuestas desde todos los campos. La medicina y la psiquiatría también vieron un objetivo claro para aplicar sus nuevas teorías en aquella masa de presos, pero el discurso esencial siguió siendo el religioso. Aún así, hubo tentaciones, especialmente en los sectores más germanófilos de asimilar las bases de la teoría racial a la Nueva España. Se trataba de aplicar

---

(58) AYLAGAS, F., *El régimen penitenciario español*, Madrid, Talleres Penitenciarios de Alcalá, 1951, p. 17.

una «terapia de hispanidad», como la definió Vallejo Nágera en el Congreso de Psiquiatría de Bonn de 1938, a los desarraigados ideológicamente. A diferencia de Misael Bañuelos, quien llegó a afirmar que «*el racismo es la concepción biológica más fructífera y más revolucionaria de los últimos tiempos*» (59), las tesis de Vallejo, a pesar de haber sido vinculadas con frecuencia al fascismo, desvelan un enorme peso del pensamiento tradicionalista y de elementos comunes en buena parte de la derecha española de la época. Sobre todo de aquellos como los que mostró Cuervo: la defensa del pasado y la defensa del orden sagrado como fundamento del orden social, sintetizadas por Maeztu en *Defensa de la Hispanidad*.

Jefe de psiquiatría militar durante la guerra, Vallejo Nágera se basó en los valores espirituales «que nos permitieron civilizar tierras inmensas», fundiendo el concepto de raza española con el de Hispanidad no con superioridad biológica alguna. Para ello propugnaba la reproducción de los selectos frente a las clases populares, pero no la eliminación de estos (60). La guerra y su experiencia en el Gabinete de Investigaciones Psicológicas de la Inspección de Campos de Concentración le llevaron a un intento de analizar patológicamente a los prisioneros de guerra, y más tarde a las presas de la cárcel de Málaga. Con todos ellos quiso comprobar empíricamente que las ideologías de izquierdas prevalecían entre individuos psicóticos y con bajos niveles de inteligencia para determinar así su grado de reeducabilidad. Dividió a los prisioneros en *ciclotímicos*, «propagandistas y vividores marxistas» y *esquizotímicos*, «fanáticos marxistas que han combatido con las armas en la mano» (61). Pero realmente no llegó a creer que ninguno de los individuos estudiados hubiera comprendido de verdad la doctrina que defendían, «pues se nutren de las personas menos inteligentes y más incultas de la sociedad». Las propias tesis raciales de Vallejo chocaron con la normativa doctrinal católica en la que se había formado por lo que su planteamiento práctico terminó en la necesidad de segregación de los vencidos.

Vallejo fue un soporte más para aquellos que apelaban a la necesidad de unas penas duras que atajaran la alta criminalidad de la delincuencia marxista. Pero como se ha visto en el caso en la consolidación de esta visión dominante en el Ministerio de Justicia pesó mucha más

---

(59) BAÑUELOS, M., *Cuestiones de mi tiempo y de mi patria*, vol I, Valladolid, Librería Santarén, 1936, p. 69.

(60) VALLEJO NÁGERA, A., *Eugenesia de la Hispanidad y regeneración de la raza*, San Sebastián, Editorial Española, 1938, p. 108.

(61) VALLEJO NÁGERA, A., «Biopsiquismo del fanatismo marxista», *Revista Española de Medicina y Cirugía de Guerra*, 1938, I, vol 3, pp. 189-190.

que la moderna criminología la vieja distinción religiosa entre el Bien y el Mal. Un vínculo ideal que otro médico, el propio López Ibor, refiriéndose a los males sociales de su tiempo o tal vez pensando en el propio Vallejo Nágera que le había desplazado de su cátedra, describió gráficamente sentenciando que «*los pecados producen a veces enfermedades*» (62). Aún siendo importante para los criterios de reeducación que se proyectarían mucho más adelante, el discurso sobre la inferioridad racial de los disidentes políticos no caló en la política criminal de postguerra, marcada por el peso de una tradición propia. Lo expresó el propio Franco el día de la unificación del Movimiento: *nosotros somos católicos. En España se es católico o no se es nada. Incluso entre los rojos, aquel que reniega de su fe sigue siendo católico, aunque no sea más que por oposición al no católico*» (63). Los propagandistas católicos rechazaron públicamente el racismo basándose nuevamente en las encíclicas papales con la clara intención de distanciarse del modelo totalitario y debilitar a Falange. A mediados de 1943, la ACNP hizo públicas las «afirmaciones erróneas del racismo germánico» a través de sus especialistas en medicina, psiquiatría y educación (64). En primer lugar, Francisco Marco, Director del Centro Psiquiátrico de Valencia afirmó la unidad de la especie humana en contra de la existencia de razas superiores e inferiores (65). El Catedrático de Patología General y propagandista de Madrid, Manuel Bermejillo declaró ilícitos los medios por los que la Alemania nazi conservaba la higiene racial o eugenesia, y señaló como únicos medios para mantener la pureza, «la cultura, la moral y el robustecimiento espiritual» (66). Más adelante, el decano de la Facultad de Medicina, José Barcia Goyanes y presidente de la Junta de Acción Católica en Valencia, sostuvo que «los ejemplos podrían multiplicarse y todos ellos nos llevarían a la conclusión de que las diferencias raciales en el orden intelectual y moral si tiene un substrato innato dependen principalmente de factores culturales» (67).

---

(62) SARTORIUS, N., y ALFAYA, J., *La memoria insumisa*, Madrid, Temas de Hoy, 1999, p. 351.

(63) FRANCISCO FRANCO, *Palabras del Caudillo*, op. cit., pp. 251-2.

(64) GARCÍA MARTÍNEZ, F., *Instrucción pastoral. Sobre algunos errores modernos*, Logroño, Diocesana, 1942, p. 43.

(65) Boletín ACN de P núm. 307, 1 de abril de 1943, p. 6.

(66) Boletín ACN de P, núm. 308, 15 de abril de 1943, p. 5. Fue fundador de las Hermandades de San Cosmé y San Damián, Catedrático de Patología General, miembro del Patronato de Protección a la Mujer, de la Real Academia de Medicina, del Instituto España y del CSIC.

(67) Boletín ACN de P, núm. 309, 1 de mayo de 1945, p. 6.

El otro elemento sobresaliente en el universo mental de los vencedores fue la conciencia de clase dirigente o clase superior. El discurso oficial de la dictadura enlazó con la necesidad de una legislación penal que *«no puede perder su carácter de represión, ya que los sistemas penitenciarios, con sus fines correccionales, deben conservar el tono de intimidación conveniente para los ciudadanos de poca cultura»* (68). Lo más trascendente de esta visión fue la imagen del enemigo interior que se mantendría siempre viva a través del mundo de los presos. La guerra había engendrado el dolor que daba vida a la pena, y el sistema redentor del Caudillo defendía igualmente a la sociedad para que no se le causara más daño. La horda marxista había abierto las puertas de las cárceles a los delincuentes profesionales, a terribles criminales que se mezclaron con el furor revolucionario. Ese «gran delito» habría legitimado el Alzamiento para garantizar la defensa del orden y también para su castigo. Ésta fue la vertiente oficial que puso en pie el ideal integrista de la redención. Se trataba de la versión más fuerte donde quedaban unidos los principios de defensa política y de defensa social que aglutinaban la amalgama política del franquismo. El miedo a la revolución y al desorden público tan presente en el lenguaje conservador desde la Restauración, afloraba en esta década con una fuerza inusitada. Fue el argumento principal para reforzar el castigo una vez que la guerra había pasado. También sería un lugar común en los preámbulos de la legislación especial para la seguridad del Estado. Una clasificación especial que incorporaba una serie de mecanismos de censura social dentro y fuera de las prisiones. La mejor formulación práctica de estos principios fue la Ley de Seguridad del Estado, de 29 de marzo de 1941, sustituida en 1947 por el decreto de Represión del Bandidaje y el Terrorismo. Como explicaba su exposición de motivos, *«no es posible que el Estado pueda permanecer inerte a la carencia de aquellas previsiones penales que si, por un lado, tienden a salvaguardar su autoridad constituyen por otro un postulado esencial de orden en toda sociedad regularmente organizada»*.

A pesar de que como reflejaron las Memorias de los Fiscales del Tribunal Supremo, la delincuencia común empezó a estar considerada «fuera de límites soportables», la postura oficial fue la de seguir insistiendo en que los enemigos políticos de España eran aún muy poderosos (69). Postura que se avivó con la recuperación de la visión decimonónica de la peligrosidad de una masa desbordante que se tra-

---

(68) DE TOCA, J., «In Memoriam. Don José de las Heras», *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 11 (enero 1946), p. 87.

(69) DE LA PLAZA NAVARRO, M., *Memoria elevada al Gobierno nacional ante la solemne apertura de los tribunales de 16 de septiembre de 1946*.

dujo desde los primeros años de posguerra en una fiebre clasificatoria y en la construcción de tipologías diversas. El fiscal Antonio Ripollés clasificó en cuatro los grupos que había en prisión a comienzos de los 50: delincuentes de constitución anormal, delincuentes de difícil corrección y enmienda, delincuentes fácilmente recuperables para la vida social y por último, los delincuentes políticos. Éstos eran caso de estudio particular (70). Las características de marginalidad y las conductas antisociales con las que fueron descritos los distintos grupos de presos pasaron a formar parte de la gran barrera sociológica levantada para dividir a la sociedad tras la guerra. La voluntad de no reconciliación, de no integrar a los vencidos, fue favorecida por esta tónica que se prolongó, más atenuada, durante toda la década de los 50 y que en un sentido amplio pervivió durante toda la dictadura.

---

(70) TOMÉ RUIZ, A., *Un testimonio que dice la verdad y otras lecciones que pueden ser aprovechables para los funcionarios de prisiones*, Madrid, CIM, 1963, p. 141.



# Derecho penal material, Derecho procesal penal y prohibición de retroactividad

FÉLIX MARÍA PEDREIRA GONZÁLEZ

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Penal  
Universidad Complutense de Madrid

## 1. CONSIDERACIONES GENERALES

La cuestión de la delimitación entre el Derecho penal sustantivo y el Derecho procesal penal constituye, todavía hoy, un problema abierto en el seno de la doctrina científica. Más allá de la autonomía académica de estas disciplinas, a dicha cuestión se le suelen asociar importantes consecuencias prácticas, entre las que puede destacarse la aplicación o no de la prohibición de retroactividad, que fue uno de los problemas planteados con ocasión de la prescripción de los atroces crímenes del nacionalsocialismo alemán (1), lo que quizá

---

(1) El problema que se ha suscitado en Alemania es la enorme influencia de esta cuestión en la persecución y el castigo de los crímenes del nacionalsocialismo, de la que la doctrina penal y procesal posiblemente no ha podido sustraerse. Con el fin de evitar la prescripción de dichos crímenes, a partir de los años sesenta comienzan a dictarse disposiciones, en un principio retrasando el comienzo de los plazos de prescripción y finalmente declarando la imprescriptibilidad, señalándose su aplicación retroactiva. Ello se lleva a cabo, entre otras cuestiones, con base en la naturaleza procesal de la prescripción y bajo la consideración de que dicha teoría permite la aplicación retroactiva de los plazos prescriptivos en perjuicio del reo. Parece que ha sido la pretensión de justificar esta forma de actuar del legislador frente una situación, sin duda excepcional y gravísima, lo que ha determinado el abandono casi absoluto en Alemania de la teoría sustantiva de la prescripción, muy bien acogida, sin embargo, con anterioridad a la Segunda Guerra Mundial. El pro-

explique que a partir de un determinado momento la problemática teórica que se encuentra detrás, lejos de haber sido aclarada en Alemania, haya sido oscurecida. Esta misma cuestión, con el consiguiente oscurecimiento, se ha suscitado en España a raíz del polémico Auto de la Audiencia Nacional de 16 de octubre de 2008, dictado por el Juez Baltasar Garzón, en el que se declara competente para conocer de presuntos delitos de detención ilegal cometidos a partir de 1936, durante los años de la Guerra civil española y los siguientes de la posguerra. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, resulta obvio que estos hechos, además de estar afectados por la Ley de Amnistía de 15 de octubre de 1977, que habría extinguido la posible responsabilidad criminal, no «siguen cometándose en la actualidad, dada su naturaleza de delitos permanentes» (como señala el mencionado Juez), pues es evidente que no perdura hoy día el mantenimiento de una situación antijurídica prolongada en el tiempo por voluntad del autor, de manera que, a nuestro juicio, sólo puede tratarse de una retroactividad de la ley penal desfavorable más o menos encubierta, prohibida por el principio de legalidad en

---

blema ha reaparecido después de la unificación alemana, con motivo de la persecución de los crímenes cometidos en la antigua República Democrática, cuando han entrado en colisión las normas del Estado suprimido y las de la República Federal (cfr. «KG, Verfolgungsverjährung für DDR-Altatzen», en *NSiZ*, 5, 1993, pp. 240 ss.; véase, igualmente, BREYMANN, K., «Zur Auslegung der Verjährungsregelung in Art. 315 a EGStGB», en *NSiZ*, 1991, pp. 463 ss.; BURIAN, P. «Verjährung und Vertrauensschutz», en *GA*, 1997, pp. 162 ss.; CRAMER, S., «Anmerkung zum Verjährungsgesetz», en *NSiZ*, 1995, pp. 114 ss.; DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 47.<sup>a</sup> edición, München, 1995, pp. 593 ss.; GRÜNWALD, G., «Zur Frage des Ruhens der Verjährung von DDR-Straftaten», en *StVert*, 1992, pp. 333 ss.; KÜPPER, G./WILMS, H., «Die Verfolgung von Straftaten des SED-Regimes», en *ZRP*, 1992, pp. 91 ss.; LEMKE, M./HETTINGER, R., «Zur Verjährung von in der ehemaligen DDR begangenen Straftaten und den Möglichkeiten des Gesetzgebers», en *NSiZ*, 1992, pp. 21 ss.; LETZGUS, K., «Unterbrechung, Ruhen und Verlängerung strafrechtlicher Verjährungsfristen für im Beitrittsgebiet begangene Straftaten», en *NSiZ*, 1994, pp. 57 ss.; RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 29 Lfg, 7.<sup>a</sup> edición (Oktober 1998), pp. 6 a 9; SCHMIDT, K., «Verjährungsprobleme bei Straftaten der Mitarbeiter des Ministeriums für Staatssicherheit der ehemaligen DDR», en *NSiZ*, 6, 1995, en particular, p. 264; SCHROEDER, F. C., «Zur Verjährung von SED-Unrechtstaten», en *ZRP*, 1993, pp. 244 ss.; STREE, en Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 25.<sup>a</sup> edición, München, 1997, p. 922; STREE/STERNBERG-LIEBEN, en Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26.<sup>a</sup> edición, München, 2001, p. 1027; WEBER, K., «Die Verfolgung des SED-Unrechts in den neuen Ländern», en *GA*, 1993, pp. 195 ss.; WIDMAIER, G., «Verhandlungs- und Verteidigungsfähigkeit- Verjährung und Strafmaß (Zu den Entscheidungen des BGH und des BVerfG im Revisionsverfahren gegen Erich Mielke)», en *NSiZ*, 8, 1995, pp. 365 ss., entre otros).

materia penal, como tendremos ocasión de observar detenidamente más adelante (2).

No obstante, la problemática de la delimitación entre el Derecho penal y procesal, a pesar de ser uno de los primeros aspectos que debiera ser abordado al aproximarse a estas disciplinas (concepto y delimitación con respecto a otras ramas jurídicas), no ha sido tratado con la debida profundidad en nuestro país, en el que, con alguna excepción significativa, los autores se han limitado a hacer afirmaciones genéricas, sin ofrecer ni siquiera un criterio elemental para distinguir, aunque sea por aproximación, las cuestiones penales y las procesales, cuando no se han importado, de un modo más o menos acrítico, teorías que posiblemente no hayan tenido como finalidad primordial aclarar la cuestión.

Ya Hilde Kaufmann, antes de que el problema de la irretroactividad de los plazos de prescripción para los crímenes del nacionalsocialismo se plantease en toda su crudeza en Alemania, escribió una excelente monografía, que no ha sido valorada como merece, en la que se propuso firmemente, y en gran medida lo consiguió, clarificar la problemática de la delimitación entre el Derecho penal sustantivo y el Derecho procesal penal (3). Vaya este artículo, también, como un homenaje a esta autora y a su magnífica aportación en esta materia. Para tratar de aclarar la frontera entre el Derecho penal y el Derecho procesal penal, H. Kaufmann busca el origen de esta confusión, analizando en profundidad la evolución histórica de los conceptos de acción y pretensión, y valorando las soluciones que se han propuesto para el deslinde entre el Derecho material y el Derecho procesal. A lo largo de su investigación comprueba que hasta mediados del siglo XIX el Derecho civil material y el Derecho civil procesal se hallaban entremezclados. La doctrina del Derecho común, siguiendo el concepto romano de la *actio*, concebía el derecho a la acción como algo que aparecía cuando el derecho material era lesionado, como una mera metamorfosis del Derecho material, sin efectuar ninguna delimitación entre el Derecho material y procesal. Pero fue la gran aportación de Windscheid la separación entre los conceptos de pretensión, perteneciente al Derecho material, y la acción, perteneciente al Derecho procesal. Con ello, el concepto de acción cayó en el olvido en el ámbito del Derecho civil sustantivo. Por otra parte, si bien de forma coherente

---

(2) En este sentido ya se ha manifestado, con acierto desde nuestro punto de vista, ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Es un error», en *elcorreodigital*, 20 de octubre de 2008 y «El error de Garzón», en *laverdad.es*, 21 de octubre de 2008.

(3) KAUFMANN, H., *Strafanspruch, Strafklagrecht. Die Abgrenzung des materiellen vom formellen Strafrecht*, Göttingen, 1968.

con lo anterior, fue abandonado en este ámbito el concepto tradicional de la excepción («*Exzeption*»), que, apoyado igualmente en la *exceptio* romana, no distinguía entre las excepciones de carácter material y procesal. Aquí Windscheid inició la sustitución de las antiguas excepciones («*Exzeptionen*»), separando las de naturaleza material e integrándolas en los conceptos de excepción («*Einrede*») y objeción («*Einwendung*»). Por su parte, Büllow llevó a cabo una tarea paralela en cuanto a las excepciones de carácter procesal, dotando de autonomía a los presupuestos procesales («*Prozeßvoraussetzungen*»). Por lo tanto, a través de estas esenciales aportaciones, frente los conceptos tradicionales y omnicomprendivos de acción y excepción, se sientan las bases para la distinción entre las excepciones de Derecho material, por un lado, y los presupuestos procesales, por otro. Con ello, por primera vez, comienzan a delimitarse el Derecho civil material y el procesal (4).

Esta evolución desde el pensamiento de las acciones al pensamiento de las pretensiones que, de la mano del propio Windscheid, fue trasladada coherentemente al Derecho penal privado, sustituyendo los antiguos conceptos de *actio* y *exceptio* por los de pretensión penal y excepción frente a dicha pretensión, sin embargo, no fue entendida correctamente en el Derecho penal público. Aunque en este último ámbito se acogieron los conceptos de pretensión penal y presupuesto procesal, no se tuvo en cuenta que paralelamente debían abandonarse los antiguos conceptos de la *actio* y la *exceptio*. A ello se añade que no se configuró una categoría autónoma para deslindar y albergar las excepciones de carácter material, sino que más bien se vino arrasando el antiguo concepto de la *exceptio*, que comprendía a las excepciones materiales y procesales. A juicio de H. Kaufmann, el desconocimiento de la historia de estos conceptos y de su deficiente desarrollo dogmático en el ámbito penal está en el origen de que todos los intentos posteriores de solucionar el problema de delimitación hayan fracasado y tengan que fracasar (5). Sin embargo, desde mi punto de vista, si bien puede aceptarse que un principio surgiera esta confusión en algunos autores, resulta un tanto exagerado atribuir este desconocimiento de los conceptos a todos los que posteriormente han abordado la problemática de la delimitación y ver en ello el origen de que sus propuestas sean erróneas. De hecho ya el propio Beling, al que la mencionada autora cita como máximo exponente de una de las

---

(4) Cfr., especialmente, KAUFMANN, H., *Strafanspruch, Strafklagrecht*, ob. cit., pp. 9 ss.

(5) KAUFMANN, H., *Strafanspruch, Strafklagrecht*, ob. cit., p. 175.

etapas de este deficiente desarrollo (6), manifiesta, como tendremos ocasión de observar más adelante, un correcto conocimiento de la problemática, proponiendo un criterio de delimitación que comparte su esencia con la fórmula de solución de H. Kaufmann. Pero antes de ello, se expondrán las principales teorías que se han ensayado sobre la delimitación entre el Derecho penal sustantivo y el Derecho procesal penal.

## 2. TEORÍAS NEGATIVAS

En ocasiones se ha considerado que el Derecho material y el Derecho procesal conforman una unidad indisoluble, lo que trae como consecuencia, lógicamente, la imposibilidad de efectuar una delimitación entre ambas disciplinas jurídicas. En este sentido destaca la teoría de Binder, que puede ser resumida de la siguiente forma: «el derecho privado subjetivo no es más que la afectación de un supuesto de hecho de determinada naturaleza por una norma de Derecho privado o por una serie de normas de Derecho privado. Esta relación puramente lógica se concibe como algo que es, capaz de existir en el sentido real de la palabra; se “sustancializa” esta relación, y sólo bajo el presupuesto de esta sustancialización tiene algún sentido hablar de la “protección” de tal relación. Con ello se separa, precisamente, el derecho sustancializado del ordenamiento jurídico, considerándolo como algo existente en sí, para posteriormente ponerlo de nuevo en relación con el ordenamiento jurídico, al ser puesto bajo “protección”. Sin embargo, si disolvemos esta sustancialización y si reconstruimos el carácter lógico de la relación que llamamos un derecho, entonces parece lógico, a todas luces, que no tendría ningún sentido poner esta relación bajo una determinada y accesoria protección jurídica, dado que ella, esto es, la afectación normativo-jurídica de un determinado supuesto de hecho sólo puede tener sentido para el proceso». «En realidad, siempre los derechos sólo “existen” en nuestra imaginación... el fin único del proceso es... despertar en el Juez esta imaginación». «Probar el derecho significa, por lo tanto, probar algo completamente distinto que la existencia de un fragmento cualquiera de naturaleza empírica... Yo pruebo mi derecho al exponer determinados hechos que alego como existentes en mi pasado, al introducirlos en la convicción del Juez y, al mismo tiempo, al alegar su subsumibilidad». «Subsumible es el supuesto de hecho siempre bajo la condición de su alegación en

---

(6) KAUFMANN, H., *Strafanspruch, Strafklagrecht*, ob. cit., p. 174.

el proceso; si se carece de ella, entonces pierde necesariamente su “afectación normativo-jurídica». Por lo tanto, «no tiene ningún sentido imaginar el derecho como existente con independencia de esta convicción o imaginación sólo susceptibles de ser despertadas a través del proceso». «Cada relación jurídica tiene una existencia más o menos problemática y muere con los testigos que debían y podían probarla». «El derecho de exigir algo de otro (consiste precisamente en) que la exigencia puede materializarse por medio de la acción y de la ejecución». Con estas tesis no se pretende sostener «que el Derecho material sólo se produciría en el proceso..., antes bien, en el proceso “se hace valer la alegada pretensión material extraprocesal». A través de la sentencia, el derecho sale «del molde de lo hipotético para entrar en el de la categoría de lo real» (7).

La principal objeción que se ha formulado a la teoría de Binder es que, a pesar de sus esfuerzos, no puede evitar aceptar la preexistencia de la situación jurídica material, esto es, no niega que existe una afectación normativa previa e independiente del proceso (8). Asimismo, se afirma que no es cierto que el hecho pierda su subsumibilidad por no ser subsumido en la práctica (9). Por otra parte, se reprocha a Binder que con su planteamiento no ha conseguido ofrecer una solución práctica a la relación entre Derecho material y formal, como lo evidencia el problema del fallo erróneo, el análisis de las pruebas, etc. (10). Tales críticas, a mi juicio, son plenamente aceptables. Binder, en el afán de negarle toda relevancia a la afectación normativa previa y a pesar de medir cuidadosamente sus palabras, no puede evitar el caer en la contradicción. Sin negar la existencia de dicha afectación normativa, por un lado, afirma que ésta carece de relevancia para el proceso, hasta el punto de señalar que los derechos sólo existen en nuestra imaginación y que lo único relevante a estos efectos es la convicción del juez. Sin embargo, por otra parte, expresa que con ello no se pretende postular que el derecho material se crea sólo en el proceso, sino que más bien en el proceso se hace válida la pretensión extraprocesal y material establecida. Quizá el autor deseaba mantener una teoría ecléctica, pero, al menos a nuestro juicio, ambas cosas no son compatibles: o la previa situación material tiene relevan-

---

(7) BINDER, J., *Proceß und Recht. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzenspruch*, Leipzig, 1927 (este resumen de la monografía de Binder ha sido tomado de KAUFMANN, H., *Strafanspruch Strafklagrecht*, ob. cit., pp. 4 y 5).

(8) Cfr., en este sentido, GILI PASCUAL, A., *La prescripción en Derecho penal*, Navarra, 2001, p. 50; KAUFMANN, H., *Strafanspruch, Strafklagrecht*, ob. cit., p. 6.

(9) *Ibidem*.

(10) Cfr. KAUFMANN, H., *Strafanspruch, Strafklagrecht*, ob. cit., pp. 6 ss.

cia o no la tiene, en cuyo caso el derecho o potestad se crea en el proceso al margen dicha situación material.

El planteamiento de Binder conecta ineludiblemente con la problemática del valor constitutivo o declarativo de las resoluciones judiciales. Desde mi punto de vista, la decisión judicial no tiene, ni puede tener, un valor constitutivo ni de la responsabilidad, ni tampoco del derecho o potestad. Ello es tanto como decir que son los jueces los que crean los derechos y potestades, lo que a nuestro juicio no puede compartirse. Por una parte, esta postura no viene exigida por la presunción de inocencia, pues una cosa es que exista el derecho a ser tratado como inocente y otra bien distinta es que uno sea realmente inocente y que el Estado no tenga una potestad, tan sólo pendiente de declaración judicial, para imponer la pena. Desde el momento en que se comete el delito nace la responsabilidad y el derecho del Estado a imponer la pena, sin perjuicio de que dicha potestad, que ya existe, deba ser declarada en un proceso con las debidas garantías, con el objeto de evitar que las limitaciones de la justicia humana puedan conducir a la condena de un inocente. A la ausencia de necesidad de este enfoque puede añadirse que la adopción del mismo produce consecuencias inadmisibles, pues supone reconocer que los jueces, por virtud de sus resoluciones, pueden convertir en culpable al que no lo es y crear un derecho del Estado a castigarlo; ¿no es más conveniente y más acorde con las exigencias de la justicia material poder afirmar que existen errores judiciales (aunque no puedan acreditarse, lo que en cualquier caso constituye una cuestión distinta) en los que el Estado ha ejercido indebidamente una potestad que no le correspondía? Por lo menos para nosotros, aunque ello no tenga ninguna repercusión en la práctica, ambas soluciones no son equivalentes ni en teoría ni en justicia, por lo que nos reservamos la posibilidad de decir que los jueces pueden equivocarse y que el Estado en ocasiones ejerce indebidamente una potestad punitiva de la que carece, aunque se la haya reconocido un juez. Ello supone, como consecuencia necesaria, el rechazo a la tesis de Binder.

En un sentido similar a Binder se pronunció posteriormente Hellmuth Mayer, para quien la distinción que realiza la doctrina jurídica entre punibilidad y perseguibilidad «sólo tiene justificación parcialmente. El Derecho material y el Derecho procesal forman una unidad», pues «el Estado concede derechos precisamente al otorgar acciones y se atribuye una pretensión penal subjetiva al tomar para sí un derecho a la acción penal. Un Derecho penal sin derecho de acción penal carece de toda existencia jurídica, a lo que se añade que la impunidad en el caso de una querrela penal fallida o de una prescripción

acaecida descansa esencialmente en argumentos de Derecho material» (11). En otro lugar este autor, tras admitir igualmente que el derecho subjetivo del Estado tan sólo puede adquirir realidad por la vía del proceso, afirma que «antes y fuera del proceso no es posible, de forma objetiva, un juicio de culpabilidad o de inocencia. La pretensión penal no tiene el modo de existencia de una cosa corporal; sólo “existe” en la afectación normativo-jurídica (*Rechtsnormbetroffenheit*) de un complejo fáctico, y la sentencia sobre esta afectación normativo-jurídica la emite precisamente el ordenamiento jurídico por medio de la decisión judicial» (12). «La errónea concepción dualista del Derecho (estima) que la pretensión penal nace *ipso facto*. En realidad, sólo por el Derecho procesal nos enteramos de cuándo existe realmente una pretensión penal» (13).

Sin embargo, como se ha puesto de manifiesto por la doctrina, tampoco la tesis de Mayer niega la existencia de una afectación normativa previa e independiente del juicio sobre la misma (14). No obstante, este autor, aun reconociendo dicha afectación, parece que prefiere considerar que el derecho no nace hasta el momento del fallo judicial, aunque realmente no aporta ninguna razón de por qué lo prefiere. Con ello, esta teoría también conecta con la cuestión del carácter constitutivo o declarativo de las resoluciones judiciales, por lo que le son aplicables las críticas anteriormente expuestas.

Todavía existe otro argumento en contra de estas teorías pretendidamente omnicomprensivas y aplicables al ordenamiento jurídico en su conjunto. El propio H. Mayer, consciente de que uno de los ataques principales a su tesis podía venir desde una perspectiva global del ordenamiento jurídico, y más concretamente de la posibilidad del ejercicio de derechos al margen del proceso, afirma que la posibilidad de satisfacción extraprocesal en el ámbito del Derecho civil «no cambia en nada el hecho de que sin el proceso subyacente este ordenamiento jurídico material estaría privado de toda relevancia jurídica, aunque sea posible que por razones morales sea satisfecha la pretensión. En este último caso, sin embargo, opera el orden moral y no el orden jurídico» (15). A nuestro juicio, si ya es más que discutible el defender esta postura en materia penal, donde al no ser concebible el ejercicio de la

---

(11) MAYER, H., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, ob. cit., pp. 346 y 347.

(12) MAYER, H., «Zum Aufbau des Strafprozesses», en *GS*, T. 104, 1934, p. 312.

(13) MAYER, H., «Zum Aufbau des Strafprozesses», ob. cit., p. 317.

(14) GILI PASCUAL, A., *La prescripción en Derecho penal*, ob. cit., p. 50; KAUFMANN, H. *Strafanspruch Strafklagrecht*, ob. cit., p. 4.

(15) MAYER, H., «Zum Aufbau des Strafprozesses», ob. cit., p. 311.

potestad punitiva al margen del proceso ello carece de repercusiones prácticas, pretender afirmar que en el ámbito privado no existen derechos con independencia del proceso resulta manifiestamente excesivo y desproporcionado, además de desnaturalizar la esencia del Derecho privado. Si prestamos una cantidad de dinero a alguien, por ejemplo, según el planteamiento de H. Mayer, no pensemos, ni mucho menos, que tenemos derecho alguno a que se nos devuelva; puede hacerlo el deudor facultativamente si por razones morales lo estima conveniente. En este ámbito la tesis, a todas luces, cae por sí sola.

Nadie pone en duda que el Derecho penal, en la medida en que sólo es realizable por medio del proceso, necesita del Derecho procesal penal. Pero ello no niega, en absoluto, ni la autonomía de ambas disciplinas, ni la posibilidad de separarlas con precisión (16). El propio H. Mayer, al tratar de la prescripción, no es capaz de eludir, ni siquiera de bordear, la distinción de ambos planos: «Desde el punto de vista procesal la prescripción elimina una peligrosa inseguridad jurídica. En múltiples ocasiones la persecución sería inejecutable, o sólo (realizable) con grandes dificultades, tras haber pasado mucho tiempo... A esto se añade, como aspecto de Derecho material, la eficacia expiatoria del tiempo. El tiempo, según un refrán, cura las heridas y regularmente convierte al autor, de modo que una pena demasiado tardía afectaría a una persona distinta del culpable en su momento» (17). De cualquier modo, y por las razones expuestas, no creemos que estas teorías constituyan ningún obstáculo que se oponga a la posibilidad de separar el Derecho material del Derecho procesal.

En los últimos años, desde una perspectiva diversa, y más concretamente desde una óptica funcional, comienza a extenderse la opinión de que no es posible separar el Derecho material del Derecho procesal. Esta conclusión se apoya en la idea, defendida por un sector de la doctrina alemana, de que existen instituciones del Derecho material y del Derecho procesal que son funcionalmente equivalentes. En esta línea de pensamiento Volk, apoyándose en Schmidhäuser y Krauss, mantiene que el fin del proceso se identifica, por una parte, con el aseguramiento de la paz jurídica entendida en términos normativos y, por otra, con la confirmación del Derecho penal: «El estado provo-

---

(16) Como pone de manifiesto GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, «*conceptualmente*, Derecho penal y Derecho procesal se refieren a realidades autónomas», sin perjuicio de que el «Derecho Procesal existe para servir de cauce a la aplicación del Derecho Penal» y el «Derecho Penal necesita del Derecho Procesal para su realización» (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal*, 4.ª edición, Madrid, 2006, p. 122).

(17) MAYER, H., «Zum Aufbau des Strafprozesses», en *GS*, 1934, p. 353.

cado por el hecho delictivo –mantiene este autor– configura la perturbación» y «el proceso penal sirve al cese de la perturbación... Pero de ello no debe deducirse que la paz jurídica haya de entenderse solamente como estado empíricamente constatable, como un fenómeno sociopsicológico. Este concepto más bien ha de configurarse normativamente (aunque encuentre su correspondencia en acontecimientos observables), pues la ausencia de paz es provocada por una perturbación del ordenamiento jurídico y esta perturbación ha de localizarse, al igual que el ordenamiento jurídico, dentro de coordenadas normativas... Consideramos útil no nombrar únicamente a la paz jurídica como finalidad del proceso, sino adicionalmente referirnos a la confirmación del Derecho penal. En ello precisamente consiste la prestación que aporta el procedimiento. El estado que crea debe llamarse paz jurídica» (18).

El elemento de la confirmación del Derecho penal, continua Volk, «resalta, pues, el carácter instrumental del proceso penal. Con ello se consiguen dos cosas: Por un lado, esta explicación de la finalidad procesal conserva la unidad de la materia reguladora que es el Derecho criminal; esta referida a la intención misma del Derecho de regular comportamientos y controlar conductas... Pueden imaginarse unidos en la paz jurídica como imagen rectora normativa de la regulación de conflictos sociales. En este sentido puede decirse que la finalidad del proceso es la finalidad del Derecho. Pero la delimitación del fin propuesta aquí como base posibilita al mismo tiempo la valoración diferenciada del proceso como un elemento específico del aseguramiento de la paz jurídica. Esto se transmite por la referencia a la confirmación del ordenamiento jurídico...» (19). Partiendo de ello, Volk llega a su conocida conclusión de que los presupuestos procesales son «presupuestos tipificados del aseguramiento de la paz jurídica. Cuando éstos no concurren, no existe motivo alguno para la confirmación del ordenamiento penal» (20). Esta construcción, termina señalando el autor, «ni separa claramente los presupuestos procesales del Derecho material, ni por sí sola garantiza una delimitación inequívoca respecto de los preceptos que rigen el proceso... pues el fin del proceso no es sólo un concepto al que se refiere el Derecho procesal... sino también un concepto que conecta el Derecho procesal con el Derecho material» (21).

---

(18) VOLK, K., *Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht. Zum Verhältnis von materiellem Recht und Prozeßrecht*, Ebelsbach, 1978, pp. 200 y 201.

(19) VOLK, K., *Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht...*, ob. cit., pp. 201 y 202.

(20) VOLK, K., *Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht...*, ob. cit., p. 204.

(21) VOLK, K., *Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht...*, ob. cit., p. 205. Dicho planteamiento también ha sido acogido por ROXIN, C., *Derecho penal, Parte General*,

Frente a ello, desde mi punto de vista, debe afirmarse que el fin del proceso no es el «aseguramiento de la paz jurídica» y la «confirmación del Derecho penal», sino la realización, con las debidas garantías, del Derecho material. Ello, generalmente, contribuirá al reforzamiento de sus efectos preventivos y demostrará la seriedad de la amenaza penal, pero no es éste el fin del proceso, sino que algunas ocasiones la decisión correcta (material y/o formalmente) generará alarma y perturbación social, y no por ello debe dejar de adoptarse. Por otra parte, si lo que se pretende por medio de este planteamiento es identificar el fin del proceso o del Derecho procesal con el fin del Derecho en general, es lógico que este enfoque no pueda resultar fructífero a efectos de delimitación. Desde el momento en que alguien, desde su propia perspectiva, atribuye como fin al proceso o al Derecho procesal lo que para él constituye también el fin del Derecho en general, la consecuencia lógica es la imposibilidad de separar el Derecho procesal, pero no ya respecto del Derecho penal material, sino de cualquier otra rama jurídica. De ser así, se habría incurrido en un error metodológico, consistente en identificar la parte con el todo y luego pretender separar la parte. Este enfoque, no es que tenga la ventaja de mantener la unidad del Derecho criminal, es que tiene el grave inconveniente, al menos a estos efectos, de imposibilitar la delimitación de las diferentes ramas jurídicas. Si lo que se desea es un enfoque fructífero debe atenderse, no a la función última del Derecho, sino a la finalidad inmediata y característica del proceso o del Derecho procesal, que no es otra, como ya se ha señalado, que la realización, con las debidas garantías, del Derecho material.

No obstante, tales ideas sobre la equivalencia funcional también comienzan a tener eco en nuestra doctrina, lo que, unido al rechazo de criterios de delimitación meramente formales, está conduciendo a algunos autores a negar la posibilidad de separar el Derecho material del Derecho procesal. Entre los que se han ocupado con mayor profundidad de la cuestión, García Pérez admite que existen una serie de instituciones en ambos campos del ordenamiento jurídico que son equivalentes, proponiendo que se piense en la idea, muy extendida, de evitar la intervención del Estado cuando en ciertos delitos contra la propiedad se ven implicadas personas unidas por una relación de parentesco (22). «La fórmula para alcanzar este objetivo –señala el mencionado autor– no es unívoca. Se puede optar, como hace el

---

tomo I, trad. Luzón Peña/Díaz y García Conlledo/de Vicente Remesal, Madrid, 1997, p. 989 ss.

(22) GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad en el Derecho penal*, Pamplona, 1997, p. 65.

Código Penal en el artículo 268, por la creación de una excusa absolutoria o, por el contrario, es posible hacer uso de un presupuesto procesal, exigiendo la previa denuncia del familiar afectado» (23). Este autor también propone el ejemplo de la delincuencia de escasa relevancia, en la que se han ofrecido propuestas diversas: «Desde el punto de vista material, se propone la exclusión de estas conductas de los tipos penales haciendo uso del principio de insignificancia, partiendo de que lo injusto ha de alcanzar una determinada gravedad para poder constituir injusto penal o convirtiendo estas conductas en infracciones administrativas. Desde la perspectiva procesal, se propone transformar los delitos de escasa relevancia en delitos perseguibles a instancia de parte» (24). Ello, unido al reconocimiento por parte de la doctrina de la existencia de circunstancias que tienen naturaleza mixta, lleva a este autor a señalar que existen bastantes razones que inducen a pensar que no es posible separar nítidamente el Derecho penal del Derecho procesal (25). Otros autores todavía llegan más allá, al señalar abiertamente que una y otra disciplina son inseparables, pues ambas pertenecen al poder punitivo del Estado, tienen el mismo objeto y están sujetas a ciertos principios materiales comunes, uno de los cuales es la necesidad de pena, de modo que el problema de la adscripción de la prescripción se desvanece en cuanto que da lo mismo decir que es de Derecho penal o procesal penal (26). Los dos ámbitos constituyen, pues, una unidad (27).

A mi juicio, en lo que se refiere a la concreta existencia de instituciones funcionalmente equivalentes en ambos campos del ordenamiento, tampoco esta afirmación resulta convincente. Al margen de aquellos autores que operan con el prejuicio de un criterio de delimitación formal, en los que dicha conclusión aparece como una consecuencia del criterio de separación adoptado, se propone pensar en las diferentes fórmulas para evitar la intervención del Estado en los delitos patrimoniales cometidos entre parientes, señalando que se puede optar por la creación de una excusa absolutoria o exigir la denuncia previa del familiar afectado. Sin embargo, no parece que pueda considerarse que ambas fórmulas son equivalentes desde el punto de vista

---

(23) GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad en el Derecho penal*, ob. cit., pp. 65 y 66.

(24) GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad en el Derecho penal*, ob. cit., p. 66.

(25) GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad en el Derecho penal*, ob. cit., p. 67.

(26) BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal. Parte general*, 4.<sup>a</sup> edición, Barcelona, 1994, p. 600; *vid.*, igualmente, BUSTOS RAMÍREZ, J./HORMAZÁBAL MALARÉ, H., *Lecciones de Derecho penal*, tomo I, Madrid, 1997, p. 230; GILI PASCUAL, A., *La prescripción en Derecho penal*, ob. cit., p. 63.

(27) GILI PASCUAL, A., *La prescripción en Derecho penal*, ob. cit., p. 63.

de su función, pues mientras en el primer caso el Estado renuncia incondicionalmente a la imposición de la pena, en el segundo, el Estado no renuncia al ejercicio de su potestad punitiva, sino que lo subordina a la decisión del pariente afectado, lo que supone un reconocimiento, desde la perspectiva de los fines de la pena, de que para el Estado la pena no ha dejado de ser necesaria y puede ser efectivamente impuesta.

Tampoco sería lo mismo, en estos casos, optar por una excusa absolutoria o por un impedimento de procedibilidad, como el previsto en el artículo 103 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal: «*Tampoco podrán ejercitar acciones penales entre sí: 1.—Los cónyuges, a no ser por delito o falta cometidos por el uno contra la persona del otro o la de sus hijos, y por delito de bigamia. 2.—Los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza, por adopción o por afinidad, a no ser por delito o falta cometidos por los unos contra las personas de los otros.*» Dicho precepto tan sólo niega la legitimación para el ejercicio de la acción penal a determinados parientes, lo que no impide que la misma pueda ser ejercitada por otra persona debidamente legitimada y que dicho ejercicio desemboque en la imposición de la pena criminal (en el ámbito de nuestro ordenamiento ello sólo sería posible en aquellos supuestos no amparados simultáneamente por la excusa absolutoria del artículo 268 de Código Penal). Como puede verse, y por las mismas razones que en el supuesto anterior, tampoco en este caso es posible hablar de equivalencia funcional.

En cuanto al ejemplo de la delincuencia de escasa relevancia, a nuestro juicio, tampoco puede reputarse equivalente la exclusión de estas conductas de los tipos penales haciendo uso del principio de insignificancia o convirtiendo estas conductas en infracciones administrativas, con su transformación en delitos perseguibles a instancia de parte. Mientras que en el primer caso se considera que el hecho ni siquiera tiene la suficiente entidad para constituir una infracción penal, en el segundo se parte de la existencia de una infracción penal, en la que la pena puede llegar a ser impuesta si se ejercita la acción correspondiente. Ambos mecanismos, por lo tanto, son diferentes desde un punto de vista funcional: en el primero ni existe el presupuesto de la pena criminal; en el segundo, no sólo existe el presupuesto, sino que la pena puede llegar a imponerse.

Finalmente, por lo que se refiere a la afirmación, por lo demás no demostrada, de que ambas disciplinas constituyen una unidad, pues ambas pertenecen al poder punitivo del Estado, tienen el mismo objeto y están sujetas a «principios materiales comunes», uno de los cuales es la necesidad de pena, tampoco resulta convincente. En primer lugar,

el hecho de que ambas disciplinas tengan que ver con el poder punitivo y con la cuestión criminal, no es más que un argumento genérico que no impide, naturalmente, que cada una tenga su propio cometido, como reconocen la inmensa mayoría de los autores, incluso aquellos que niegan la posibilidad de delimitarlas con precisión. Mientras el Derecho penal material se ocupa de regular ese poder punitivo, el Derecho procesal penal regula el instrumento para hacerlo efectivo. Cosa distinta, y en esto sí están de acuerdo muchos autores, es que no sea posible delimitarlas con exactitud, afirmación que se realiza partiendo de que no tienen el mismo objeto y de que, en la mayoría de los casos, si es posible distinguir una cuestión material y una procesal. Si lo que se pretende afirmar es que el Derecho penal y el Derecho procesal penal son lo mismo, de tal forma que no es posible distinguir una cuestión material de una procesal, dicha afirmación es, a todas luces, excesiva. No obstante, si lo que se desea expresar es que su delimitación precisa no es posible, la aceptación o no de dicha afirmación queda pendiente del resultado de esta investigación. De cualquier modo, puede adelantarse ya que la aseveración de que el Derecho material y el Derecho procesal se hallan sujetos a «principios materiales comunes», a nuestro juicio, puede estar justificada si se acepta un criterio de delimitación esencialmente formal, como el criterio de la conexión con el acontecer del hecho, que ubica las instituciones en uno u otro sector al margen de su contenido, por virtud de un criterio de conexión temporal. Sin embargo, si no se admite un criterio de separación de este tipo, en principio, no hay necesidad de remitir al Derecho procesal penal cuestiones que se fundan en «principios materiales», como la necesidad de pena o su ausencia. Es decir, si no se admite un criterio de separación desconectado del contenido, no hay ninguna razón para ceder al Derecho procesal cuestiones que concurren al margen del proceso.

Por las razones expuestas, creemos que las teorías que niegan la posibilidad de separar el Derecho material del Derecho procesal no constituyen un obstáculo que impida el seguir adelante con esta investigación.

### 3. CRITERIOS FORMALES: LA TEORÍA DE LA CONEXIÓN CON EL HECHO

Esta teoría, a la que hemos calificado de formal, en la medida en que realiza la delimitación entre el Derecho material y el Derecho procesal al margen del contenido de los preceptos, fue introducida por

Gallas en la Gran Comisión de Derecho penal para la reforma del Código Penal alemán. Para dicho autor, únicamente desde el reconocimiento del principio *nulla poena sine lege*, es posible una separación más clara entre el Derecho material y formal. «Lo que ha de someterse, debido a su esencia, bajo la protección de este principio sería la condición de punibilidad y lo que no merezca esta protección apuntaría a ser un presupuesto procesal.» A continuación expresa lo que en su opinión debe caer bajo esta tutela: «Siempre que se trate de elementos que están relacionados de alguna manera con la valoración del hecho, es decir, que conciernan a las características que están en conexión con el hecho delictivo, rige la prohibición legal de *nulla poena sine lege*. Estos elementos, por lo tanto, tenemos que considerarlos como condiciones objetivas de punibilidad» (28).

A esta propuesta de solución, que parece guardar una estrecha relación con el intento de justificar la prolongación retroactiva de los plazos de prescripción (29), se adhieren posteriormente otros autores. Así, para Schmidhäuser, la condición objetiva de punibilidad se distingue del presupuesto procesal «en la medida en que dicha circunstancia tiene que estar dada en un contexto inmediato con la acción injusta... Este contexto inmediato, sin embargo, no ha de afirmarse solamente cuando se trata de una circunstancia que afecta al hecho en sí, sino también cuando se trata de un acontecimiento que ha de considerarse como resultado de la acción si la culpabilidad se refiriese a ella, pues extendemos el principio *nulla poena sine lege*, la prueba tasada y las demás reglas jurídicas arriba mencionadas dentro de las características del hecho típico, no sólo a la situación de la acción, sino (también) precisamente a un posible resultado de la acción que en ocasiones pueda producirse mucho más tarde» (30).

Esta perspectiva también ha sido adoptada por Stratenwerth, cuya tesis debe ser analizada cuidadosamente, pues su mayor exhaustividad, muy elogiada, permite poner de manifiesto ciertas cuestiones que consideramos esenciales a la hora de efectuar una valoración crí-

---

(28) GALLAS, W., en *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, tomo V, Bonn, 1958, p. 104.

(29) Cfr., KAUFMANN, H., *Strafanspruch, Strafklagrecht*, ob. cit., pp. 122 ss.

(30) SCHMIDHÄUSER, E., «Objektive Strafbarkeitsbedingungen», en *ZStW*, tomo 71, 1959, pp. 557 y 558. De ahí se deriva que, a juicio de este autor, la condición objetiva de punibilidad es aquella circunstancia necesaria para la fijación de una consecuencia jurídica penal que se encuentra de tal forma relacionada con el hecho injusto, estando fuera de los momentos típicos delictivos del injusto y de la culpabilidad, que su ausencia ya en el contexto inmediato con el hecho tiene definitivamente como consecuencia la impunidad del autor (cit, p. 558); cfr., del mismo autor, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Tübingen, 1982, pp. 258 ss.

tica del criterio de la conexión con el hecho. A pesar de ello, trataremos de resumir la postura de este autor en sus afirmaciones más representativas, aunque no puede prescindirse del «iter» lógico por el que llega a dicha conclusión. Para Stratenwerth, las condiciones objetivas de punibilidad son presupuestos de la necesidad de pena y, en la medida en que para este autor la legitimación de la pena requiere, no sólo el merecimiento de la misma, sino también su necesidad, «tienen que pertenecer al grupo de causas de nacimiento de la pretensión punitiva. Para las condiciones de perseguibilidad permanecen, por lo tanto, solamente aquellas circunstancias de las cuales no se puede hacer depender el nacimiento de la pretensión penal, sino únicamente la ejecución de la misma. Naturalmente, en este sentido, tienen que ser determinantes razones materiales, ya se trate de intereses merecedores de tutela, como es el caso de la inmunidad de los parlamentarios, ya se trate de aspectos meramente finalistas, como es el caso de la garantía de reciprocidad, los cuales se oponen a la persecución penal, bien transitoria o permanentemente» (31).

Con ello –reconoce Stratenwerth– se plantea la pregunta de si también los obstáculos de perseguibilidad eliminan la exigencia penalizadora, con la cual la delimitación propuesta podría ser sometida a una duda fundamental: Las condiciones de las que depende, por un lado, la punibilidad y, por otro, la perseguibilidad se distinguirían entonces solamente en su función y no en sí mismas (32). Sin embargo, para este autor «las condiciones objetivas de punibilidad no representan meras ideas de finalidad o utilidad sino que reflejan una perturbación más seria del Ordenamiento jurídico o, si podemos decirlo, reflejan un mayor grado de contrariedad de este Ordenamiento jurídico» (33)... «Estas condiciones objetivas de punibilidad indican una cierta contrariedad con el orden jurídico, la cual fundamenta a su vez la necesidad de pena» (34).

Igualmente, afirma Stratenwerth que «aquellas características han de estar fuera de la conducta reprochable como tal, es decir, fuera de los momentos típicos delictivos del injusto y la culpabilidad. Además se muestra como esencial la conexión de las condiciones objetivas de punibilidad con el hecho injusto, llevada a cabo por Schmidhäuser. Pues que la contrariedad al ordenamiento jurídico solamente pueda descansar en las modalidades y consecuencias del hecho en sí, no

---

(31) STRATENWERTH, G., «Objektive Strafbarkeitsbedingungen im Entwurf eines Strafgesetzbuchs 1959», en *ZStW*, tomo 71, 1959, pp. 572 ss.

(32) *Ibidem*.

(33) *Ibidem*.

(34) *Ibidem*.

tiene nada que ver con la cuestión de si la realización o ejecución de la pretensión penal afectaría a otros intereses merecedores de protección o sería inútil» (35).

Sin embargo, puntualiza el citado autor, hay que prevenir de un posible malentendido: «La exigencia de esta conexión inmediata no puede significar que las condiciones objetivas de punibilidad se presentan en todo caso como modalidades o consecuencias del hecho, sino solamente puede significar que tienen que formar presupuestos bajo los cuales se manifiesta el hecho a través de sus modalidades o consecuencias como contrario al ordenamiento jurídico. Finalmente surge una vez más la causa por la cual tiene que deducirse el carácter jurídico-material de las condiciones objetivas de punibilidad, rigiéndose, por ejemplo, por la prohibición de la retroactividad. Si nace el *ius puniendi* en la relación entre el Estado y el autor ello depende, no obstante, de la contrariedad de un comportamiento con el ordenamiento jurídico; sin embargo, *no puede* depender de circunstancias que son ajenas al hecho y a las consecuencias de éste sobre el ordenamiento jurídico. De ser así, sólo pueden ser considerados, más bien, presupuestos procesales» (36).

La teoría de la conexión con el hecho también ha sido acogida posteriormente por Roxin, para quien «la adscripción de un elemento al Derecho material no depende de que esté desligado del proceso, ni tampoco de su conexión con la culpabilidad, sino de su vinculación con el acontecer del hecho, solución fundada sobre todo por Gallas y Schmidhäuser... Tomando como base esta concepción y trasladándola a las causas de exclusión de la punibilidad, resulta que, p. ej., la garantía de reciprocidad [§ 104 a)] o la apertura del procedimiento concursal (§ 283 VI) son condiciones objetivas de punibilidad, y que la indemnidad (§ 36) es una causa de exclusión de la punibilidad; porque todas esas circunstancias pertenecen al complejo del hecho y a su enjuiciamiento desde el punto de vista jurídicopenal. Por el contrario, la querrela, prescripción, amnistía, indulto, etc., son presupuestos de procedibilidad, ya que se trata de sucesos situados totalmente fuera de lo que sucede en el hecho. Y también la inmunidad (art. 46 II GG), a diferencia de lo que sucede en la indemnidad (art. 46 I GG, § 36), es un presupuesto de procedibilidad, pues la punición depende una posterior decisión del Parlamento. Esta concepción es preferible, no sólo

(35) *Ibidem*.

(36) *Ibidem*. Otra opinión parece manifestar STRATENWERTH en su *Derecho penal. Parte General I*, trad. M. Cancio Meliá y M. A. Sancinetti, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 120 y 121, donde ya no conecta la cuestión de la necesidad de pena con el hecho.

porque elude las objeciones que se pueden hacer a las demás teorías, sino también por ser la que mejor se ajusta al artículo 103 II GG, que limita la prohibición de retroactividad al Derecho material. En efecto, las circunstancias que pertenecen al acontecer del hecho y de las que depende la punibilidad, han de caer bajo la protección del artículo 103 II GG porque el autor hace depender en su caso su actuación de la confianza en que concurran o no concurran esas circunstancias. Así p. ej., el orador parlamentario recurrirá sin temor a palabras fuertes si y porque sabe que le ampara la protección del § 36 y que posteriormente tampoco se le podrá privar de la misma. Pero nadie puede confiar en que no será castigado porque se va a producir la prescripción, no se va a presentar una querrela o se va a aprobar una amnistía; pues se trata de circunstancias de las que nada se puede afirmar en el momento del hecho y de las que nadie puede fiarse...» (37).

Entre nuestros autores, Martínez Pérez se ha adherido expresamente a la tesis de Stratenwerth, señalando que en «las condiciones de perseguibilidad, en efecto, a diferencia de las condiciones de punibilidad, no se produce la aludida inmediata vinculación con el hecho injusto y, si bien se fundamentan también en consideraciones político-criminales de variada procedencia, su verificación tampoco conlleva la comentada dosis de contrariedad al orden jurídico, puesto que su ratio se basa en determinadas razones utilitarias, que hacen conveniente la persecución procesal de una conducta delictiva que, de por sí, ya se estima oportuna... desde la perspectiva de los fines y funciones que tiene asignados el Derecho penal» (38).

El criterio de la conexión con hecho, sin embargo, a pesar de su frecuente formulación genérica, difícilmente aprehensible y escasamente fundamentada y explicada, no ha escapado a las críticas de la doctrina especializada.

Por una parte, resulta más que discutible que a través de este criterio pueda conseguirse justificar la prolongación retroactiva de los plazos de prescripción. Como ha puesto de manifiesto H. Kaufmann, «esta comprobación no es eludible por el hecho de que se declare la querrela penal y la prescripción como presupuestos procesales. Pues, presupuesto procesal o no, el hecho de que se reavive una punibilidad ya extinguida, no es algo que se pueda liquidar a través de ninguna determinación, sea como sea que esté configurada, sobre la naturaleza jurídica de la querrela penal y de la prescripción. Pero el problema no está restringido a los casos en los que se trata de la reactivación de una

(37) ROXIN, C., *Derecho penal, Parte General*, ob. cit., pp. 988 y 989.

(38) MARTÍNEZ PÉREZ, C., *Las condiciones objetivas de punibilidad*, Madrid, 1989, p. 102.

punibilidad ya extinguida. Se da también, si bien no con la misma intensidad, en la cuestión acerca de la admisibilidad de la modificación en perjuicio del autor *antes* de la expiración de la punibilidad, es decir, por ejemplo, en los supuestos de prolongación de los plazos de prescripción *antes* de su transcurso. Ello se puso de manifiesto en la discusión sobre la prolongación de la prescripción de los crímenes nacionalsocialistas. El posicionamiento con respecto a este problema hecho por los profesores de Derecho penal de Hamburgo y los asistentes se fundamenta, entre otros motivos, en que esta prolongación sería lícita por el hecho de que la regulación de la prescripción pertenece al Derecho procesal y no al Derecho material. Ahora bien, habría que darle la razón a Grünwald en que, con ello, no se ha decidido si el principio del «*nulla poena sine lege*» se opone a la prolongación; sin embargo, a la inversa, mientras se mantenga que el principio «*nulla poena sine lege*» regiría para todos los presupuestos de la pena jurídicomateriales, tanto negativos como positivos, está claro que, si se incardina la prescripción en el Derecho material, una prolongación tal sería ilícita. Precisamente en este debate se ha puesto de relieve, independientemente de la incardinación de la prescripción en el Derecho material o en el Derecho formal, que el alcance del principio «*nulla poena sine lege*» no está aclarado: mientras que Gallas, al manifestar su postura arriba citada, parece haber estado pensando en que *todo* el campo de los presupuestos de la pena materiales debiera someterse a la prohibición de retroactividad, todos aquellos que reconducen el principio «*nulla poena sine lege*» sólo al principio de la «protección de la confianza» tenían en su mente, al parecer, un círculo más limitado de los presupuestos de la pena. Pero entonces la propuesta de Gallas de determinar el límite entre Derecho material y Derecho formal con la ayuda del ámbito de aplicación de la regla «*nulla poena sine lege*» no es, por el momento, realizable...» (39).

En efecto, desde nuestro punto de vista, la afirmación de la naturaleza procesal de una norma o institución no permite extraer automáticamente la posibilidad de su aplicación retroactiva, sino que lo que procede en estos casos es examinar el fundamento y alcance del principio de irretroactividad. La pregunta de si un determinado principio resulta aplicable a una norma o institución sólo puede ser valorada en función de si su fundamento abarca o no a dicha norma o institución (40). En esta línea de pensamiento se ha manifestado Roxin, el

(39) Cfr., KAUFMANN, H., *Strafanspruch, Strafklagrecht*, ob. cit., p. 123.

(40) Este planteamiento también ha sido defendido por ARNDT, A., «Umwelt und Recht», en *NJW*, 1961, p. 15; del mismo, «Zum Problem der strafrechtlichen Verjährung», en *Gesammelte juristische Schriften*, C.H. Beck, München, 1976, pp. 305 ss.;

cual, si bien admite de forma acorde con la concepción tradicional que en el Derecho procesal no rige, en principio, la prohibición de retroactividad, señala a continuación que esta tesis sólo debe considerarse correcta «en cuanto a las normas relativas al transcurso del proceso» (41). En cambio, cuando se trata de presupuestos o impedimentos de procedibilidad, «lo que procede es examinar en el caso concreto hasta que punto el fin del artículo 103 II GG requiere su aplicación» (42).

---

BAUMANN, J., *Der Aufstand des schlechten Gewissens*, Bielefeld, 1965, p. 14; GRÜN WALD, G., «Zur verfassungsrechtlichen Problematik der rückwirkenden Änderung von Verjährungsvorschriften», en *MDR*, 1965, p. 522; SCHREIBER, H. L., «Zur Zulässigkeit der rückwirkenden Verlängerung von Verjährungsfristen früher begangener Delikte», en *ZStW*, tomo 80, 1968, p. 365; WILLMS, G., «Zur Frage rückwirkender Beseitigung der Verjährung», en *JZ*, 1969, p. 61; entre nuestros autores, BACIGALUPO, E., *Principios de derecho penal. Parte general*, 5.ª edición, Madrid, 1998, p. 83; del mismo, *Principios constitucionales de Derecho penal*, Buenos Aires, 1999, p. 50.

(41) ROXIN, C., *Derecho penal, parte general*, tomo I, ob. cit., p. 164.

(42) ROXIN, C., *Derecho penal, parte general*, tomo I, ob. cit., pp. 164 y 165.

Aunque el punto de partida que ofrece este autor debe considerarse correcto, creemos que la conclusión a la que llega no puede compartirse. En este sentido, afirma que «es lícito prolongar o suprimir plazos de prescripción que aún no hayan transcurrido totalmente, como se ha hecho en el asesinato (§ 211) respecto de los delitos de sangre nacionalsocialistas; pues en este caso no entra en juego la idea básica del principio de legalidad: el ciudadano tiene derecho a saber si puede ser castigado y, en su caso, en qué medida, pero el sentido del principio de legalidad no es el de decirle por cuánto tiempo se tendrá que ocultar tras la comisión del hecho, para luego poder reaparecer a salvo. La protección de dicho cálculo no se puede deducir de las raíces del principio de legalidad (nm. 18 ss.), máxime teniendo en cuenta que al margen de ello ya la institución de la interrupción de la prescripción le impide al delincuente la expectativa de un tiempo de prescripción fijado de antemano». En sentido contrario, sin embargo, ARNDT, para quien la prohibición concerniente a los derechos fundamentales del artículo 103 II GG no puede eludirse en este caso, pues «el *ius puniendi* estatal, debido a la peligrosidad del poder enjuiciante, requiere una clara determinación de su contenido y alcance, y no puede ser potenciado retroactivamente ni siquiera a través de una extensión de su espacio temporal» («Zum Problem der strafrechtlichen Verjährung», ob. cit., p. 308); BAUMANN, J., *Der Aufstand des schlechten Gewissens*, ob. cit., p. 16; BÖCKENFÖRDE, E. W., «Zur verfassungsrechtlichen Beurteilung der Einführung der Unverjährbarkeit des Mordes», en *ZStW*, 1979, pp. 891 y 892; FREIHERR VON STACKELBERG, C., «Verjährung und Verwirkung des Rechts auf Strafverfolgung», en *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, München, 1979, p. 765; GRÜN WALD, G., «Zur verfassungsrechtlichen Problematik...», ob. cit., pp. 521 ss.; PAWLOWSKI, M., «Der Stand der rechtlichen Diskussion in der Frage der strafrechtlichen Verjährung», en *NJW*, 1969, pp. 594 ss.; SCHREIBER, H. L., «Zur Zulässigkeit...», ob. cit., p. 365 ss.; SCHÜNEMANN, B., «17 Thesen zum Problem der Mordverjährung», en *JR*, 1979, pp. 181 y 182; WELZEL, H., *Derecho penal alemán*, 11.ª edición (2.ª edición castellana), trad. Bustos Ramírez y Yáñez Pérez, Chile, 1976, pp. 41 ss. Aunque la problemática de fondo que se refleja en el texto resulta muy compleja, no puede dejarse de advertir los peligros que conlleva la generalización de la postura de Roxin a todos los supuestos. Con base en ella se le otorga al legislador la potestad de prolongar indefinidamente los plazos de prescripción e, incluso, de dictar leyes *ad hoc* cuando lo

La solución a este problema, por lo tanto, no puede obtenerse de forma intuitiva y automática de la naturaleza material o procesal de la prescripción, sino que depende del fundamento y alcance del principio de irretroactividad.

A tal efecto, algunos autores han reconducido el principio «*nulla poena sine lege*» únicamente al principio de la «protección de la confianza». Así, se ha argumentado que la idea fundamental de la prohibición de retroactividad residiría en que la ley penal también tiene la tarea de proporcionarle al ciudadano claridad de los actos que se consideran merecedores de pena y el ciudadano debe poder confiar en esas valoraciones. En cambio, la confianza del autor en que los plazos prescriptivos no serán prolongados con posterioridad no sería digna de protección. Al delincuente no se le concedería ningún derecho con base en el cual pueda confiar en que, transcurrido un período de tiempo, sus hechos ya no pueden dar lugar a responsabilidad (43). Sin embargo, desde mi punto de vista, ello constituye una fundamentación manifiestamente insuficiente para explicar el contenido y alcance de dicho principio (44). Esta concepción difícilmente puede explicar la prohibición de retroactividad más allá de los supuestos de

---

considere oportuno. Merece la pena, en este sentido, reflexionar sobre la conclusión que, en el año 1965, extrae GRÜNWALD: «Si el Tribunal Constitucional declarase, conforme a la concepción aquí defendida, la Ley sobre el cálculo de los plazos prescriptivos penales como inconstitucional es de esperar que nuestro pueblo comprenda el sentido de la cruz de tener que convivir con asesinatos y que sea consciente de la culpa de la sociedad que era portadora de ideologías desde las cuales han nacido las acciones de exterminio de los nacionalsocialistas frente a judíos, eslavos y gitanos. Si, por otro lado, no se acudiese ante el Tribunal Constitucional o si se considerase la Ley como conforme a la Constitución, queda por esperar que una cosa entre en la conciencia de nuestra comunidad jurídica: Que la extensión retroactiva del Derecho penal, que ha tenido que ser decidida en la situación única tras la disolución del Estado de injusto nacionalsocialista, permanezca en una medida única. Sería lamentable si naciera de la polémica sobre la cuestión de la prescripción como elemento permanente la idea de que el legislador puede dictar leyes penales retroactivas mientras con ello no lesione intereses de confianza dignos de protección» («Zur verfassungsrechtlichen Problematik...», ob. cit. p. 525).

(43) Cfr., en este sentido, BEMMANN, G., «Zur Frage der nachträglichen Verlängerung der Strafverfolgungsverjährung», *JS*, 1965, p. 339; CALVELLI-ADORNO, F., «Die Verlängerung der Verjährungsfrist für die Strafverfolgung von Verbrechen, die mit lebenslangem Zuchthaus bedroht sind», en *NJW*, 1965, 1. Halbband, p. 274; KLUG, U., «Die Verpflichtung des Rechtsstaats zur Verjährungsverlängerung», en *JZ*, 1965, p. 151; RUDOLPHI, H. J., *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 29 Lfg, 7.<sup>a</sup> edición (Oktobre 1998), pp. 2 y 3. En general, véase, GRÜNWALD, G., «Zur verfassungsrechtlichen Problematik...», ob. cit., p. 522.

(44) GRÜNWALD, G., «Zur verfassungsrechtlichen Problematik...», ob. cit., pp. 522 ss.; entre nuestros autores, véase, GONZÁLEZ TAPIA, M. I., *Determinación del tiempo de comisión del delito*, Granada, 2002, pp. 184 ss.

nueva incriminación, ya que es incapaz de proporcionar una respuesta razonable a los supuestos de agravación posterior de la pena, a aquellas normas penales que no están dirigidas al ciudadano y, en general, a todos aquellos sectores carentes de normas primarias (45). Con ello no se pretende negar la relevancia de esa idea en el ámbito de la irretroactividad, sino tan sólo poner de manifiesto su insuficiencia. Para explicar razonablemente el alcance de la prohibición de retroactividad, y el aspecto de la seguridad jurídica que salvaguarda, resulta preciso acudir a la idea de objetividad y de interdicción de la arbitrariedad. Como afirma Grünwald, «la prohibición de retroactividad –en el alcance en que es reconocido–, sólo puede explicarse revelando (al lado de la idea de la confianza) otra idea fundamental: Por la prohibición de retroactividad se le impide al legislador establecer sus leyes bajo la impresión de hechos acaecidos y acomodar aquéllas a éstos» (46). Si se parte de esta idea fundamental es manifiesto que también una modificación retroactiva o posterior de los preceptos sobre la prescripción está afectada por la prohibición de retroactividad, pues una modificación tal dirigida a la posibilidad de la persecución penal sería igualmente motivada por casos ya acontecidos y acomodada a éstos (47).

Otro de los argumentos que se ha manejado para justificar la prolongación retroactiva de los plazos de prescripción se refiere a la propia existencia legal de la interrupción de la prescripción penal, bajo la consideración de que dicho mecanismo le impide al delincuente tener la expectativa de un tiempo de prescripción fijado de antemano (48). Sin embargo, la existencia de la interrupción de la prescripción en el ámbito penal, fruto de una ausencia inicial de separación adecuada con respecto al Derecho civil, y que se mantiene en la actualidad por razones esencialmente pragmáticas, no

---

(45) GRÜNWARD, G., «Zur verfassungrechtlichen Problematik...», ob. cit., p. 522 ss.; GONZÁLEZ TAPIA, M. I., *Determinación del tiempo de comisión del delito*, ob. cit., p. 185 ss.

(46) GRÜNWARD, G., «Zur verfassungrechtlichen Problematik...», ob. cit., p. 523; en el mismo sentido, JAKOBS, G., *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, 2.<sup>a</sup> edición, Madrid, 1997, p. 82.

(47) GRÜNWARD, G., «Zur verfassungrechtlichen Problematik...», ob. cit., p. 523. De la misma opinión, BACIGALUPO, E., *Principios constitucionales de Derecho penal*, ob. cit., p. 50; GILI PASCUAL, A., *La prescripción en Derecho penal*, ob. cit., p. 26; JAKOBS, G., *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, ob. cit., pp. 82 y 83.

(48) Cfr., en este sentido, BEMMANN, G., «Zur Frage der nachträglichen...», ob. cit., p. 339; ROXIN, C., *Derecho penal, parte general*, tomo I, ob. cit., p. 165; RUDOLPHI, H. J., *Systematischer Kommentar* (2.<sup>a</sup> edición), ob. cit., p. 568.

permite extraer dicha consecuencia, pues aunque se admita que el principio de legalidad y la seguridad jurídica no exigen proporcionar de antemano una fecha concreta a partir de la cual el sujeto no podrá ser perseguido ni castigado, sí requieren, cuanto menos, dar a conocer los criterios o reglas ciertas en virtud de la cuales quedará fijada esa fecha (49).

Por otra parte, como ha puesto de manifiesto H. Kaufmann, «si –bajo la premisa de Stratenwerth de que el Derecho material a penalizar no podría depender de circunstancias que son ajenas al hecho y sus efectos (si bien permanece abierta la pregunta de por qué ello no debería ser posible)– se estrechara la cuestión de la necesidad de pena a la necesidad de la pena a examinar a través de características del complejo del hecho, entonces se sobreentendería que, respecto de la cuestión de necesidad de pena conectada con el complejo del hecho, sólo podría acudirse a características conexas con el hecho. Éstas, sin embargo, no son todas las características que deciden sobre la cuestión de la *necesidad de la pena*. La misma se decide, como demuestran la querrela penal y la prescripción, precisamente, en el momento de la sentencia y, al mismo tiempo, parcialmente, por medio de características no relativas al hecho. Que, de este modo, como resultado final, el derecho a la pena depende de circunstancias que no tienen nada que ver con el complejo del hecho es innegable. El porqué entonces estas últimas *no* pertenecen al Derecho material no está demostrado por la simple afirmación de que la cuestión por la necesidad de la pena no podría depender de circunstancias que son ajenas al hecho. Con ello se demuestra lo siguiente: el concepto de la necesidad de pena es inútil para la delimitación entre presupuestos de la pena materiales y formales, cuando se conecta el mismo con el complejo del hecho, con las modalidades o las consecuencias del hecho. Hay presupuestos de la pena que nacen inequívocamente del aspecto de la necesidad de la pena, pero que, en cambio, no tienen nada que ver con las modalidades y consecuencias del hecho. Por lo tanto, ha de deshacerse el acoplamiento de la cuestión de la necesidad de la pena con las modalidades del hecho...» (50).

En efecto, a nuestro juicio, la afirmación de que la necesidad de pena o su ausencia es algo que encuentra conectado con el momento y las circunstancias del hecho delictivo es una afirmación injustificada, pues parece evidente que la ausencia de necesidad de pena por

---

(49) Cfr., en el mismo sentido, GILI PASCUAL, A., *La prescripción en Derecho penal*, ob. cit., p. 25.

(50) Cfr., KAUFMANN, H., *Strafanspruch, Strafklagrecht*, ob. cit., pp. 126 y 127.

motivos de prevención general o especial es algo que puede producirse con posterioridad a la realización del hecho delictivo y por circunstancias ajenas al mismo, como es la disminución de la alarma social causada por el delito y la reinserción o resocialización del delincuente.

Otra de las dificultades que plantea el camino que elige Stratenwerth para fundamentar la teoría de la conexión con el hecho reside en que la delimitación de los presupuestos procesales se hace a costa de terminar cuestionando que los elementos de la punibilidad estén fuera de lo injusto culpable (51). En este sentido, cuando Stratenwerth se propone profundizar en la cuestión termina caracterizando las condiciones objetivas de punibilidad por su mayor contrariedad con el ordenamiento jurídico, lo que no es otra cosa que referirse a la gravedad de lo injusto.

Pero incluso al margen de estas objeciones, no se termina de entender la razón por la que hay que ceder al Derecho procesal cuestiones que los propios autores reconocen que se fundan en razones materiales, ajenas al proceso, y que eliminan la exigencia penalizadora. Si, por su propia esencia, se trata de una circunstancia que elimina la exigencia penalizadora, o lo que es lo mismo, de una causa de exclusión de la pena, que nada tiene que ver con el proceso, ni con sus fines y objetivos, ¿por qué hay enviarla al Derecho procesal? Previsiblemente, ésta es la razón que le lleva a Martínez Pérez a matizar el criterio de Stratenwerth con el de Jescheck, admitiendo que los presupuestos procesales toman en consideración simplemente razones de conveniencia que se oponen a la verificación de un proceso penal. Pero el problema que plantea esta vía de matización, que viene a configurar un criterio mixto (formal, por la conexión con el hecho, y material, por la relación con el proceso), es el de las circunstancias que, no estando conectadas con el hecho, tampoco se fundan en razones vinculadas a los fines del proceso, como es el caso, a nuestro juicio, de la prescripción. El problema, por lo tanto, es que no todas las circunstancias ajenas al complejo del hecho se fundan en razones procesales, pues ambas cuestiones ni coinciden, ni tienen por qué coincidir.

Creemos, en definitiva, que el criterio de la conexión con el hecho es un criterio formalista, que no es apto para efectuar la delimitación entre el Derecho penal sustantivo y el Derecho procesal penal.

---

(51) Cfr., en este sentido, GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad en el Derecho penal*, ob. cit., p. 64; GILI PASCUAL, A., *La prescripción en Derecho penal*, ob. cit., p. 54.

#### 4. CRITERIOS MATERIALES

##### a) **La teoría de las normas primarias y normas secundarias de Nawiasky**

Según Nawiasky la «expresión Derecho formal es equivalente a las normas secundarias, mientras que el Derecho material se corresponde con las normas primarias». Para Nawiasky, son normas primarias aquellas que prescriben un comportamiento; las secundarias, en cambio, son aquellas que ordenan a los órganos encargados de la tutela del Derecho imponer coerción o pena contra los infractores de las normas jurídicas. Como ejemplo se aduce: «Norma primaria: Tú no debes, bajo pena grave, matar. Norma secundaria: si, a pesar de ello, alguien matare, entonces los competentes para ello deben imponerle la pena grave amenazada». «La pena... sólo nace bajo la condición de que el injusto cometido esté expresamente conminado con pena a través de un precepto específico... La consecuencia (de ello)... es que el injusto a castigar con pena está establecido por proposiciones jurídicas propias. Mientras que la ejecución forzosa conecta con la norma material ordinaria, que preceptúa un determinado comportamiento, la consecuencia punitiva presupone una norma específica, que señala cómo *no* se puede uno comportar. El hecho punible está, si se quiere, redactado de forma inversa al tipo de las normas jurídico-materiales... La norma penal... pertenece tanto a la categoría de las normas primarias como de las normas secundarias; a la de las primeras en la medida en que se trata de un hecho punible, que contiene precisamente un precepto de comportamiento negativo, una prohibición; a la de las segundas en la medida en que se determina la consecuencia penal. Así, se produce en el campo jurídico-penal un emparejamiento entre Derecho de comportamiento primario-material, y, consiguientemente, se habla de un Derecho penal *material*, que se contrapone al Derecho procesal penal y al Derecho de ejecución penal. (Sin embargo, también se considera que pertenece a éste la amenaza punitiva, lo que resulta de su adaptación individual a la concreta acción punible...»). «Bajo el aspecto reseñado, *el ordenamiento jurídico, como un todo*, se puede dividir en *dos partes principales* que están emparejadas, una al lado de la otra: el Derecho material, incluido el Derecho de ejecución, por un lado; el Derecho penal, por otro. Naturalmente existen entre ambas partes conexiones materiales, en la medida en que se trata de dos medios distintos para el mismo objetivo... De ahí que los preceptos penales apoyen a los preceptos de comportamiento materiales, al contrarrestar

los ataques especialmente peligrosos o desaprobados contra el orden protegido» (52).

Tratando de salvar, en la medida de lo posible, las contradicciones y confusiones conceptuales en las que incurre el mencionado autor parece que se inclina por la identificación del Derecho material con el «Derecho de comportamiento primario». A esta tesis se le ha reprochado que no es correcto identificar el contenido de los tipos penales con el momento del deber aludido por Nawiasky, así como que su criterio no permite aclarar la frontera entre Derecho material y el Derecho formal, ya que, según sus propios ejemplos de norma primaria y secundaria, el contenido de la norma primaria vuelve aparecer íntegramente en la norma secundaria, completada simplemente por un mandato a los órganos jurisdiccionales (53). A nuestro modo de ver, las objeciones pueden llegar más allá, pues lo verdaderamente insólito y artificioso es identificar el Derecho penal con las normas primarias y el Derecho procesal penal con las normas secundarias.

La norma jurídico penal consta de un presupuesto o supuesto de hecho, que contempla el comportamiento jurídicamente prohibido, y una consecuencia jurídica, que fija la pena o medida de seguridad que ha de aplicarse si se realiza el comportamiento descrito (54). Sin embargo, conviene no confundir los enunciados legales con las normas jurídicas. Una norma jurídica es un mensaje prescriptivo (en el sentido de que prescribe un determinado comportamiento), que puede expresarse a través de enunciados legales. Los enunciados legales, sin embargo, tan sólo constituyen el vehículo de expresión de las normas jurídicas; son un conjunto de símbolos lingüísticos que hay que diferenciar del mensaje prescriptivo que transmiten, que constituye la auténtica norma jurídica.

Normalmente los enunciados legales, aunque podían hacerlo y ello no pasa de ser una cuestión meramente formal, no se dirigen

---

(52) NAWIASKY, H., *Allgemeine Rechtslehre als System rechtlicher Grundbegriffe*, 2.<sup>a</sup> edición, Einsiedeln, Zürich, Köln, 1956, pp. 99 ss. (cit. por Kaufmann, H., pp. 101 y 102).

(53) GILI PASCUAL, A., *La prescripción en Derecho penal*, ob. cit., p. 54; KAUFMANN, H., *Strafanspruch Strafklagrecht*, ob. cit., pp. 102 ss.

(54) Cfr., especialmente, ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Sobre la estructura de la norma penal: la polémica entre valorativismo e imperativismo*, Valencia, 2001, pp. 18 y ss. Véanse, también, GIMBERNAT ORDEIG, E., *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Madrid, 1999, pp. 17 y 18; MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2.<sup>a</sup> edición, Buenos Aires, 2002, pp. 19 ss.; MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho penal*, 2.<sup>a</sup> edición, Buenos Aires, 2001, pp. 44 ss.; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 311 ss.

directamente al ciudadano, sino que sólo transmiten de forma expresa un mandato dirigido al juez, indicándole que, si alguien realiza el supuesto de hecho, debe imponerle la consecuencia jurídica. Sin embargo, al señalar la pena para un determinado comportamiento, como por ejemplo el homicidio, el legislador pretende algo más que dirigir una norma al juez: pretende, además, prohibir el homicidio; pretende señalar: prohibido matar, no mates.

Así, los preceptos penales han de interpretarse como un vehículo de comunicación de dos normas distintas: una norma dirigida al ciudadano, que se denomina «norma primaria», y una norma dirigida al juez, que se denomina «norma secundaria». Como es sabido, la distinción entre normas primarias y normas secundarias tiene su origen en Binding. Este autor parte de la constatación de que el delincuente, en realidad, no infringe la ley sino que, por el contrario, realiza el supuesto de hecho. Sobre la base de ello, tuvo el mérito de señalar la necesidad de admitir la existencia de normas no formuladas por la redacción literal de los preceptos penales. Este autor se dio cuenta que de no admitirse tales normas, habría que aceptar la insatisfactoria consecuencia de que el delincuente no infringe norma alguna y, pese a ello, se le castiga. Ello da lugar a pensar que lo que se infringe es una norma que prescribe un determinado comportamiento (norma primaria) y que dicha norma no se formula directamente en la ley penal, que únicamente contempla de forma expresa un mandato dirigido a los órganos encargados de aplicarla (norma secundaria). Dicha deducción está en el origen tanto de la teoría de las normas de K. Binding (55) como de la teoría de las normas de cultura de M. E. Mayer (56). Para ambas teorías ley penal no expresa un imperativo dirigido al ciudadano, sino que se dirige a los órganos encargados de aplicarla. La norma primaria, según estos autores, es previa a la ley penal, pero mientras que para Binding tiene naturaleza jurídico-pública, para Mayer posee naturaleza social (57).

La primera objeción que puede oponerse a estos autores hace referencia a la idea de que existen unas normas extrapenales, previas a la ley penal, y que el legislador penal se limita a establecer la sanción correspondiente. En efecto, aun existiendo normas extrapenales, ni el

---

(55) BINDING, K., *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, 4.<sup>a</sup> edición, Leipzig, 1922.

(56) MAYER, M. E., *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Darmstadt, 1965 (reproducción de la edición de Breslau de 1903).

(57) Cfr., un excelente estudio de estas teorías en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Sobre la estructura de la norma penal: la polémica entre valorativismo e imperativismo*, ob. cit., pp. 31 ss.

legislador penal está, en todo caso, obligado a establecer sanciones para el incumplimiento de las mismas, ni ha de limitarse, en el caso de que estime necesario hacerlo, a establecer la sanción, recogiendo como supuesto de hecho el contenido en la norma previa y preexistente a la ley penal (58). El legislador penal, dentro de ciertos límites, tiene libertad en la selección y configuración de las conductas delictivas. Asimismo, no parece posible afirmar la existencia de un imperativo jurídico puro e independiente de la sanción. Una declaración de voluntad privada de los medios para hacerse valer, para imponerse, no puede ser un imperativo, por más que emane del poder soberano (59).

Por otra parte, también son destinatarios de las leyes penales los ciudadanos, que pueden hacer realidad, a través de su comportamiento, la intangibilidad de los bienes jurídicos que el Estado intenta proteger mediante el dictado de la norma jurídica. Como pone de manifiesto Álvarez García, esta conclusión es inevitable si se parte de un correcto punto de vista metodológico, que sólo puede ser el que arranque de las funciones y fines del Derecho penal. Es decir, si lo que se persigue mediante el Derecho penal no es la aplicación de medidas represivas, sino la salvaguarda de bienes jurídicos a través de la amenaza de la pena, resulta evidente que esta función motivadora, dirigida a aquellos que están en situación de lesionar objetos jurídicos, sólo puede ser realizada por medio de un mandato dirigido a los sujetos implicados. De esta forma se logra evitar, en la mayoría de las ocasiones, la lesión o puesta en peligro de bienes que el Derecho ha considerado dignos de protección, proporcionando al tiempo a los ciudadanos una referencia segura de cuál puede ser la reacción del ordenamiento ante un comportamiento futuro (seguridad jurídica) (60).

---

(58) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, ob. cit., pp. 25 y 26; MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*, ob. cit., pp. 23 ss.; MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho penal*, 2.ª edición, ob. cit., pp. 112 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Sobre el concepto de Derecho penal*, Madrid, 1981, pp. 74 ss.; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, ob. cit., pp. 317 ss.

(59) Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Sobre la estructura de la norma penal: la polémica entre valorativismo e imperativismo*, ob. cit., p. 53.

(60) ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Sobre la estructura de la norma penal: la polémica entre valorativismo e imperativismo*, ob. cit., pp. 67 y 68. Como ha puesto de manifiesto ESER, en cuanto se quiera que la pena sea algo más que una retribución ciega del hecho, ésta tiene como presupuesto una norma que esté dirigida al ciudadano. «Con ello, no se pretende catalogar como irrelevantes ni los intentos de legitimación pertenecientes a la teoría del Estado, ni las discusiones de la teoría del Derecho acerca de los destinatarios primarios o secundarios, ni otros esfuerzos de categorización pertenecientes a la teoría de las normas; sin embargo, respecto de la ciencia del

La formulación literal de las leyes penales, por lo tanto, no supone que el imperativo dirigido al ciudadano esté fuera y sea previo a ella, sino que el imperativo está implícito en la misma. Dicho imperativo se desprende a través de una *relación de sentido*, es decir, social y psicológicamente, a la existencia de un enunciado del género de «el que matare a otro será castigado...» se asocia, sin mayores problemas, la idea de «prohibido matar», de «no mates» (61).

Pero con independencia de lo anterior, y como ya se ha señalado, la solución de Nawiasky consistente en remitir la norma secundaria al Derecho procesal resulta insólita y artificiosa. Si, según este autor, el Derecho material se limita a circunscribir cómo podemos comportarnos, no hay lugar en el mismo para el concepto de pena, con lo que, en definitiva, envía la pena, concepto clave del Derecho penal, al Derecho procesal.

#### b) **La teoría del merecimiento de la pena**

Según Beling, cuyo criterio delimitador es seguido, de forma más o menos explícita y consciente, por muchos autores, «cada precepto penal se distingue, como tal, por su contenido; el fondo del mismo es siempre si debe imponerse la pena, cual sea ésta y con qué requisitos; en cambio, el procesal penal está lejos de todo esto; en él se trata de ver si hay lugar a proceder, como debe ser el proceso y cuáles son sus

---

Derecho penal en cuanto ciencia de la acción hay que constatar que deja de lado su cometido más importante, si no incluso su verdadera tarea, si pierde de vista al ser humano cuya conducta, en última instancia, es el elemento decisivo. Este peligro puede ser sorteado, sobre todo, si se considera que ninguna construcción teórica puede darse por concluida mientras no se haya enfrentado a la cuestión de qué es lo que significa una determinada manifestación para aquel que debe conducir su comportamiento de acuerdo con ella o enjuiciar la conducta de otros en función de su contenido. Esta cuestión relativa al mensaje que emana de las normas jurídico-penales para el individuo debería resolverse de manera afirmativa con toda naturalidad en la medida en que se trate de *mandatos* y *prohibiciones*: con independencia de cómo deban legitimarse éstos y de cómo deban ser sancionados en caso de infracción, se quedan cortos en un elemento esencial si no pretendieran dirigirse (al menos también) al ciudadano individual. Por ello, deberían rechazarse como incompatibles con una justicia penal «acorde al ser humano» aquellas doctrinas que quisieran entender incluso las normas de mandato y de prohibición meramente como base de sanción para el aplicador del Derecho, al degradar al ser humano a un mero objeto de sanción» (ESER, A., «Reglas de conducta y normas de tratamiento», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, 2001, pp. 192 y 193).

(61) ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Sobre la estructura de la norma penal: la polémica entre valorativismo e imperativismo*, ob. cit., pp. 56 y 57; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, ob. cit., p. 314.

requisitos, de lo que, por el contrario, no se ocupa en absoluto el Derecho penal. Por lo mismo, la duda acerca de si se está ante una proposición jurídico-penal o una proposición procesal-penal, ha de solucionarse de modo que se estaría ante la primera cuando la circunstancia que condiciona la respectiva consecuencia jurídica radica en el ámbito de la idea del ser merecedor del mal de la pena; y ante la segunda cuando la circunstancia condicionante está configurada de tal forma que no pueda insertarse en la idea de la pena, sino que, más bien, está en relación con el sí y cómo de la actividad procesal» (62).

Entre los seguidores de este criterio delimitador se encuentra Bemmman, cuya postura debe ser recogida, pues las críticas que se efectúan a la tesis del «merecimiento del mal de pena» frecuentemente se realizan desde la concreta opción sistemática de este autor, olvidando, de forma más o menos interesada, el significado originario que le dio Beling. Para Bemmman, «el Derecho penal material determina los elementos de la acción delictiva y los enlaza a la amenaza penal. El Derecho penal formal determina el sí y el cómo debe ser la vía jurídica que tiene como meta la averiguación y la condena del autor. El Derecho penal material indica las circunstancias desde las cuales surge el *ius puniendi* del Estado; el Derecho procesal penal designa los presupuestos bajo los cuales este *ius puniendi* estatal llega a su ejecución. Cada uno de estos campos jurídicos regula, por lo tanto, sus propias cuestiones» (63).

Pero la claridad conceptual con la que se diferencian ambos campos jurídicos, como reconoce este autor, contrasta con la dificultad que parece existir a la hora de distinguir en el caso concreto si un elemento es de naturaleza material o formal (64). «En el fondo —señala Bemmman— la decisión sobre este asunto, como ya ha constatado Beling, es tremendamente fácil y es casi extraño que en la teoría y en la práctica aun no exista claridad. Sólo se precisa la siguiente maquiñación: Todas las circunstancias y sólo las circunstancias que provocan el nacimiento del *ius puniendi* estatal forman, como es sabido, el fundamento jurídico de la pena; pero dado que el *ius puniendi* estatal sólo nace en el momento del surgimiento de las respectivas circunstancias del Derecho material, resulta que precisamente estas circunstancias, en su totalidad, justifican la pena. Por ello, las circunstancias pertenecientes al Derecho penal material son de tal naturaleza que, en cierta manera, provocan la pena o, en otras palabras, hacen aparecer la

---

(62) BELING, E., *Deutsches Reichsstrafprozessrecht*, ob. cit., p. 6.

(63) BEMMANN, G., *Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit*, Göttingen, 1957, p. 26.

(64) *Ibidem*.

penalización del autor como algo merecido. Las circunstancias iusmateriales residen, como decía Beling, en el ámbito de las ideas del merecimiento del mal de pena. Por consiguiente, la decisión de si un elemento es de naturaleza iusmaterial o no lo es, en última instancia, siempre depende de si la característica se adecua a la idea de la pena o si no está en ninguna relación con esa idea» (65).

Sin embargo, es preciso tener en cuenta que Bemmman, a la hora de dotar de contenido el concepto del merecimiento de pena, adopta una solución diversa a la de Beling, ya que, mientras para Beling el ámbito del ser merecedor del mal de pena abarca circunstancias que se encuentran más allá de la culpabilidad (condiciones de punibilidad) (66), para Bemmman este concepto se limita a la acción típica, antijurídica y culpable, «ya que las restantes circunstancias que sean necesarias para el castigo no pueden tener nada que ver con la cuestión de si el autor merece o no la pena, dado que no afectan ni al injusto del hecho ni a la culpabilidad del autor; por ello estos elementos sólo tienen relevancia procesal» (67). Ello conduce, como consecuencia necesaria, a la negación de la punibilidad.

Tampoco la tesis del «merecimiento del mal de pena» ha escapado a las críticas de la doctrina científica. Así, para Roxin esta tesis marca de un modo extraordinariamente estrecho el campo del Derecho material: «El punto débil de ésta concepción estriba en que actualmente ya no es sostenible su fundamento en la teoría de la pena. Merecida es la pena que corresponde a la culpabilidad, y por lo tanto, si la punibilidad depende del merecimiento, será la culpabilidad lo único que desencadene la pena. Pero esto sólo puede considerarse correcto desde la perspectiva de una teoría puramente retributiva, mientras que actualmente se reconoce que la culpabilidad es una condición ciertamente necesaria, pero no suficiente, de la punibilidad. La culpabilidad sólo genera punibilidad si ello es preciso por razones sociales. Pero castigar una conducta culpable puede ser innecesario por razones político-criminales... y también puede ser inadecuado por razones político-jurídicas de otro tipo... Por lo tanto, es equivocada ya en su punto de partida la postura que pretende limitar el derecho material sólo a los

---

(65) BEMMANN, G., *Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit*, ob. cit., pp. 26 y 27; del mismo, «Zur Frage der nachträglichen Verlängerung der Strafverfolgungsverjährung», ob. cit., p. 336.

(66) Cfr., principalmente, BELING, E., *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, pp. 51 y 52.

(67) BEMMANN, G., *Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit*, ob. cit., p. 55; del mismo, «Zur Frage der nachträglichen Verlängerung der Strafverfolgungsverjährung», ob. cit., p. 336.

elementos que guardan relación con la culpabilidad o el merecimiento de pena» (68).

Sin embargo, como ya aclaraba H. Kaufmann, esta crítica tan sólo es trasladable a la concreta perspectiva adoptada por Bemann, que, como hemos visto, limita el ámbito del merecimiento del mal de pena a la acción típica, antijurídica y culpable, pero no a Beling, como puede deducirse claramente de su construcción del delito, en la que reconoce la existencia de presupuestos de punibilidad más allá de la culpabilidad (69).

Por otra parte, a la tesis de Beling se le ha reprochado su carácter genérico. En este sentido, H. Kaufmann, tras referirse a la propuesta del mencionado autor, señala que «la fórmula de Beling no nos hace avanzar; pues ahora «ser merecedor» no significa otra cosa que el que la pena sería «debida», «necesaria», «precisa», y de este modo sólo representa una circunscripción genérica para el Derecho penal material» (70). En esta misma línea de pensamiento, se ha mantenido que se trata de una fórmula vacía de contenido, que no proporciona ningún criterio material, y ello es lo que permite a Beling y Bemann llegar a resultados distintos (71).

Estas críticas, sin embargo, no resultan convincentes, ni fácilmente comprensibles. Si de lo que se trata es de buscar un criterio general y abstracto, no deja de resultar un tanto paradójico que, una vez obtenido, se le reproche precisamente el hecho de ser un criterio general. Por otra parte, tampoco es cierto que dicha teoría no proporcione ningún criterio material. Una teoría que no proporciona ningún criterio material es, por ejemplo, la teoría de la conexión con el hecho, que desatiende al contenido, de modo que dos elementos con un significado material equivalente (vg. ausencia de necesidad de pena), pueden formar parte, uno del Derecho material y otro del Derecho procesal. Sin embargo, esto no pasa con el criterio de Beling; muy al contrario, dicho criterio proporciona una pauta material, al menos a mi juicio, de la mayor trascendencia, pues obliga a pensar, a la hora de ubicar adecuadamente un elemento controvertido, en si el mismo se funda en la procedencia de la pena (realidad material al margen del proceso) o en el si y el cómo del proceso penal.

---

(68) ROXIN, C., *Derecho penal, parte general*, tomo I, ob. cit., pp. 986 y 987.

(69) KAUFMANN, H., *Strafanspruch, Strafklagrecht*, ob. cit., p. 109.

(70) KAUFMANN, H., *Strafanspruch, Strafklagrecht*, ob. cit., p. 109.

(71) Cfr., en este sentido, GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad en el Derecho penal*, ob. cit., p. 61; GILI PASCUAL, A., *La prescripción en Derecho penal*, ob. cit., pp. 55 y 56.

Cosa absolutamente distinta, por lo demás frecuente en Derecho y que no tiene por qué invalidar un criterio de distinción, es que con el mismo dos autores lleguen a soluciones diversas. En estos supuestos, lo que sucede, sencillamente, es que, al menos uno de ellos, se ha equivocado. En este caso, como reconocen los mismos autores que formulan dicha objeción, ha sido Bemann, pues su postura es expresión de un planteamiento netamente retributivo de la función de la pena que no puede considerarse correcto. Es decir, no es que el criterio pueda dar lugar a varias soluciones correctas, sino que Bemann se equivoca al pensar que siempre que exista un hecho típico, antijurídico y culpable, hay que imponer, necesariamente, la pena.

Algo similar puede suceder a la hora de aplicar el criterio general de Beling, por el momento inobjetable, al elemento controvertido. Así, por ejemplo, en el caso de la prescripción del delito, algunos autores remiten esta institución al ámbito procesal, al entender que su esencia radica en las dificultades probatorias que surgen con el transcurso del tiempo y, por lo tanto, en el logro de los fines y objetivos del proceso penal. Otros autores, por el contrario, la adscriben al Derecho material, al entender que encuentra su significado en la ausencia de necesidad de pena por el transcurso del tiempo. Nuevamente, ello no implica que el criterio de Beling sea inválido, sino que, al menos, un sector de la doctrina se equivoca al valorar la esencia y la razón de ser de la institución.

En conclusión, el hecho de que un criterio general, en su aplicación concreta, de lugar a diferentes opiniones doctrinales no significa que el criterio sea incorrecto. De hecho, haciendo válida esta objeción, habría que rechazar la inmensa mayoría de los criterios abstractos, pues con frecuencia, en su aplicación concreta, dan lugar a diferentes opiniones.

### c) **La teoría de la supresión mental del proceso de H. Kaufmann**

Como ha podido observarse, H. Kaufmann, a lo largo de su extraordinaria investigación comprueba que hasta mediados del siglo XIX el Derecho civil material y el Derecho civil procesal se hallaban entremezclados. La doctrina del Derecho común, siguiendo el concepto romano de la *actio*, concebía el derecho a la acción como algo que aparecía cuando el derecho material era lesionado, como una mera metamorfosis del Derecho material, sin efectuar ninguna delimitación entre el Derecho material y procesal. Pero fue la gran aportación de Windscheid la separación entre los conceptos de pretensión, perteneciente al Derecho material, y la acción, perteneciente al Derecho pro-

cesal. Con ello, Windscheid sacó a la luz la esencia del Derecho civil material. H. Kaufmann advierte que el principio metodológico utilizado por Windscheid para llevar a cabo el deslinde del Derecho civil material era en el fondo muy sencillo: tan sólo radicaba en no pensar en el proceso. Para esta autora ahí está la clave para la delimitación entre el Derecho material y el Derecho formal. Por ello propone trasladar este método delimitador del Derecho civil al Derecho penal. Dicho procedimiento, en principio, parecería estar obstaculizado por la circunstancia de que en Derecho penal no es posible la imposición de la pena sin el proceso. Sin embargo, según H. Kaufmann, esta conclusión es precipitada, pues si bien es cierto que en Derecho penal, a diferencia del Derecho civil, no existe una análoga realización del derecho sin la ayuda del proceso, ello no impide reproducir hipotéticamente la misma situación que en el Derecho civil, por medio de la suposición de que pudiera darse una pena sin proceso. Todas las normas jurídicas que bajo esta suposición mantuvieran su significado resultarían normas de Derecho material (72).

De este modo, llega H. Kaufmann a su célebre «pregunta-test», para decidir sobre la pertenencia de un elemento al Derecho penal o procesal penal: «¿Tendría que depender la imposición o no imposición de la pena, si fuera posible sin proceso, de esta circunstancia dudosa en cuanto a su naturaleza jurídica, o sería entonces irrelevante esta circunstancia?». Para mostrarlo de forma concreta: «¿Tendría que depender la imposición o no imposición de la pena, si fuera posible sin proceso, de la existencia o no existencia de la prescripción, de la querrela penal, de la amnistía, de la competencia del Tribunal, de la existencia de un escrito de calificación, etc., o no habría que tener en cuenta tal circunstancia por haberse convertido en algo sin sentido?». En seguida se ve que una parte de los presupuestos punitivos, como, por ejemplo, la prescripción, la amnistía, la querrela, habría de ser tenida en cuenta aun cuando la pena tuviese lugar *sin* proceso, mientras que otra parte de los presupuestos punitivos carecería de todo sentido de no haber proceso, como, por ejemplo, las reglas sobre la competencia del Tribunal, la inexistencia de un proceso sobre el mismo asunto, etc. Salta a la vista que estos últimos presupuestos punitivos –positivos o negativos– son de naturaleza formal, precisamente porque sólo pueden adquirir su significado, su relevancia, su sentido, por la existencia de un proceso penal y porque se volverían del todo incomprensibles, ininteligibles y desprovistos de sentido si no existiera tal proceso penal» (73).

---

(72) Cfr. KAUFMANN, H., *Strafanspruch, Strafklagrecht*, ob. cit., p. 133.

(73) KAUFMANN, H., *Strafanspruch, Strafklagrecht*, ob. cit., p. 134.

La tesis de H. Kaufmann tampoco ha escapado a las objeciones de la doctrina. Por una parte, a su fórmula se le ha reprochado el hecho de tratarse de una fórmula hipotética, pues el Derecho penal sólo es realizable por medio del proceso, de tal modo que una teoría que pretenda establecer las relaciones entre el Derecho material y procesal no puede prescindir del proceso (74). Sin embargo, esta objeción no resulta sólida, pues la utilización de fórmulas hipotéticas es frecuente y admisible en el ámbito del Derecho (piénsese, por ejemplo, en la causalidad hipotética en los delitos de comisión por omisión).

Por otra parte, a la fórmula de H. Kaufmann se le ha objetado, igual que al criterio de Beling, su carácter formal y ausencia de contenido, por no ofrecer ningún criterio material (75). A esta objeción puede responderse con los mismos argumentos que en el caso de Beling, por lo que nos remitimos a lo dicho anteriormente.

Desde el punto de vista de su contenido, se ha afirmado que la pregunta que se hace esta autora se encuentra mal formulada. En este sentido, Cerezo Mir señala que hay que preguntarse, no por el proceso, sino por «la aplicación, de cualquier modo, del Derecho penal». Para este autor no hay que hacer abstracción del proceso, sino de «la aplicación del Derecho penal en general» (76). Desde nuestro punto de vista, si lo que propone este autor es la sustitución en la fórmula de H. Kaufmann de la expresión «si fuera posible sin el proceso» por la expresión «si fuera posible sin la aplicación, de cualquier modo, del Derecho penal», ello nos introduciría en un camino intransitable, pues no parece posible plantearse la imposición o no imposición de la pena al margen de la aplicación del Derecho penal. Sin embargo, si a lo que se refiere es a que no entra dentro del ámbito del Derecho penal material aquello que, en atención a su fundamento (por ejemplo, las dificultades probatorias), afecta al ámbito aplicativo, estamos de acuerdo.

Asimismo, la propuesta de solución de H. Kaufmann, que por lo demás va en la línea de las tesis tradicionales, al atribuir al Derecho material aquellos elementos que se refieren a la procedencia de la pena, y al Derecho procesal los que tienen que ver con el logro de los

---

(74) VOLK, K., *Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht*, ob. cit., pp. 11 y ss.

(75) Cfr., en este sentido, BLOY, R., *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs und Strafaufhebungsgründe*, Berlin, 1976, pp. 25 y ss.; GILI PASCUAL, A., *La prescripción en Derecho penal*, ob. cit., pp. 58 y 59; VOLK, K., *Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht*, ob. cit., pp. 11 ss.

(76) CEREZO MIR, J., «Kaufmann, Hilde: «Strafanspruch, Straflagrecht» (*ius puniendi* y acción criminal), en *ADPCP*, 1969, p. 640; la misma opinión en su *Curso de Derecho penal español. Parte general*, tomo III, Madrid, 2001, p. 278.

objetivos del proceso (77), plantea el problema relativo a los posibles elementos mixtos. En efecto, por medio de esta fórmula, al hacer abstracción del proceso, perdemos la posibilidad de saber si el elemento de naturaleza jurídica dudosa, además de una significación material, tiene una significación procesal. Somos conscientes de la oposición que genera en gran parte de la doctrina el reconocimiento de elementos mixtos, sobre todo por las dificultades que plantea el saber qué régimen debe aplicarse a los mismos. Sin embargo, siendo honestos, lo cierto es que nada se opone a que un elemento pueda tener una significación material y procesal al mismo tiempo, una de mayor trascendencia que la otra o de ambas de trascendencia equivalente (78).

---

(77) Así lo termina reconociendo la propia H. KAUFMANN, al afirmar que su fórmula de solución «ha de regir, con la misma validez, para todos los campos jurídicos, dado que no presupone otra cosa que, por un lado, la existencia de proposiciones jurídicas con un contenido cualquiera sobre el deber ser independiente del proceso y, por otro lado, la existencia de proposiciones jurídicas sobre el «sí» y el «cómo» del proceso para la realización del deber ser» (*Strafanspruch, Strafklagrecht*, ob. cit., p. 135). En esta línea de pensamiento, MAPELLI CAFFARENA destaca las diferencias que se derivan de la ausencia de un elemento condicionante de la punibilidad o de un presupuesto procesal: «Bien es cierto que en uno y otro supuesto se llega en última instancia a la impunidad y que existen además otras coincidencias como que ninguna de las dos ha de estar abarcada por el dolo o la culpa. Sin embargo, el fundamento de la existencia es radicalmente diverso en cada caso. En uno se observa la violación del deber de no punir y en otro el deber de no proceder. Desde esta perspectiva el problema aparece conceptualmente claro: la condición objetiva en su acepción sustancial está relacionada con el primero de los deberes, mientras que los presupuestos procesales pertenecen a la esfera del segundo deber. Las consecuencias que se derivan de la naturaleza procesal de algunos elementos recogidos por el legislador en la descripción de las circunstancias de determinados delitos son diversas y de enorme importancia» (MAPELLI CAFFARENA, B., *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*, Madrid, 1990, p. 104). Cfr., igualmente, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./HUERTA TOCILDO, S., *Derecho penal. Parte general*, segunda edición, Madrid, 1986, pp. 385 ss., y 406 ss. También en esta línea de pensamiento, recientemente, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, quien se refiere, además, con acierto desde nuestro punto de vista, a criterios materiales de oportunidad, conveniencia o procedencia de la pena más allá de la estricta necesidad de la misma (MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., *La atenuante analógica de dilaciones indebidas*, Madrid, 2007, pp. 348 ss.).

(78) Cfr., por ejemplo, JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho penal. Parte general*, traducción de la 4.ª edición por Manzanera Samaniego, Granada, 1993, p. 822; mucho más confusa la opinión en JESCHECK, H. H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho penal. Parte general*, traducción de la 5.ª edición por Olmedo Cardenete, Granada, 2002, pp. 982 ss., donde se señala que la prescripción de la persecución penal «está situada en el límite del Derecho penal material y el Derecho procesal penal: su *fundamento* reside esencialmente en Derecho material; su *efecto*, sin embargo, se limita al procedimiento. Esto último comporta consecuencias que se dirigen particularmente a la admisibilidad de modificaciones posteriores de los plazos de prescripción bajo el aspecto de la prohibición de retroactividad (art. 103 II GG) a

Empeñarse en lo contrario, lo único que puede traer como consecuencia es operar con un prejuicio que en nada favorece al desarrollo científico (79).

Por las razones expuestas, continuamos adscribiéndonos al criterio de Beling, con el que la propuesta de solución de H. Kaufmann, como hemos visto, comparte, al menos, la esencia (80). Ni es un criterio formal, pues atiende con toda claridad al contenido, ni es cierto que no proporcione ninguna pauta material; muy al contrario, como se ha señalado, proporciona la pauta material trascendente a estos fines, pues obliga a pensar, a la hora de valorar la circunstancia controvertida, en si se basa en que debe o no debe tener lugar la pena, o en que debe o no debe tener lugar el proceso. Ahora bien, lo que no puede pretenderse, como en ningún otro caso, es subordinar la validez de

---

nivel constitucional...». Ciertamente, no se entiende cómo un elemento puede tener su fundamento en el Derecho material y, simultáneamente, no ser un elemento material y no aplicarle las consecuencias que ello comporta.

(79) De hecho, H. KAUFMANN, a pesar de sus esfuerzos, en nuestra opinión, no llega a proporcionar ningún argumento sólido en contra de la teoría de doble naturaleza; más bien al contrario, con la intención de convencer de que no queda más remedio que dejar fuera de consideración una posible significación adicional al carácter material, acude al argumento de que todos los presupuestos de la pena jurídico-materiales, transformados mentalmente en la apariencia de su existencia, esto es, en la sospecha, son a la vez presupuestos para la licitud del proceso penal, y que en tal sentido aparecen en ambos campos jurídicos. Esto, a su vez, lo apoya en la afirmación, más que discutible a nuestro juicio, de que «en la querrela, en la prescripción, en el derecho de Gracia, etc., hay que tener en cuenta que habitualmente está bastante claro (o incluso ya definitivamente aclarado en el momento de la presentación de la acusación) si existen o no. Con ello, en el lugar de la sospecha de que la característica en cuestión existiría, puede colocarse la declaración definitiva sobre la existencia y, así, la propia característica en cuestión»... «*todos los presupuestos de la pena materiales, desde la tipicidad hasta los presupuestos de la pena materiales adicionales ubicados más allá de la culpabilidad, constituyen presupuestos para la licitud de un proceso, concretamente en la medida en que sólo un determinado grado de comprobación de su existencia haría lícito el proceso*» (*Strafanspruch, Strafklagrecht*, ob. cit., pp. 120 ss., 141 ss.). Para nosotros, al margen de argumentos confusos, con los que se vuelven a entremezclar cuestiones diversas, lo que es claro es que, ni todos los presupuestos materiales tienen una significación procesal añadida, ni se puede negar la posible existencia de presupuestos con una significación mixta. Por otra parte, resulta preferible afirmar la posibilidad excepcional de elementos mixtos, a señalar a última hora que todos los «presupuestos materiales» son mixtos, porque ello, en la búsqueda del efecto contrario, conduce, necesariamente, a negar la posibilidad de separar el Derecho material del Derecho procesal. ¿No es acaso mejor reconocer la posibilidad de elementos mixtos y someterlos a los principios materiales, por el carácter material parcial que poseen? Para nosotros no cabe la menor duda.

(80) Sobre el criterio de Beling también puede verse la traducción al español: BELING, E., *Derecho Procesal Penal*, traducción del alemán y notas por M. Fenech, Barcelona, Madrid, Buenos Aires y Río de Janeiro, 1943, pp. 3 ss.

este criterio a que no exista discrepancia doctrinal a la hora de valorar el significado del elemento controvertido. Podrá haber quien opine, por ejemplo, que la prescripción se basa en las dificultades probatorias, quien crea que se basa en motivos de prevención general y quien estime que se fundamenta en ambas cuestiones, pero ello en absoluto invalida el criterio de distinción.

Tan sólo una pequeña corrección, más de forma que de contenido, conviene hacer al criterio de Beling, sobre todo para evitar la crítica superficial, pues dicho autor, no sólo no pensaba que el Derecho material acabara en el injusto culpable, sino que reconocía la existencia de elementos materiales más allá de la culpabilidad. Esta pequeña corrección sería sustituir la expresión «merecimiento» por la de procedencia, por ejemplo. Así, puede decirse: *la duda de si estamos frente a un elemento perteneciente al Derecho penal o al Derecho procesal penal debe resolverse en el primer sentido si la circunstancia que condiciona la respectiva consecuencia jurídica se sitúa en el ámbito de la idea de la procedencia de la pena, y en el segundo sentido si la circunstancia condicionante de la consecuencia jurídica está configurada de tal modo que no se ajusta a la idea de la procedencia de la pena, sino que guarda relación con el «sí» y el «cómo» de la actividad procesal.*

Dicho criterio, como criterio general que es, naturalmente, no exime del análisis del elemento controvertido, como en ocasiones parece pretenderse, pues de otra forma dejaría ser un criterio general y abstracto. El siguiente paso, por lo tanto, es pasar a estudiar las razones en las que basa el elemento en cuestión, o si se quiere, el fundamento de la circunstancia. Ello no implica que se confunda la naturaleza jurídica con el fundamento, como en alguna ocasión se ha señalado (81), sino sólo que para conocer la naturaleza jurídica hay que saber la razón o razones que fundamentan el elemento en cuestión. Con indagar en el fundamento jurídico no basta, pues dependiendo del criterio que se adopte en cuanto a la naturaleza jurídica, ese fundamento podrá traer como consecuencia la afirmación de su carácter material o procesal. Por lo tanto, hay fundamentaciones que deben conducir a la afirmación de la naturaleza material (sí se concluye que debe o no debe imponerse la pena) y otras que deben llevar a admitir el carácter procesal (por estar relacionadas con el sí y el cómo del proceso). Piénsese que de otra forma no hay nada en lo que sujetarse para calificar una determinada fundamentación como material o procesal.

---

(81) Cfr., en este sentido, GILI PASCUAL, A., *La prescripción en Derecho penal*, ob. cit., entre otras, pp. 36 y 49.

# La compleja estructura de peligro en el denominado delito «ecológico» del artículo 325.1 del Código Penal: Algunas alternativas

ÁLVARO MENDO ESTRELLA

Profesor de Derecho Penal  
Universidad Católica de Ávila  
Abogado

## 1. INTRODUCCIÓN

El delito «ecológico», tipificado en el artículo 325.1 del Código Penal, se configura claramente como un delito de peligro, materializado en la expresión «que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales». En consecuencia, la conducta típica, además de contravenir la normativa extrapenal tuteladora del medio ambiente, debe producir tal efecto. Si la configuración del precepto como norma penal en blanco compromete enormemente la taxatividad y seguridad jurídicas (1), la expresión reseñada no le va a la zaga. La misma, claro ejemplo de indeterminación, ambigüedad e indefinición, contribuye a los problemas de ineficacia (2) que puede generar el

---

(1) MENDO ESTRELLA, A., «Delito “ecológico” y norma penal en blanco. La STC de 9 de octubre de 2006: ¿una nueva orientación?», *La Ley Penal*, núm. 46, año V, febrero de 2008, *passim*.

(2) Refiriéndose al anterior artículo 347 bis) del Código Penal, aunque perfectamente trasladable al actual 325, PRATS CANUT, J. M., «Análisis de algunos aspectos problemáticos de la protección penal del medio ambiente», en *Jornadas sobre la protección penal del medio ambiente*, 20-21 de octubre de 1990, CODA/AEDENAT, ed. Agencia de Medio Ambiente (Madrid, 1991), p. 58, asegura que la mala estructuración técnica «es el motivo esencial para la falta de persecución penal del delito ecoló-

precepto por razones materiales, lo que obliga al intérprete a aportar criterios que reduzcan, en lo posible, esa indeterminación. Y éste es, precisamente, el objetivo de las siguientes líneas.

La Doctrina penal, casi unánimemente (3), ha criticado la expresión referida, siendo destacables aquellas opiniones que la califican como un concepto «tan sumamente vago y falto de contornos que carece de toda posibilidad de actuar como factor de contención de una desmesurada ampliación del tipo» (4) de manera que «no se hubiera hecho mejor si, deliberadamente, se hubiera buscado la más absoluta ineficacia» (5). Vaya por delante mi diálogo con estas críticas que, al alertar de la posible ineficacia del precepto, obligan como se ha dicho a intentar aportar un grado de determinación. Para ello analizaremos uno a uno los componentes de la expresión «que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales», comenzando con el objeto del potencial perjuicio: el equilibrio de los sistemas naturales.

---

gico» «siendo de destacar en este apartado, la indefinición de la tutela; su mala coordinación con el derecho administrativo sancionador; y la confusa estructura de delito de peligro de que se ha dotado el artículo...». En la misma línea TERRADILLOS BASOCO, J. M.<sup>a</sup>, «Protección penal del medio ambiente en el nuevo Código Penal español. Luces y sombras», en *Estudios penales y criminológicos* (EPC), 1996, p. 301, alerta que «puede temerse que lo alambicado de dichas fórmulas dificulte la aplicabilidad de los preceptos».

(3) Digo casi unánimemente porque sorprendentemente CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «La tutela del medio ambiente. Análisis de sus novedades más relevantes», La Ley 1996-2, D-133, p. 1552, califica la expresión de «sencilla, precisa y expresiva». Pero, como se advierte en el texto, la Doctrina más autorizada es crítica con los diversos componentes de la expresión. Así, entre otros muchos, CARMONA SALGADO, «Delitos contra los recursos naturales, el medio ambiente, la flora y la fauna. Disposiciones comunes» en COBO DEL ROSAL, M. (coord.), *Derecho Penal español, Parte Especial*, ed. Dykinson S. L., 2.<sup>a</sup> ed. (Madrid, 2005), p. 706, que advierte que «se trata de una expresión legal caracterizada por una indeseable indeterminación», o DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. «Cuestiones dogmáticas relativas al delito de contaminación ambiental», *Revista penal*, 1999», p. 34, al señalar que «la indeterminación valorativa de términos como los empleados por el legislador [...] es muy grande y merece ser criticada». También FLÓREZ DE QUIÑONES, C., «Delitos ambientales: no valen la pena» [en línea] <http://www.ucm.es/info/ecosistemas/delitos.htm>. o LLANEZA GONZÁLEZ, P., «El delito ambiental» [en línea], <http://palomallaneza.com/articulos/ambiental.htm>, que tajantemente manifiesta que «al sancionar únicamente como delito ecológico aquellas conductas que *puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales* parece que el legislador se queda tranquilo en el convencimiento de que ha proporcionado suficientes elementos valorativos».

(4) HUERTA TOCILDO, S., «Principios básicos del Derecho Penal y artículo 325 del Código Penal», *Revista Penal*, julio 2001, vol. 8, pp. 42-43. El subrayado y resaltado son propios.

(5) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.<sup>a</sup>, y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal español parte especial*, ed. Dykinson S. L. (Madrid, 1995), p. 1109.

## 2. EL EQUILIBRIO DE LOS SISTEMAS NATURALES

Su particular ambigüedad ha sido destacada ilustrativamente por Huerta Tocildo (6) cuando al preguntarse «¿qué ha de entenderse por equilibrio de los sistemas naturales? [...] ¿qué sistemas naturales son esos cuyo equilibrio puede verse amenazado por un grave riesgo?, ¿qué intensidad ha de tener el comportamiento contaminante para suponer la posibilidad de un grave peligro de desequilibrio de dicho objeto de protección?» afirma expresivamente que «las respuestas a estos interrogantes *podrían resultar de lo más variadas*, lo que, nuevamente, es un índice del alto grado de inseguridad con que ha de afrontarse la interpretación del artículo 325 CP». Con mayor rigor científico se ha dicho que «los sistemas naturales evolucionan constantemente y el equilibrio ecológico, por ello, *no existe* y hasta cierto punto no es deseable» (7), surrealismo del equilibrio ecológico que redundaría en la indeterminación que venimos denunciando.

Sea como fuere, debemos intentar concretar en la medida de lo posible, con el inestimable apoyo doctrinal, el contenido del *equilibrio de los sistemas naturales* pues además, y en otro orden de cosas, el bien jurídico objeto de tutela en el delito tipificado en el 325.1 se materializa en esta expresión. En esta labor hemos de advertir, en primer lugar, que los términos *equilibrio* y *sistemas* nos sugieren un conjunto de elementos interrelacionados, pero no elementos cualquiera, sino elementos que puedan ser calificados como *naturales*, tal y como nos indica el propio precepto, pudiendo entender por tales tanto elementos bióticos (flora y fauna) como los abióticos no creados por el hombre (agua, aire, suelo...).

Podrá observarse sin problemas que todos esos elementos encuentran tutela, de una u otra forma, en los capítulos III y IV del título XVI del libro II del Código Penal lo que ha llevado a la gran mayoría de la Doctrina a considerar que «los sectores a que se refieren los capítulos III y IV pueden reconducirse a un mismo bien jurídico, en la medida en que por tal se entienda el *mantenimiento de las propiedades del suelo, el aire y el agua, así como de la fauna y la flora y las condiciones de desarrollo de estas especies*, de tal forma que el sistema ecológico se mantenga con sus sistemas subordinados y no sufra alteraciones perjudiciales» (8).

(6) HUERTA TOCILDO, S., *op. cit.*, p. 49.

(7) ASÍ FLÓREZ DE QUIÑONES, C., *op. cit.*, citando expresamente al Catedrático de Ecología de la Universidad de Barcelona Narcís Prat.

(8) Esta concreción del bien jurídico protegido es la archicitada y comúnmente aceptada referencia de BACIGALUPO ZAPATER, E., «La instrumentación técnico legis-

Esta esforzada concreción doctrinal me permite concluir que, teniendo en cuenta que los elementos bióticos están protegidos expresamente en el capítulo IV y que el artículo 325 hace referencia expresa a los abióticos, el equilibrio de los sistemas naturales al que se refiere el legislador consistirá o dependerá del mantenimiento de las propiedades del suelo, el aire o el agua así como de la propia existencia de tales elementos.

Las propiedades referidas han de ser las físicas, químicas y biológicas y su alteración implicará un riesgo concreto para el equilibrio del ecosistema en cuestión, entendiéndose, sin embargo, que la lesión del bien jurídico esto es, el desequilibrio del ecosistema, se producirá cuando se haya reducido considerablemente su capacidad de regeneración es decir, «la rapidez con que un ecosistema vuelve a su estado anterior después de haber sido perturbado» (9).

### 3. LA GRAVEDAD

Avanzando en el análisis de la expresión que nos ocupa debe tenerse muy presente que no cualquier afectación de las propiedades del agua, del aire o del suelo será típica, sino sólo aquella que revista caracteres de gravedad: *que pueda perjudicar gravemente*, nos dice el precepto. En la gravedad, o al menos éste es el propósito del legislador, descansa la distinción entre infracción administrativa y penal, de manera que la simple contravención de normas administrativas no basta por sí sola para colmar el tipo objetivo sino que es necesario, además, que el posible perjuicio sea grave, lo que sirve para contrarrestar las opiniones que consideran como objeto de tutela la mera inobservancia de la normativa extrapenal protectora del medio ambiente.

---

lativa de la protección penal del medio ambiente» en Estudios Penales y Criminológicos 1980/1981, p. 200, cit. por, entre otros muchos, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, 15.<sup>a</sup> ed. (Valencia, 2004), p. 582, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., *op. cit.*, p. 1551 o BOIX REIG, J., y JAREÑO LEAL, A., Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», en VIVES ANTÓN, T., (*et. al*), *Derecho Penal, Parte Especial*, ed. Tirant lo Blanch, 3.<sup>a</sup> edición revisada y actualizada, (Valencia, 1999), pp. 639-640, que, no obstante, la atribuyen a PERIS RIERA.

(9) ALASTUEY DOBÓN, M.<sup>a</sup> C., *El delito de contaminación ambiental (artículo 325.1 del Código Penal)*, ed. Comares (Granada, 2004), p. 67. Considera esta autora, en el mismo sentido al expuesto, que «el desequilibrio del ecosistema, esto es, la lesión del bien jurídico, se dará cuando se produzca un menoscabo en su capacidad de regeneración».

No obstante algunos autores, a los que no falta razón, consideran que la distinción entre ilícito administrativo y penal en base a la gravedad es más aparente que real, ya que el artículo 325.1 «contiene, al menos aparentemente, elementos propiamente penales [...] porque, si bien se mira, tales elementos se encontrarán por regla general ya incluidos, explícita o implícitamente en la infracción administrativa previa» (10) siendo a su vez criticable «que un criterio rector esencial para la articulación de las distintas técnicas de tutela sancionadoras (la penal y la administrativa), gravite sobre un *elemento normativo abiertamente indeterminado*, cuya interpretación queda absolutamente al arbitrio del juzgador» (11).

*Lege data*, la presencia del término gravemente es indudable, resultando forzoso indagar cuáles son los criterios que sirven para delimitarlo. En esta línea es pionera la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1992 al afirmar que «En sentido semántico grave es aquello que produce o puede producir importantes consecuencias nocivas. Ello implica un juicio de valor y, por lo mismo, es eminentemente circunstancial [...]. Entonces, para encontrar el tipo medio de gravedad al que se refiere el párrafo primero del artículo 347 bis del Código Penal, habrá que acudir a la medida en que son puestos en peligro, tanto el factor antropocéntrico, es decir, la salud de las personas (incluida la calidad de vida por exigencia constitucional) como las condiciones naturales del ecosistema (suelo, aire, agua)...» (F.J. 3.º).

---

(10) HUERTA TOCILDO, S., *op. cit.*, p. 46. De la misma opinión GARCÍA RIVAS, N., *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, ed. Praxis (Barcelona, 1998), p. 133.

(11) MORALES PRATS, F., «La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: ley penal en blanco y concepto de peligro», en VALLE MUÑOZ, J. M.<sup>a</sup> (coord.), *Protección Jurídica del medio ambiente*, ed. Aranzadi (Pamplona, 1997), p. 231. En la misma línea FLÓREZ DE QUIÑONES, C., *op. cit.*, advierte que «catalogar de grave un peligro es una tarea enormemente valorativa, en la que intervienen las concepciones personales y la sensibilidad del juez hacia la materia, con la carga de inseguridad jurídica que esto conlleva». Las dificultades prácticas que puede acarrear la determinación de la gravedad ya fueron puestas de manifiesto igualmente por MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A., «Relación de causalidad en los delitos contra el medio ambiente» en *Causalidad e imputación objetiva*, Cuadernos de Derecho Judicial XXVI, 1994, p. 340, cuando en relación al 347 bis) del derogado Código Penal, advertía que «la práctica está demostrando que para los tribunales las dificultades para aplicar el artículo 347 bis no estriban tanto en la prueba de que haya existido riesgo concreto, como en estimar que el mismo haya tenido entidad suficiente como para estimarlo grave». Jurisprudencialmente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2004 califica al peligro grave para el medio ambiente de «excesivamente ambiguo que, como ha destacado la doctrina, ha determinado que la aplicación forense de este elemento no haya abandonado el ámbito de lo inseguro...» (FJ único).

Esta doctrina, que ha sido expresamente asumida por otras decisiones jurisprudenciales (12), no aporta, desde mi punto de vista, claridad al respecto, pues es obvio que la gravedad dependerá de la medida en que se pongan en peligro los objetos que menciona; debe reclamarse por tanto mayor concreción.

A este fin pueden resultar útiles los criterios que han venido fijando los Juzgados y Tribunales y que han sido igualmente expresados por el Tribunal Supremo. Tras un examen detenido de su jurisprudencia más reciente, se aprecia como la gravedad puede venir indicada, *en primer lugar*, por la toxicidad o peligrosidad de los contaminantes empleados (13). En *segundo lugar*, por la superación notable de los límites permitidos en la normativa de referencia o por el dato objetivo de los daños producidos (14), de manera que la afectación efectiva a flora o fauna, por

---

(12) Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2002 repite expresamente que «para encontrar el tipo medio de gravedad a que se refiere el art. 325 del CP –y antes el 347 bis– habrá que acudir [...] a la medida en que son puestos en peligro, tanto el factor antropocéntrico, es decir, la salud de las personas, incluida la calidad de vida por exigencia constitucional, como a las condiciones naturales del ecosistema (suelo, aire, agua) que influyen por tanto, en la gea, la fauna y la flora puestas en peligro» (FJ 3.º-3). A su vez esta Sentencia se refiere a otra del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1999.

(13) La Sentencia de 25 de octubre de 2002 considera que «desde esta perspectiva, la *grave* peligrosidad del vertido no puede ser cuestionada: se trata de un compuesto órgano-halogenado incluido en la relación de productos peligrosos contenida en la tabla 4 del anexo del Reglamento de Ejecución de la Ley 20/1986, RD 833/1988 de 20 de julio.; y su *toxicidad y peligrosidad* tanto para el hombre como para el medio ambiente es subrayada en los informes técnicos...» (FJ 1.º 2). Del mismo modo la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2002 asume, como en ella se dice, el argumento del Ministerio Fiscal «al estimar que el peligro creado en el caso enjuiciado fue grave por todas las circunstancias de tiempo y lugar concurrentes y por el contenido material de todos los bidones y no sólo por el tóxico derramado de alguno de ellos» (FJ 3.º-4).

(14) Así MATA Y MARTÍN, R. M., «Problemas y eficacia del Derecho Penal del Derecho Penal del medio ambiente: (especial referencia a la contaminación de las aguas subterráneas)», *Cuadernos de política criminal*, 2000, núm. 72», p. 12, alude al «grado de contaminación producida (de acuerdo a las tablas de valores límite para cada sustancia y los efectos producidos)...» como criterio que sirve para concretar la gravedad. Por su parte la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2001, determina que «es patente que los hechos probados ofrecen expresivos detalles acerca de la calidad de las aguas residuales y precisan que la valoración de la primera de las muestras tomadas arrojó valores que superan los admisibles para la vida ictiológica, dejando constancia de que, como consecuencia de esa acción, aparecieron muertos ejemplares de algunas especies de peces, lo que sugiere de forma inequívoca un relevante deterioro del medio natural. Así, debe concluirse que la gravedad del perjuicio está suficientemente acreditada...» (FJ 2.º). Del mismo modo la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2001 señala que, en el caso que enjuicia, el peligro grave «se manifiesta incluso en una alteración ambiental objetiva que es la mortalidad

irrelevante que sea, puede ser un indicio de la gravedad de la afectación a las propiedades de los elementos abióticos. *Por último*, otras circunstancias como la mayor o menor dificultad de restablecimiento, la extensión de la superficie amenazada o la permanencia temporal del peligro pueden contribuir, como señalan Doctrina y jurisprudencia (15), a llenar de contenido el término *gravemente*. Será, en definitiva, la conjunción de tales criterios la que determine la gravedad.

#### 4. EL PELIGRO TÍPICO

Analizados por tanto el concepto de equilibrio de los sistemas naturales y la gravedad a los que se refiere el artículo 325.1, corresponde ya adentrarse en la compleja estructura de peligro que se ha configurado en el citado precepto y que constituye el núcleo u objeto principal del presente trabajo.

##### 4a) Naturaleza del peligro exigido: ¿abstracto, hipotético o concreto?

Como venimos advirtiendo, es evidente que el artículo 325.1 del Código Penal no se configura como un delito de lesión, en tanto en

---

de los peces» (FJ 4.º). Por su parte la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2003, frente a la alegación de falta de gravedad que realiza la parte recurrente, considera que «esta alegación tampoco puede ser acogida, pues los vertidos no se limitaron a exceder los niveles de materias contaminantes tolerados sino que alcanzaron límites elevadísimos, necesariamente peligrosos para el equilibrio del sistema natural de la zona afectada...» (FJ 5.º). El mismo espíritu se aprecia en la Sentencia de 25 de octubre de 2003, que rechaza la gravedad de los vertidos porque «los excesos en los niveles no lo son con entidad suficiente para justificar la intervención del Derecho Penal...» (FJ 1.º). Gráfica y tajante resulta la más reciente de 8 de noviembre de 2004, al concluir que «se debe considerar grave todo traspaso de los límites reglamentarios de una entidad notable» (FJ 2.º).

(15) Entre otros LESMES SERRANOS, C., «Los nuevos delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente» en LESMES SERRANO, C. (*et.al.*), *Derecho penal administrativo*, ed. Comares (Granada, 1997), p. 343 o MATA Y MARTÍN, R. M., *op. cit.*, p. 12, nos hablan, respectivamente, de «la mayor dificultad en restablecer el equilibrio ecológico» o de «las dificultades para el posterior restablecimiento del equilibrio ecológico». Expresamente la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2004, señala que «parece seguro referenciar el criterio de la gravedad [...] a la magnitud de la lesión en relación con el espacio en que se desarrolla, la prolongación en el tiempo, la afectación directa o indirecta, la reiteración de la conducta, de los vertidos, emisiones, etc., a la dificultad para el restablecimiento del equilibrio de los sistemas, proximidad de las personas o de elementos de consumo» (FJ único).

cuanto el legislador penal requiere que la realización de la conducta típica, tras la contravención de la norma extrapenal, pueda perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales y no que se perjudique efectivamente; nos encontramos, por tanto, ante un delito de peligro.

Y es en este punto donde surge otra de las cuestiones más controvertidas que suscita el precepto que comentamos y que consiste en definir qué tipo de peligro exige el legislador, decisión que va a acarrear importantes consecuencias prácticas. Antes de abordar esta trascendental cuestión quiero dejar constancia de mi consideración acerca de la conveniencia del uso de esta técnica legislativa en el ámbito delictivo en que nos encontramos, pues dada la función protectora y preventiva de bienes jurídicos que indudablemente ha de desempeñar el Derecho Penal la misma quedaría vacía de contenido si esperásemos para reaccionar penalmente a que se produjera un efectivo menoscabo del equilibrio del ecosistema natural en cuestión (16) (lo que, según algún autor, será habitual en la práctica) (17), a lo que debe añadirse, particularmente en este ámbito, la especial naturaleza y características del bien jurídico medio ambiente (18), cuya efectiva lesión puede tener consecuencias irreparables.

---

(16) Así BLANCO LOZANO, C., «Acerca de algunas cuestiones básicas del Derecho Penal Ambiental en el nuevo Código Penal de 1995», *Cuadernos de Política Criminal* (CPC), 1996, núm. 60, pp. 717-719, señala que «la finalidad *per se* del Derecho Penal ha de ser netamente preventiva: proteger bienes jurídicos es evitar que se infiera daño a los mismos» por lo que «la técnica de los delitos de peligro [...] parece, en todo caso, la más adecuada en orden a la protección jurídico penal de los recursos ambientales, por cuanto, en línea con el papel preventivo que está llamado a desenvolver, se adelanta a un previsible menoscabo sobre tan relevantes bienes». Igualmente MATA Y MARTÍN, R. M., *op. cit.*, p. 5, concluye que «los delitos de peligro poseen así un sentido anticipatorio y preventivo frente a los delitos de lesión, en el cumplimiento de la misión protectora de bienes jurídicos, propia del Derecho penal.

(17) De esta forma, MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A., *op. cit.*, p. 328, cuando advierte que «en la práctica esta función preventiva no se cumple, ya que cuando el Derecho Penal actúa, en la mayoría de los casos, es porque la conducta ha traspasado la frontera del riesgo lesionando el medio ambiente».

(18) En este punto es elocuente CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «La tutela del medio ambiente...», *op. cit.*, p. 1552, estimando que «la técnica más adecuada de protección es la de los delitos de peligro, pues la propia naturaleza del bien jurídico medio ambiente conlleva la necesidad de adelantar la protección antes de que se ocasiona la lesión. Lo delicado del medio ambiente no permite esperar a su destrucción para reaccionar, por lo que se protege su puesta en peligro o no se está protegiendo en realidad el medio ambiente sino otros valores diferentes». En esta idea incide MORALES PRATS, F., *op. cit.*, p. 226, al señalar que «la textura del bien jurídico protegido y los focos de riesgo que la actividad industrial y productiva proyectan sobre el mismo, determinan que el legislador penal deba adoptar la técnica estructural propia de los delitos de peligro». A ellos se suma TERRADILLOS BASOCO, J. M.<sup>a</sup>, «Protección penal del medio ambiente...», *op. cit.*, pp. 316-317.

Por otro lado, la posibilidad de perjuicio se presenta como el resultado que ha de derivarse de la conducta típica de manera que, por lo que respecta a su naturaleza jurídica, en ningún modo constituye una condición objetiva de punibilidad pues «la situación de peligro grave [...] es resultado de la conducta del sujeto, es consecuencia de la emisión o vertido realizado o provocado. Por ello, el peligro *no aparece como un hecho independiente* del actuar del sujeto activo, sino que depende de aquél, de modo que ha de traer causa de la conducta del agente y, si ésta se realiza dolosamente, debe ser abarcado por su voluntad y conocimiento» (19). Además, considerar el peligro grave como condición objetiva de punibilidad convertiría a la infracción de la normativa extrapenal en el único fundamento o elemento esencial del tipo, configurándose éste como mero refuerzo del sistema administrativo ambiental, opinión que aquí se rechaza abiertamente (20). Por último, tal consideración llevaría a tener que aceptar que la conducta de aquel que realiza o provoca emisiones, vertidos, etc., contraviniendo la normativa extrapenal pero sin poner en peligro grave el equilibrio de los sistemas naturales, debiera ser calificada como un hecho típico, antijurídico y culpable, aunque no punible, lo que hiere la más mínima sensibilidad jurídica.

Dicho esto, y retomando el problema fundamental que antes se ha anunciado, debemos indagar por tanto ante qué tipo de peligro nos encontramos en el precepto que se analiza. Y las alternativas al respecto son tantas como técnicas de tipificación del peligro son posibles, a saber: concreto, abstracto e hipotético o de idoneidad lesiva (21).

---

(19) MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A., *op. cit.*, pp. 334-335. Casi en los mismos términos se pronuncian BOIX REIG, J. y JAREÑO LEAL, A., *op. cit.*, p. 642, en cuanto consideran que «la producción del peligro lo es como consecuencia de la conducta concreta realizada o provocada. Dicho peligro no está concebido en el tipo legal como un hecho independiente de la voluntad del actuar del sujeto activo, sino que depende de él...». Igualmente MORALES PRATS, F., *op. cit.*, p. 247, en relación al anterior 347 bis), advertía que «... el propio tenor del precepto y, lo que es más importante si cabe, la opción relativamente instrumental (ex art. 45 Constitución Española) sobre el bien jurídico adoptada por el legislador, son datos más que suficientes para descartar esta artificiosa construcción en torno a la condición objetiva de punibilidad».

(20) Así, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.), *Código Penal, doctrina y jurisprudencia*, tomo II, ed. Trivium (Madrid, 1997), p. 3232, señala que «la consideración de la puesta en peligro grave como mera condición de punibilidad parte de una minusvaloración del núcleo del injusto descrito en el Código y una sobrevaloración del elemento normativo constituido por la infracción administrativa, concibiendo a ésta como un elemento esencial...».

(21) Así lo advierte CARMONA SALGADO, C., *op. cit.*, pp. 698 y 706. Con mayor decisión DE LA CUESTA AGUADO, P. M.<sup>a</sup>, *Causalidad de los delitos contra el medio*

Para resolver el problema planteado vaya por delante que en este trabajo se entiende por delito de peligro concreto aquel en el que «requiere expresamente la ley la creación de una efectiva situación de peligro» (22) mientras que en los de peligro abstracto «la peligrosidad de la conducta [...] se supone inherente a la acción salvo que se pruebe que en el caso concreto quedó excluida de antemano» (23). Por su parte, en los delitos de peligro hipotético o de idoneidad lesiva «no es preciso que se constate la producción de un resultado peligroso para el objeto directamente protegido, sino que basta con que la acción realizada sea idónea para poner en peligro» (24) de manera que se exige algo más que en los delitos de peligro abstracto pero algo menos que en los delitos de peligro concreto, pues no se presume su peligrosidad pero debe comprobarse, al menos, su idoneidad para poner en peligro (25).

Son varios los representantes doctrinales y las referencias jurisprudenciales (26) que defienden la configuración del 325.1 como un tipo de peligro concreto. Entre los primeros merece destacarse, por su fundamentación, la opinión de Mateos Rodríguez Arias (27) que, si bien referida al anterior artículo 347 bis del Código penal, es perfectamente aplicable al precepto hoy vigente dada la identidad de la dicción «*puedan perjudicar*», asegura que «si el legislador hubiera querido configurar la segunda alternativa –que es la que contiene dicha expresión– del artículo 347 bis 1.º como de peligro abstracto se hubiera limitado a describir la conducta, sin hacer referencia alguna a su potencialidad lesiva, como ocurre en el tipo del artículo 340 bis. a). 1.º CP, ejemplo claro de delito de peligro abstracto, donde sobra toda referencia a la peligrosidad porque el tipo describe una acción que el

---

*ambiente*, ed. Tirant lo Blanch, 2.ª ed. (Valencia, 1999), pp. 111-128, bajo el epígrafe «Distintas modalidades de la tipificación del peligro».

(22) MIR PUIG, S., *Derecho Penal, parte general*, ed. Reppertor, 7.ª ed. (Barcelona 2004), p. 233.

(23) MIR PUIG, S., *op. cit.*, p. 234.

(24) DE LA CUESTA AGUADO, P. M.ª, *op. cit.*, p. 121.

(25) Con absoluta claridad manifiesta MORALES PRATS, F., *op. cit.*, p. 245 que «el tipo de peligro hipotético no describe tan solo acciones que, con carácter general, se presumen peligrosas para los bienes jurídicos según un juicio proporcionado por la experiencia, a diferencia de cuanto acontece con los delitos de peligro abstracto *stricto sensu* [...] ... el legislador no se limita a describir una acción generalmente peligrosa según la experiencia, pero tampoco exige la concurrencia de un plus a la acción típica, centrado en la concurrencia de un resultado de peligro concreto para el bien jurídico».

(26) En la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, Sentencia de 13 de marzo de 2000 (FJ 9.º), 23 de noviembre de 2001 (FJ 1.º), 21 de diciembre de 2001 (FJ 1.º), 30 de enero de 2002 (FJ 3.º), 24 de septiembre de 2002 (FJ 5.º) u 11 de diciembre de 2003 (FJ único).

(27) *Op. cit.*, p. 333.

legislador considera siempre peligrosa, y, por ello, hubiera sido superfluo añadir una expresión como *puedan perjudicar*, de modo que, si la hubiera añadido habría que entender que había tipificado una conducta que no considera generalmente peligrosa...». Refiriéndose expresamente al vigente artículo 325.1, Soto Nieto (28) concluye que «es un delito de peligro concreto, es decir, que no basta que la acción contemplada sea potencialmente idónea para la causación de un perjuicio, sino que su sesgo de riesgo o peligrosidad ha de definirse certeramente en relación con las circunstancias coexistentes».

También doctrinal (29) y jurisprudencialmente encontramos avales que acreditan la configuración del precepto que nos ocupa como de peligro abstracto. Desde el punto de vista forense es elocuente la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2002, para la que el artículo 325 «... opta por configurar el delito como una infracción de peligro abstracto [...]. La Ley establece una clara distinción entre aquellos supuestos en los que se estima imprescindible para la ilicitud que el desarrollo de la conducta peligrosa vaya acompañada de la creación de un peligro concreto para el bien jurídico protegido; y aquellos otros en los que basta para la comisión del delito con la realización de la acción peligrosa, y que no requieren la producción de un resultado concreto. En los primeros define con claridad el supuesto de peligro que debe ser creado por la acción (por ejemplo, en el art. 362 CP); mientras que en los segundos se limita a caracterizar el comportamiento potencialmente peligroso «que puedan perjudicar gravemente (art. 325 CP)...» (FJ 1.º) (30).

Desde mi modesto punto de vista creo que estas posiciones, quizá por no estar arraigada a la sazón la idoneidad lesiva, obvian la posibilidad de entender configurado el artículo 325.1 como un delito de peligro hipotético, también llamado de peligro abstracto-concreto o

(28) SOTO NIETO, F., «Delitos contra el medio ambiente provocación o realización de ruidos», *La Ley*, núm. 6758, 18 de julio de 2007. Así lo mantienen, entre otros muchos, BLANCO LOZANO, C., «Artículos 325 y 328 del Código Penal: problemas prácticos de aplicación», *La Ley* 1997-4, D-224, p. 1323, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «De los delitos contra...», *op. cit.*, p. 3233, LESMES SERRANO, C., *op. cit.*, p. 335, LLANEZA GONZÁLEZ, P., *op. cit.*, o BOIX REIG, J., y JAREÑO LEAL, A., *op. cit.*, p. 642.

(29) SERRANO GÓMEZ, A y SERRANO MAILLO, A., *Derecho Penal, Parte Especial*, ed. Dykinson, 10.ª ed. (Madrid, 2005), p. 640 quienes afirman que «el riesgo, sin embargo, no se exige que sea concreto, bastando el abstracto, lo cual es criticable». Sin embargo SÁNCHEZ-MIGALLÓN PARRA, M.ª V., «El bien jurídico protegido en el delito ecológico», *Cuadernos de Política Criminal*, 1986, p. 343, considera esta configuración como deseable.

(30) Esta interpretación es adoptada de forma literal y más recientemente en la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2003 (FJ 1.º, 6), resolución en la que igualmente se citan otras de 12 de diciembre y 9 de octubre de 2000.

de aptitud. Y creo que precisamente es esta consideración la que constituye un correcto entendimiento de la configuración de dicho precepto, lo que deriva ineludiblemente de la propia dicción del artículo. Y ello es así porque cuando el legislador ha querido exigir un peligro concreto lo ha hecho expresamente de diferentes maneras: así puede apreciarse en el artículo 380(31), delito de peligro concreto por excelencia dentro del ámbito de los delitos contra la seguridad del tráfico, que requiere poner «*en concreto peligro la vida o la integridad de las personas*»; igualmente el artículo 362, números 1.º y 3.º, después de describir la acción típica exige que la misma «*ponga en peligro la vida o la salud de las personas*» lo que es distinto a poder perjudicar la vida o la salud.

Pero no hace falta acudir a preceptos cuyo objeto de protección es diverso al que nos ocupa pues, a título de ejemplo, los artículos 348 y 349 requieren poner «*en concreto peligro la vida, la integridad física o la salud de las personas, o el medio ambiente...*».

La más reciente jurisprudencia avala esta conclusión; en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2004, confirma tajantemente que «De acuerdo a la jurisprudencia de esta Sala el tipo penal del denominado delito ecológico participa de la naturaleza de los delitos de peligro abstracto-concreto, de peligro hipotético o potencial en lo que lo característico es la aptitud de la conducta realizada para producir el peligro grave al equilibrio de los sistemas naturales. En otras palabras, no es precisa la concurrencia de un peligro concreto sobre la salud de las personas o los sistemas naturales, sino la idoneidad de la conducta para su producción, por lo que no es preciso comprobar la efectiva producción del riesgo, la concreción del mismo, sino la idoneidad de su producción desde la conducta declarada probada» (FJ 6.º).

La ausencia de un peligro abstracto en el 325.1 resulta, si cabe, más evidente, pues aquel tipo de peligro se expresa con la simple enunciación de la acción u omisión típicas y, como se ha dicho, no exige ningún tipo de lesividad potencial. Para entender el 325.1 como un delito de peligro abstracto bastaría, para considerar colmado el tipo, con la realización o provocación de los agentes perjudiciales estudiados contraviniendo la normativa extrapenal pero el legislador, como se desprende de su lectura, no se conforma simplemente con ello.

También reciente jurisprudencia descarta la posibilidad de peligro abstracto; así, en la Sentencia de 25 de mayo de 2004, se reitera que «en

---

(31) Así, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre.

el tratamiento de este problema, la más reciente jurisprudencia ha calificado el tipo delictivo del artículo 325 del Código Penal vigente, no como un delito de peligro concreto ni tampoco abstracto *stricto sensu*, sino como un delito de peligro hipotético, no siendo bastante constatar la contravención de la normativa administrativa para poder aplicarlo, sino también algo más: que la conducta sea potencialmente peligrosa...» (FJ único) (32). Por su parte, la Doctrina más autorizada ha mantenido, y mantiene, la existencia de un peligro hipotético en el precepto objeto de estudio (33). Cabe destacar, por todos, a De la Cuesta Arzamendi quien, considerándolo ya presente en el anterior artículo 347 bis) en relación con la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles (34), estima, en cuanto al vigente artículo 325.1, que «claro es, a mi juicio, el nivel de peligro actualmente exigido para ambos supuestos: un peligro potencial de causación de grave perjuicio, en definitiva, un peligro hipotético bien para el equilibrio de los sistemas naturales, bien para la salud de las personas» (35).

Habiendo concluido entonces con la identificación de un peligro hipotético en la expresión típica «*puedan perjudicar*», el cual se constituye como «una subespecie de los delitos de peligro abstracto, en la que la presencia de la aptitud o posibilidad para el peligro de la acción es decisiva para conformar la tipicidad del delito, a diferencia de los delitos de peligro abstracto *stricto sensu*...» (36), hemos de recordar que de tal conclusión se desprenden importantes consecuencias prácticas

---

(32) Otras sentencias relativamente recientes como las de 1 de abril de 2003, que manifiesta que «en realidad la naturaleza de este tipo delictivo debe configurarse como de peligro hipotético a medio camino entre el peligro concreto y el peligro abstracto» (FJ 7.º), 17 de mayo de 2003 (FJ 5.º.1) o 24 de junio de 2004 (FJ único), acreditan la exigencia de un peligro hipotético.

(33) Entre ellos, ECHARRI CASI, F. J., «El subtipo agravado de clandestinidad en los delitos contra el medio ambiente», *Diario La Ley*, núm. 5848, año XXIV, 12 de septiembre de 2003, p. 2, GARCÍA RIVAS, N., *op. cit.*, p. 136, HUERTA TOCILDO, S., *op. cit.*, p. 43, MORALES PRATS, F., *op. cit.*, pp. 251-252, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...*, 15.ª edición, *op. cit.*, p. 585 o SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J., «De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del Patrimonio histórico y el medio ambiente» en RODRÍGUEZ MOURULLO, G (dir.), *Comentarios al Código Penal*, ed. Civitas (Madrid, 1997), p. 928.

(34) DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «La reciente historia del delito ecológico: del artículo 347 bis al proyecto de nuevo Código Penal de 1994», en VALLE MUÑOZ, J. M.ª (coord.) *La protección jurídica del medio ambiente*, ed. Aranzadi, (Pamplona, 1997), p. 190.

(35) DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Cuestiones dogmáticas...», *op. cit.*, p. 33. La misma opinión mantiene en «Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente: Capítulo III, título XVI, libro II del Nuevo Código Penal de 1995» en Actualidad Penal, núm. 14, 6 al 12 de abril de 1998, p. 294.

(36) MORALES PRATS, F., *op. cit.*, p. 245.

pues, como subespecie de los delitos de peligro abstracto, en principio permiten eludir los arduos problemas, mayores si cabe en este ámbito, consistentes en demostrar la relación de causalidad (37) entre la acción realizada y la lesión o peligro concreto, de manera que dicha relación se sustituye «por un nexo lógico basado en un juicio de *pronóstico* que se fundamenta tanto en criterios monológicos de las ciencias naturales y de la experiencia como en un juicio de valor de carácter normativo de forma que, de este modo, desaparecen todos los problemas derivados de la relación de causalidad para estos supuestos» (38).

De esta forma la fase probatoria en el proceso penal debe tender, como hemos repetido incesantemente, a acreditar «la idoneidad de la conducta para producir un resultado» (39) para lo cual pueden servir criterios, según concluye De la Cuesta Aguado (40) en uno de los trabajos más específicos al respecto en nuestra Doctrina, como «las propiedades de la sustancia emitida o vertida», «la intensidad con que se ha realizado la acción» o «la duración o permanencia de la acción o sus efectos» hasta el punto de que «la mayor parte de la doctrina admite la validez de la ley estadística como fundamentadora de una relación de causalidad en estos casos». Si se observa, algunos de estos criterios van a servir igualmente para determinar la gravedad.

Para terminar con el estudio de la configuración del peligro típico que acoge el artículo 325.1, debemos referirnos al segundo inciso de dicho apartado en el que, a diferencia del antecesor 347 bis del Código Penal derogado, se ordena la imposición de la pena de prisión en su mitad superior cuando «el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas». Al respecto merecen hacerse ciertas consideraciones. En *primer lugar*, nótese que la afectación a la salud de las personas lleva aparejada una agravación penológica que incide sólo en la pena de prisión y no en la de multa o inhabilitación, que se mantienen en los mismos parámetros de la afección al equilibrio de los sistemas naturales. Tal agravación, como fácilmente se deducirá, conlleva la determinación de la pena en una horquilla de dos años y tres meses a cuatro años.

---

(37) En este sentido MATA Y MARTÍN, R. M., «Problemas y eficacia...», *op. cit.*, p. 11, recuerda que esta opción «permite evitar enojosos problemas a la hora de establecer una complejísima relación de causalidad». Con su habitual claridad SILVA SÁNCHEZ, J. M.<sup>a</sup>, «¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325 del Código Penal» en *La Ley*, 1997-3, D-132 ?», p. 1716, manifiesta que el uso de esta técnica «permite eludir la complicada determinación de la relación de causalidad entre conducta y resultado de peligro concreto».

(38) DE LA CUESTA AGUADO, P. M.<sup>a</sup>, *Causalidad de los delitos...*, *op. cit.*, pp. 268-269.

(39) ECHARRI CASI, F., *op. cit.*, p. 2.

(40) DE LA CUESTA AGUADO, P. M.<sup>a</sup>, *op. cit.*, pp. 239 y 267.

En segundo lugar debe resaltarse que, en contra de lo que a primera vista pudiera parecer, no nos encontramos ante un tipo cualificado sino, verdaderamente, ante un segundo tipo básico pues el mismo no lleva necesariamente implícito, aunque en la práctica sea lo habitual, el desvalor de la afección al equilibrio de los sistemas naturales; como claramente ha expuesto De la Cuesta Arzamendi (41) «estamos ante una segunda modalidad básica del artículo 325» pues «para la aplicación del segundo inciso del artículo 325, en modo alguno se requiere de manera explícita que, al riesgo contra el equilibrio de los sistemas naturales, se añada el peligro para la salud de las personas, siendo perfectamente punible a través del artículo 325 la provocación o realización de emisiones o vertidos, etc., que puedan perjudicar gravemente la salud de las personas, aun cuando no sean aptas para alcanzar esa misma virtualidad peligrosa para el equilibrio de los sistemas naturales».

Por último, y en tercer lugar, aun manteniéndose la discusión doctrinal (42) acerca de si el peligro para la salud de las personas es abstracto, hipotético o concreto, me parece indudable su configuración, igualmente, como de peligro hipotético. Y ello porque la construcción «si el riesgo de grave perjuicio...», valiéndonos de una interpretación literal, sugiere la referencia a algo a lo que se ha aludido anteriormente y ese algo no es otra cosa que el peligro que hemos visto se exige para el equilibrio de los sistemas naturales, máxime cuando en ambas alternativas se hace referencia por igual a la gravedad y el perjuicio. Si hemos considerado el riesgo para el equilibrio de los sistemas naturales como hipotético, la más mínima coherencia nos obliga, y con los mismos argumentos, a hacerlo con el segundo inciso.

Además una distinta interpretación nos haría concluir, con Morales Prats (43), que «la agravación no se fundamentaría en el objeto de

---

(41) DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Delitos contra...», *op. cit.*, p. 293. Igualmente, MUÑOZ LORENTE, J., «Juicio crítico sobre las reformas penales en materia medioambiental introducidas por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal» en *La Ley Penal*, ed. La Ley, núm. 6, año 1, junio de 2004, p. 19, afirma que «el art. 325.1 contiene dos tipos básicos alternativos» de manera que «el art. 325.1 no exige que la puesta en peligro de la salud haya de ser siempre consecuencia de una puesta en peligro de los ecosistemas; y el ejemplo más relevante de ello es la contaminación acústica con la que el tipo queda consumado sin necesidad de probar una puesta en peligro de los ecosistemas».

(42) Consideran que el tipo exige un peligro concreto CARMONA SALGADO, C., *op. cit.*, p. 706 y DE LA CUESTA AGUADO, P. M.<sup>a</sup>, *Causalidad...*, *op. cit.*, pp. 155-156, para la que dicha conclusión deriva de la expresa mención al *riesgo* que lleva a cabo el legislador en el segundo inciso del 325.1.

(43) *Op. cit.*, p. 242. En el mismo sentido DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., *op. cit.*, p. 295, considerando que «precisamente esta identidad del riesgo y la *diversidad de su objeto* es lo que determina la entidad de la pena prevista...».

referencia del juicio de peligro (salud de las personas) sino en el *plus de peligro* que se exige con relación a la salud de las personas (peligro concreto)...», lo que no parece sea lo que inspiró tal agravación si tenemos en cuenta las críticas que suscitó el derogado 347 bis en cuanto equiparaba la penalidad en uno y otro caso.

#### 4b) **Distorsiones e inconveniencias del peligro hipotético**

Tras el análisis y las consideraciones llevadas a cabo en el epígrafe que nos ocupa y llegados a la conclusión que nos encontramos en presencia de un delito de peligro hipotético, creo que es el momento de realizar algunas reflexiones al respecto que, quizá, puedan derivar en alguna proposición de futuro.

Y es que, de entrada, y suscribiendo las ya tradicionales reticencias que provocan los delitos de peligro abstracto, de los que, no olvidemos, son una modalidad los de peligro hipotético (peligro abstracto *lato sensu*) (44), es patente que tal configuración, contraviene, o al menos relativiza, instituciones tan básicas en Derecho Penal como el contenido material de la antijuridicidad (que ha de informar, nada menos, la consideración por el legislador de relevancia penal de una conducta), el principio de lesividad o, incluso, el de exclusiva protección de bienes jurídicos, en tanto en cuanto se adelanta sobremanera la intervención penal.

Recientemente, un sector de la más moderna Doctrina penal ha advertido en este sentido que «a través de la técnica de los delitos de peligro, sobre todo abstracto, se puede atentar con facilidad contra el principio de seguridad jurídica, y se promueve un indebido alejamiento de las referencias materiales a las que no debe renunciar el Derecho penal y que pretende asegurar el principio de lesividad» (45).

(44) MORALES PRATS, F., «La estructura...», *op. cit.*, p. 240.

(45) SANZ MULAS, N., «La validez del sistema penal actual frente a los retos de la nueva sociedad», *Diario La Ley*, 11 de julio de 2005, p. 8. Con carácter general, y a mayor abundamiento, concluye la citada autora que «lo que, finalmente, se está fomentando no es sino un uso utilitarista del Derecho penal, que provoca un abuso de la intervención penal, legitimando su actuación en *prima ratio* y propiciando que se privilegie su función preventiva sobre la protección de bienes jurídicos. Lo que sólo cabe traducirse, al final, en una función meramente simbólica del Derecho Penal...». En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, J. M.<sup>a</sup>, *op. cit.*, p. 1717, manifiesta que «un cambio en el modelo de imputación que diera lugar a una atribución de responsabilidad sin creación personal de riesgos jurídico penalmente relevantes anularía el avance representado por casi doscientos años de Derecho penal liberal» añadiendo que ello puede «provocar un retroceso incalculable en el Derecho Penal de las garantías que, según parece, todavía queremos construir».

Junto a ello, y si bien es cierto que la configuración como de peligro abstracto, en cualquiera de sus modalidades, «permite evitar enojosos problemas a la hora de establecer una complejísima relación de causalidad y otros relativos a la prueba» ello lo es «al precio, eso sí, de establecer y dar por buena una presunción de riesgo que –en determinados casos– puede no ser real» (46) por lo que la alternativa no parece ser otra que la de «una no imputación ineficaz o una imputación injusta» (47).

El alcance de los inconvenientes que provoca la técnica de los delitos de peligro abstracto *lato sensu* se muestra más evidente tanto si atendemos a hipotéticos, aunque perfectamente factibles, supuestos planteados por algún sector doctrinal, como si descendemos al día a día de nuestros Tribunales. Por lo que respecta a los primeros, son suficientemente ilustrativos, y sin duda generalizables, los ejemplos que propone De la Cuesta Aguado (48).

Plantea la citada autora, en primer lugar, el supuesto de aquella industria que realiza vertidos que, en contacto con el agua, pueden elevar el ph de dicho elemento y, con ello, poner en peligro el equilibrio del ecosistema acuático. Pues bien, la mera constatación de la existencia del vertido y la prueba, principalmente pericial, de las circunstancias del mismo y de sus potenciales consecuencias permitirían al juzgador, con la configuración típica actual, someter al autor a una pena de prisión aunque no se pruebe que «se haya elevado el ph y no haya habido un riesgo efectivo para el ecosistema» (49). O aquel otro (50) en el que se emite al aire una sustancia en una dosis que puede perjudicar a la salud de las personas por inhalación; en este caso la mera acreditación pericial de la cualidad y cantidad de la sustancia podría fundamentar una sentencia condenatoria sin tener en cuenta la concentración de la misma en el aire circundante o la lejanía del primer núcleo de población más cercano al foco de emisión es decir, de nuevo, siendo el riesgo quizá irreal (51).

Descendiendo al terreno forense, con buen criterio, la Sentencia de 11 de diciembre de 2003, confirmando la de instancia, absuelve a los acusados porque la inexistencia de «prueba que pueda asegurar que tales compuestos alcancen los citados niveles en las aguas subterráneas, y en último término en el río» (antecedentes de hecho) implica

---

(46) MATA Y MARTÍN, R. M., *op. cit.*, pp. 11-12.

(47) SILVA SÁNCHEZ, J. M.<sup>a</sup>, *op. cit.*, p. 1717.

(48) DE LA CUESTA AGUADO, P. M.<sup>a</sup>, «Causalidad...», *op. cit.*, pp. 156-157.

(49) *Ibidem.*

(50) DE LA CUESTA AGUADO, P. M.<sup>a</sup>, *op. cit.*, pp. 229-230.

(51) Recuérdese, de nuevo, a MATA Y MARTÍN, R. M., *op. cit.*, pp. 11-12.

que no se ha producido «un peligro grave que como peligro concreto constituye el resultado de la acción típica» (FJ único). El mero peligro hipotético hubiera servido al Tribunal para condenar, pues hubiera bastado únicamente con demostrar la idoneidad lesiva de los compuestos sin acreditar los niveles que pudieron alcanzar en el río.

Igualmente la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2004 confirma la dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona en fecha 28 de abril de 2003, referente a unos vertidos realizados en los terrenos, protegidos de valor agrícola, colindantes a una empresa y bajo los cuales discurría el acuífero del Delta del Llobregat. La prueba pericial practicada en el proceso acredita los graves efectos que tales vertidos podrían producir a la vida animal y vegetal siendo la sentencia condenatoria, creo que de forma correcta con la configuración típica vigente, pues el probado depósito directo en terrenos de valor agrícola puede producir efectos altamente perniciosos «en cuanto la presencia de hidrocarburos sólo permite sobrevivir a ciertas plantas y germinar únicamente a aquéllas que lo hacen de forma anaeróbica» (antecedentes de hecho 1). Sin embargo lo que aquí interesa, en la línea en la que quiero llamar la atención, es que el Tribunal, frente a la alegación del recurrente de la ausencia de prueba de que los vertidos hayan llegado al acuífero, considera que «no se trata de si los vertidos han llegado al acuífero sino de si pueden atravesar las capas del terreno» (FJ 2.º. 3), lo que demuestra una vez más que puede imponerse una pena de prisión sin existir el más mínimo riesgo para el medio receptor. De exigirse un peligro concreto, sería obviamente necesario comprobar la llegada al acuífero de los vertidos en cuestión circunstancia que, a mi entender, es incluso exigible con la configuración vigente.

Del mismo modo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2004, confirmando igualmente la de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de noviembre de 2002, condena a los acusados por la realización de vertidos de aguas residuales a una riera en un lugar de elevado interés paisajístico y natural frente a la razonable alegación de la defensa en su recurso de casación advirtiendo «que no se tomaron muestras aguas arriba y aguas abajo [...] sino a la salida de la depuradora» (FJ 2.º) añadiendo el recurrente «que no es posible con esa prueba llegar a la conclusión de si ha existido o no impacto sobre el medio». La idoneidad lesiva de los vertidos sin necesidad de acreditar la más mínima muestra de alteración de las propiedades del medio receptor justifica, de nuevo, la sanción impuesta lo que, como se viene reiterando, creo que es un ejemplo más de la tensión característica de este tipo de delitos con los esenciales principios de lesividad, exclusiva protección de bienes jurídicos, seguridad jurídica y antijuridicidad material.

#### 4c) El peligro concreto como alternativa válida

Las opiniones doctrinales expuestas y las decisiones judiciales reseñadas invitan a plantear decididamente el establecimiento de un peligro concreto que al menos obligue a constatar, entre otros extremos, la efectiva llegada del agente contaminante o perjudicial al medio natural receptor y la alteración de sus propiedades lo que, no nos engañemos, no supone exigir una efectiva lesión del bien jurídico (la cual, recordemos, requeriría una importante reducción de su capacidad de regeneración), sino, en su caso, un verdadero y efectivo peligro digno de, entonces sí, reproche penal (52).

Si bien ante algunos agentes perjudiciales las consecuencias de la distinción peligro hipotético-peligro concreto puedan no ser tangibles, por lo que no se plantearían problemas, el que sí lo sean ante agentes tan habituales en la práctica como los vertidos e, incluso, las emisiones, justifica el planteamiento del problema, obliga a tomar postura al respecto y enfrentarse a dos grandes objeciones que, en este ámbito, se hacen al peligro concreto: en primer lugar ¿obligaría dicha estructura a tener en cuenta las circunstancias naturales de los elementos receptores, tales como el caudal de un río o la corriente de aire? Y en segundo lugar, tal configuración ¿no hace renacer los arduos problemas referidos a la relación de causalidad e imputación objetiva, sobre todo, en los supuestos denominados de acumulación y sinergia?

En cuanto al primer problema, gran parte de la Doctrina es reacia a considerar o a tener en cuenta tales circunstancias naturales; así, Vercher Noguera (53) afirma tajantemente que «es evidente que no se puede hacer depender la aplicación de una norma penal del hecho de si llueve o deja de llover, ni de otros factores similares» dada la «inseguridad que se introduce al hacer depender la aplicación de una norma penal, cualquiera que sea la misma, de factores más o menos azarosos,

---

(52) Piénsese, por ejemplo, que la existencia de un determinado vertido en un punto de una corriente fluvial no supone el perjuicio efectivo de todo el ecosistema acuático o, en términos típicos, del equilibrio del sistema natural pero sí, indudablemente, una efectiva puesta en peligro del mismo que colmaría el tipo sin necesidad de esperar a su lesión. En el mismo sentido se ha pronunciado con absoluta claridad ALASTUEY DOBÓN, M.<sup>ª</sup> C., *El delito de contaminación ambiental (artículo 325.1 del Código Penal)*, op. cit., pp. 63-64, cuando advierte que «el hecho de que la acción de emitir, verter, etc., implique una modificación perjudicial de la sustancia (agua, aire o suelo) supone únicamente un resultado material y no, a la vez, un resultado de lesión, puesto que dichos elementos naturales, a pesar de ser el objeto de la acción, no constituyen al mismo tiempo el objeto material del delito o substrato del bien jurídico».

(53) VERCHER NOGUERA, A., «Reflexiones sobre las emisiones y vertidos en los delitos contra el medio ambiente y algunos aspectos determinantes en los mismos», en *Revista Penal*, núm. 7, 2001, p. 101.

inciertos o coyunturales». En esta línea se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2003 cuando señala que «no se puede hacer depender el peligro de un aspecto coyuntural como es el caudal. El caudal depende de los factores climatológicos, del nivel de aprovechamiento y consumo mayor o menor del preciado líquido» (FJ 1.º).

Sin embargo encontramos ejemplos que avalan la importancia de las circunstancias a que nos venimos refiriendo; en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2004, confirmando la de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de octubre de 2002, absolvió a los acusados por considerar que era necesario «determinar de la forma más precisa posible las características del vertido, características del medio receptor (composición antes y después del vertido y el caudal) y condiciones de vida animal o vegetal en el medio receptor» (FJ único) añadiendo que si bien los vertidos eran «realmente peligrosos y nocivos, no quedó suficientemente probado que lo fueran dadas las características del río receptor y de su caudal» (FJ único). O aquella otra de la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de enero de 2002 que absuelve a los acusados al considerar que «sería necesario conocer el caudal y las características del río al que, en definitiva, afluyen los vertidos» extremos que en el supuesto enjuiciado no se acreditaron.

La misma Audiencia Provincial había mantenido previamente, en su Sentencia de 23 de marzo de 1999 (54) que «la potencial peligrosidad del vertido de determinados residuos depende de su dilución, para lo cual es necesario atender tanto al caudal del vertido como al caudal del cauce que recibe el vertido contaminante» (FJ 4.º).

Sea como fuere, y respondiendo a la pregunta de inicio, debemos reparar en que para demostrar el peligro concreto será necesaria en algunos casos, pero ni mucho menos en todos, la toma de muestras en el medio natural receptor, y ello, como es fácil de entender, presupone necesariamente que las circunstancias naturales del mismo habrán sido consideradas pues, obviamente, los resultados de tales muestras, dependerán irremediabilmente de aquellas circunstancias más o menos azarosas, inciertas o coyunturales (55). Por otro lado, si exigimos un peligro concreto, y es necesaria la toma de muestras para constatarlo y los valores resultantes no lo acreditan (bien porque las circunstancias han cam-

---

(54) Cit. por VERCHER NOGUERA, A., *op. cit.*, p. 105.

(55) Igualmente al autor se le exigirá una conciencia o conocimiento medio, no exacto ni técnico, de la peligrosidad concreta de su comportamiento es decir, de que su emisión, vertido, etc., puede alterar las propiedades físicas, químicas o biológicas del medio receptor.

biado o porque no queda rastro de la emisión o vertido en el medio receptor) nada obsta a que, si se conoce la calidad y cantidad del agente contaminante y se demuestra su idoneidad lesiva (que son los extremos que hoy se exigen con el peligro hipotético), pueda fundamentarse una imputación en grado de tentativa por las razones y con las consecuencias penológicas que veremos en seguida.

En cuanto a la segunda objeción planteada, efectivamente los delitos de peligro concreto hacen renacer, al menos teóricamente, arduos problemas de relación de causalidad e imputación objetiva (56) mientras que, como hemos visto, los de peligro abstracto *lato sensu* permiten eludir los mismos, si bien ello ha de ser matizado, como veremos seguidamente.

Tales problemas se muestran especialmente complejos en los supuestos de acumulación y sinergia; los primeros acontecen cuando «a la dosis inocua (o idónea por sí misma para poder perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales) de una sustancia nociva se acumulen otras dosis aportadas por otros sujetos sin conexión alguna con el primero» siendo sinérgicos aquellos supuestos en los que «de la combinación de distintas sustancias surge un efecto nuevo» (57), entendiéndose que tales sustancias son también, por sí solas, inocuas.

Pero, estas dificultades que presentan los delitos de peligro concreto ¿son irresolubles y, en consecuencia, abonan la opción por los delitos de peligro hipotético? o ¿puede esgrimirse una lanza a favor de los mismos? Creo que tales dificultades no deben hacer decaer la propuesta de un peligro concreto, y ello por varias razones.

A) Ciertamente el sector doctrinal y también el Tribunal Supremo, que se ha pronunciado al respecto recientemente en varias ocasiones, resuelven decididamente algunos de los problemas planteados utilizando, creo que de forma correcta y como no podía ser de otra manera, criterios de causalidad e imputación objetiva indudablemente aplicables.

---

(56) La Doctrina más autorizada considera que también en los delitos de peligro concreto es necesario constatar la relación de causalidad y la imputación objetiva. Así MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., tras considerar que son delitos de resultado aquellos en los que «se exige, junto a la realización de la acción, la producción de un resultado material de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico» manifiestan que «en los delitos de resultado o de consecuencias dañosas, debe mediar una relación de causalidad entre la acción y el resultado, es decir, una relación que permita, ya en el ámbito objetivo, la imputación del resultado producido al autor de la conducta que lo ha causado» en MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, Parte General*, ed. Tirant lo Blanch, 5.<sup>a</sup> ed. (Valencia, 2002), pp. 295 y 258, respectivamente.

(57) DE LA CUESTA AGUADO, P. M.<sup>a</sup>, «Causalidad...», *op. cit.*, pp. 105-106. El paréntesis en cursiva es propio.

Así, la Sentencia de 17 de mayo de 2003 estima que «el hecho de que otras industrias vertieran residuos contaminantes [...] no justifica o autoriza la realización de cualesquiera otros vertidos posteriores o añadidos, que quiérase o no contribuyen a intensificar el daño o impedir la recuperación del medio ya afectado» (FJ 1.º.3). Por su parte, la Sentencia de 22 de julio de 2004, advierte que «la acción incriminada en el tipo del artículo 325 CP no se convierte en socialmente adecuada sólo porque otros ya han producido el resultado. También es punible la acción peligrosa que tiene aptitud, consiguientemente, para aumentar el daño ecológico existente» (FJ 2.º.3).

A ellas se suma la Sentencia de 8 de noviembre de 2004 al señalar que «la tipicidad será de apreciar inclusive cuando el vertido pueda caer sobre zonas ya contaminadas, dado que la finalidad del tipo penal no es sólo evitar contaminación, sino también impedir el incremento del ya existente, pues esto contribuiría a dificultar la reparación del daño causado» e incluso advierte que «la pretensión del recurrente carecería de fundamento inclusive si el delito requiriera la producción de un daño material y requiriera comprobar la relación de causalidad entre el vertido y un daño específico. La tesis defendida por el recurrente se apoya en la falsa suposición de que la sobredeterminación del nexo causal excluye la relación de causalidad. Sin embargo, la suma del nexo causal a otro ya en curso no tiene esos efectos, por lo menos cuando la suma incrementa la medida del daño. En tales supuestos no sólo todas las condiciones serán consideradas causas del resultado (*conditio sine qua non*) sino que, además, todas las causas que son expresión de un riesgo permitido serán objetivamente imputables, pues, en principio, en el presente caso no será posible considerar que el bien protegido estuviera definitivamente perdido por la contaminación existente» (FJ 2.º.1).

En la Doctrina, y en el mismo sentido que las resoluciones reseñadas, Hormazábal Malarée (58) advierte que «si el medio ambiente ya estaba en peligro por vertidos anteriores, si se demuestra que el vertido concreto de que se trate llegó al río (*requisito de peligro concreto*), se habrá acreditado que ese peligro creado se concretó en un *riesgo mayor* para el bien jurídico medio ambiente al aumentar los factores de riesgo y hacer más probable su destrucción».

Por otro lado, un sector de la mejor Doctrina, como Mir Puig (59), viene admitiendo que para estos casos «habría que modificar la fórmula de la *conditio sine qua non* en los términos siguientes: cuando

---

(58) HORMAZÁBAL MALARÉE, H., «El principio de lesividad y el delito ecológico», en *El nuevo Derecho Penal español: estudios penales en memoria del profesor J. M. VALLE MUÑIZ*, ed. Aranzadi (Navarra, 2001), p. 1427. La cursiva es propia.

(59) MIR PUIG, S., *Derecho Penal Parte General*, op. cit., p. 248.

varios factores puedan suprimirse mentalmente en forma alternativa pero no acumulativa, sin que resulte afectado el resultado, todas ellas son causa del mismo», si bien se objeta que tal fórmula no es válida cuando no se sabe cómo se hubiera producido el resultado si hubiera faltado una de las acciones o, dicho con otras palabras, no se conozca la contribución de las distintas acciones.

Frente a ello, De la Cuesta Aguado considera que la solución propuesta por el autor citado «es, sin embargo, correcta porque cada una de las acciones es componente necesario de una condición suficiente» (60) añadiendo que «de la misma forma se deben considerar causales las acciones que provocan los denominados efectos sinérgicos...» (61).

En definitiva, parece que los problemas de causalidad que provocan los supuestos de acumulación y sinergia en una estructura de peligro concreto pueden resolverse con el auxilio de los recursos dogmáticos y jurisprudenciales expuestos, si bien ha de reconocerse que va a ser en muchos casos complicado (sobre todo en los de acumulación y sinergia de dosis inocuas) la imputación objetiva del resultado de peligro a un acto cuando, como hemos dicho, se desconocen las contribuciones de los distintos intervinientes pues ello dificultará, aunque no impedirá, conocer su incidencia o contribución al incremento del riesgo generado.

Reconociendo, insisto, tal dificultad, he de resaltar sin embargo, en defensa de la tesis que vengo manteniendo consistente en configurar el 325.1 como delito de peligro concreto, que la alternativa, el peligro hipotético, tampoco elude el problema pues en los supuestos de acumulación y sinergia de dosis inocuas, parece que por definición no podrá fundamentarse un peligro hipotético (pues partimos de dosis inocuas o inidóneas para perjudicar). Quizá en estos casos deberá confiarse la intervención al Derecho administrativo.

Por otro lado, constatada la relación de causalidad y la imputación objetiva, otra cosa será sin embargo, el posible desconocimiento del autor acerca del efecto sinérgico, e incluso acumulativo, y que ha de tener incidencia en sede de tipicidad subjetiva pudiendo constituir un

---

(60) DE LA CUESTA AGUADO, P. M.<sup>a</sup>, «Causalidad...», *op. cit.*, p. 107. Igualmente ALASTUEY DOBÓN, M.<sup>a</sup> C., *El delito de contaminación ambiental...*, *op.cit.*, p. 119, afirma que «con frecuencia sucederá que la modificación contaminante en el medio natural no haya sido causada por una sola acción sino por varias acciones que conjuntamente han dado lugar a efectos de sumación o sinergia, lo que no impedirá afirmar la relación de causalidad, desde el momento en que cada una de esas acciones representa una condición de la aparición de ese resultado».

(61) DE LA CUESTA AGUADO, P. M.<sup>a</sup>, «Causalidad...», *op. cit.*, p. 108.

error de tipo, más concretamente, siguiendo a Gimbernat OrdeiG (62), de la clase de error sobre cursos causales.

B) Debe tenerse en cuenta que a pesar de las dificultades probatorias que lleva consigo la estructura de peligro concreto «nuestra jurisprudencia demuestra que en ocasiones de contaminación grave, sí es posible la prueba de la relación de causalidad entre acción y resultado» (63) al tiempo que muchas resoluciones judiciales demuestran como, en no pocos casos, se han podido llevar a la práctica actividades técnicas que permiten acreditar un peligro concreto (64).

C) En tercer lugar, y a mayor abundamiento, en relación a los delitos de peligro hipotético «conviene no sobrevalorar los beneficios de esta técnica, ni siquiera en términos de eficacia protectora» pues «no elimina la necesidad de constatar la presencia en la conducta (*ex ante*) de un riesgo real jurídico penalmente relevante para el bien jurídico» (65) debiendo tenerse en cuenta que «los delitos de aptitud, no suponen menos actividad probatoria que los delitos de peligro concreto, sino que la misma se dirige a acreditar hechos distintos; el peligro en los delitos de peligro concreto, la idoneidad de la conducta para producir un resultado en los delitos de aptitud» (66).

D) Aún reconociendo que es una postura minoritaria en la Doctrina española, algunos autores abogan por el establecimiento del peli-

(62) GIMBERNAT ORDEIG, E., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1.ª edición (Madrid, 1990), p. 164.

(63) DE LA CUESTA AGUADO, P. M.ª, *op. cit.*, p. 147.

(64) Así las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2001, 23 de noviembre de 2001, 24 de septiembre de 2002, 4 de diciembre de 2002, 17 de mayo de 2003, o la de 16 de diciembre de 2004, todas ellas referentes a vertidos, se basan en mediciones tomadas no sólo en arquetas o aguas residuales sino también en el mismo punto de vertido o aguas arriba y abajo del río, torrente o riera en cuestión, lo que da muestras de la posibilidad de las mismas y, en consecuencia, de la posibilidad de acreditar, a menudo, un peligro concreto.

(65) SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, *op. cit.*, p. 1716. Incluso DE LA CUESTA AGUADO P. M.ª, *op. cit.*, p. 121, considera que «es precisamente en la exigencia de comprobación de esa idoneidad donde surgen de nuevo los problemas causales».

(66) ECHARRI CASI, F. J., *op. cit.*, p. 2, siguiendo a PRATS CANUT, J. M., en QUINTERO OLIVARES. G. (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, ed. Aranzadi (Pamplona, 2001). En parecido sentido ALASTUEY DOBÓN, M.ª C., *op. cit.*, pp. 126-127, después de advertir que «será preciso determinar la responsabilidad por ese resultado de los distintos sujetos intervinientes» afirma que «en nuestro artículo 325.1 el problema se plantea claramente, aunque se trate de un delito de peligro abstracto, pues [...] detectada una alteración del agua, del suelo o del aire apta para causar los mencionados daños al equilibrio de los ecosistemas, que ha alcanzado dicha aptitud por la confluencia de varios actos de contaminación, deberá procederse a averiguar si es posible imputar aquella alteración a estos actos».

gro concreto (67) pues «supone dotar de mayores garantías al precepto aunque le reste eficacia» (68) teniéndose así en cuenta que «el Derecho penal debe desestimar las infracciones de bagatela, limitándose a la incriminación de la puesta en peligro concreta de los bienes jurídicos protegidos» (69) de forma que «el delito ecológico merece ser configurado como un tipo de delito de resultado y no de mera actividad, consistiendo el resultado en la generación del riesgo concreto» (70) opción que «es preferible porque por lo menos conecta la intervención del Derecho Penal al sustrato material del bien jurídico» (71).

E) Por último, la exigencia de un peligro concreto no tiene porque restar eficacia al precepto máxime si la acompañamos de una elevación de la pena inferior de la actual de seis meses a dos años, incremento perfectamente justificado por la mayor cercanía de la lesión que supone un riesgo concreto y que puede implicar un efecto preventivo mayor (en cuanto se impediría la suspensión de la pena) a la par que permite que los actuales supuestos de peligro hipotético sean tratados como formas imperfectas de ejecución (72) lo que dogmáticamente resulta más correcto por cuanto la tentativa, precisamente, es una institución jurídico penal que abarca supuestos aún alejados de la lesión efectiva del bien jurídico, como los de peligro hipotético.

En definitiva, se propone la configuración del actual 325.1 como un delito de peligro concreto que además de contribuir a hacer realidad el loable fin de evitar una indeseable «imputación injusta» (73) que no puede permitirse un Estado que se constituye como «social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad...» (art. 1.1 de la Constitución), relativiza las denuncias de una «no imputación ineficaz» (74) en

---

(67) Otros, como PRATS CANUT, J. M., y MARQUÈS I BANQUÉ, M., «De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», en QUINTANO OLIVARES, G. (dir.), y MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, ed. Thomson Aranzadi, 5.ª edición (Navarra, 2005), pp. 1192-1193, abogan incluso por el recurso a tipos de lesión.

(68) BOIX REIG, J., y JAREÑO LEAL, A., *op. cit.*, p. 642.

(69) LERMA GALLEGO, I., «El delito ecológico», Cuadernos de Política Criminal, 1996, p. 174.

(70) LERMA GALLEGO, I., *op. cit.*, p. 175.

(71) DE LA CUESTA AGUADO, P. M.<sup>a</sup>, *op. cit.*, p. 117 citando a BOIX REIG, J., ORTS BERENGUER, E., y VIVES ANTÓN T. S., en *La reforma penal de 1989*.

(72) MUÑOZ CONDE F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal Parte General*, *op. cit.*, pp. 475-476, consideran como fundamento de las formas imperfectas de ejecución, además de un criterio subjetivo, un criterio objetivo que «en la tentativa sólo puede ser la puesta en peligro».

(73) SILVA SÁNCHEZ, J. M.<sup>a</sup>, *op. cit.*, p. 1717.

(74) *Ibidem*.

cuanto mantiene posibilidades de incriminación de supuestos de peligro hipotético. De lo contrario, como ya hemos advertido pero sintetizan magistralmente Muñoz Conde y García Arán (75), una tendencia a la funcionalización, de la que es exponente la configuración de delitos de peligro abstracto en cualquiera de sus modalidades, supone nada más, y nada menos, que «la pérdida de contenido material del injusto penal, el debilitamiento del principio de culpabilidad y la disminución de los límites entre el injusto penal y los ilícitos puramente formales o administrativos».

## BIBLIOGRAFÍA

- ALASTUEY DOBÓN, M.<sup>a</sup> C., *El delito de contaminación ambiental (Artículo 325.1 del Código Penal)*, ed. Comares (Granada, 2004).
- BACIGALUPO ZAPATER, E., «La instrumentación técnico legislativa de la protección penal del medio ambiente», en *Estudios Penales y Criminológicos*, 1980/1981.
- BLANCO LOZANO, C., «Acerca de algunas cuestiones básicas del Derecho Penal Ambiental en el nuevo Código Penal de 1995», *Cuadernos de Política Criminal (CPC)*, 1996, núm. 60.
- BLANCO LOZANO, C., «Artículos 325 y 328 del Código Penal: problemas prácticos de aplicación», *La Ley* 1997-4, D-224.
- BOIX REIG, J., y JAREÑO LEAL, A., «Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», en VIVES ANTÓN, T. (et al.), *Derecho Penal, Parte Especial*, ed. Tirant lo Blanch, 3.<sup>a</sup> edición revisada y actualizada (Valencia, 1999).
- CARMONA SALGADO, «Delitos contra los recursos naturales, el medio ambiente, la flora y la fauna. Disposiciones comunes», en Cobo del Rosal, M. (coord.), *Derecho Penal español, Parte Especial*, ed. Dykinson, S. L., 2.<sup>a</sup> ed. (Madrid, 2005).
- CONDE-PUMPIDO TOURON, C., «La tutela del medio ambiente. Análisis de sus novedades más relevantes», *La Ley* 1996-2, D-133.
- «De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.), *Código Penal, doctrina y jurisprudencia*, tomo II, ed. Trivium (Madrid, 1997).
- DE LA CUESTA AGUADO, P. M.<sup>a</sup>, *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, ed. Tirant lo Blanch, 2.<sup>a</sup> edición (Valencia, 1999).
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «La reciente historia del delito ecológico: del artículo 347 bis al proyecto de nuevo Código Penal de 1994» en VALLE MUÑIZ, J. M.<sup>a</sup> (coord.), *La protección jurídica del medio ambiente*, ed. Aranzadi (Pamplona, 1997).

---

(75) MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *op. cit.*, p. 346.

- «Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente: Capítulo III, título XVI, libro II del Nuevo Código Penal de 1995», en *Actualidad Penal*, núm. 14, 6 al 12 de abril de 1998.
- «Cuestiones dogmáticas relativas al delito de contaminación ambiental», *Revista penal*, 1999».
- ECHARRI CASI, F. J., «El subtipo agravado de clandestinidad en los delitos contra el medio ambiente», *Diario La Ley*, núm. 5848, año XXIV, 12 de septiembre de 2003.
- GARCÍA RIVAS, N., *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, ed. Praxis (Barcelona, 1998).
- GIMBERNAT ORDEIG, E., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1.ª edición (Madrid, 1990).
- HORMAZÁBAL MALARÉE, H., «El principio de lesividad y el delito ecológico», en *El nuevo Derecho Penal español: estudios penales en memoria del profesor J. M. Valle Muñiz*, ed. Aranzadi (Navarra, 2001).
- HUERTA TOSILDO, S., «Principios básicos del Derecho Penal y artículo 325 del Código Penal», *Revista Penal*, julio 2001, vol. 8.
- LERMA GALLEGU, I., «El delito ecológico», *Cuadernos de Política Criminal*, 1996.
- MATA Y MARTÍN, R. M., «Problemas y eficacia del Derecho Penal del Derecho Penal del medio ambiente (especial referencia a la contaminación de las aguas subterráneas)», *Cuadernos de política criminal*, 2000, núm. 72.
- MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A., «Relación de causalidad en los delitos contra el medio ambiente», en *Causalidad e imputación objetiva*, Cuadernos de Derecho Judicial, XXVI, 1994.
- MENDO ESTRELLA, A., «Delito “ecológico” y norma penal en blanco. La STC de 9 de octubre de 2006: ¿una nueva orientación?», *La Ley Penal*, núm. 46, año V, febrero de 2008.
- MORALES PRATS, F., «La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: ley penal en blanco y concepto de peligro», en VALLE MUÑIZ, J. M.<sup>a</sup> (coord.), *Protección Jurídica del medio ambiente*, ed. Aranzadi (Pamplona, 1997).
- MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, Parte General*, ed. Tirant lo Blanch, 5.ª ed. (Valencia, 2002).
- MUÑOZ LORENTE, J., «Juicio crítico sobre las reformas penales en materia medioambiental introducidas por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal», en *La Ley Penal*, ed. La Ley, núm. 6, año 1, junio de 2004.
- PRATS CANUT, J. M., «Análisis de algunos aspectos problemáticos de la protección penal del medio ambiente» en *Jornadas sobre la protección penal del medio ambiente*, 20-21 de octubre de 1990, CODA/AEDENAT, ed. Agencia de Medio Ambiente (Madrid, 1991).
- PRATS CANUT, J. M., y MARQUÈS I BANQUÉ, M., «De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente» en QUINTERO OLIVARES, G.

- (dir.) y MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, ed. Thomson Aranzadi, 5.ª edición (Navarra, 2005).
- SÁNCHEZ-MIGALLÓN PARRA, M.ª V., «El bien jurídico protegido en el delito ecológico», Cuadernos de Política Criminal, 1986.
- SANZ MULAS, N., «La validez del sistema penal actual frente a los retos de la nueva sociedad», *Diario La Ley*, 11 de julio de 2005.
- SERRANO GÓMEZ, A., y SERRANO MAILLO, A., *Derecho Penal, Parte Especial*, ed. Dykinson, 10.ª ed. (Madrid, 2005).
- SOTO NIETO, F., «Delitos contra el medio ambiente provocación o realización de ruidos», *La Ley*, núm. 6758, 18 de julio de 2007.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J., «De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del Patrimonio histórico y el medio ambiente», en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, ed. Civitas (Madrid, 1997).
- TERRADILLOS BASOCO, J. M.ª, «Protección penal del medio ambiente en el nuevo Código Penal español. Luces y sombras», en *Estudios penales y criminológicos (EPC)*, 1996.
- VERCHER NOGUERA, A., «Reflexiones sobre las emisiones y vertidos en los delitos contra el medio ambiente y algunos aspectos determinantes en los mismos», en *Revista Penal*, núm. 7, 2001.

## RECURSOS ELECTRÓNICOS

- FLÓREZ DE QUIÑONES, C., «Delitos ambientales: no valen la pena» [en línea] <http://www.ucm.es/info/ecosistemas/delitos.htm>.
- LLANEZA GONZÁLEZ, P., «El delito ambiental» [en línea], <http://palomallaneza.com/articulos/ambiental.htm>.

# La pena de presidio en las plazas menores africanas hasta la Constitución Española de 1812

PEDRO ALEJO LLORENTE DE PEDRO

Doctor en Derecho. UNED

SUMARIO: Introducción.–1. Breve reseña histórica de los presidios menores africanos. 1.1 Las pretensiones ibéricas de sometimiento norteafricano de finales del xv y principios del xvi. 1.2 El período de hostigamiento turcoberberisco desde el primer tercio del xvi. 1.3 El aislacionismo presidial del xvii. 1.4 La divergente política africanista española del xviii.–2. Disposiciones reglamentarias de los Presidios Menores. 2.1 El Reglamento para los presidios menores de 1717. 2.1.1 Aplicación del Reglamento de 1717 en Melilla. 2.1.2 Aplicación del Reglamento de 1717 en el Peñón de Vélez. 2.1.3 Aplicación del Reglamento de 1717 en las Alhucemas.–3. El Reglamento de 1745: su incidencia en los presidios menores. 3.1 Incidencia del Reglamento de 1745 en Melilla. 3.2 Incidencia del Reglamento de 1745 en el Peñón de Vélez. 3.3 Incidencia del Reglamento de 1745 en las Alhucemas.–4. Aproximación al conocimiento de los problemas comunes de los presidios menores. 4.1 La difícil convivencia en el Peñón de Vélez. 4.1.1 Intentos de alzamiento en el Peñón de Vélez. 4.1.2 La peste de 1743: su incidencia en el Peñón de Vélez. 4.2 Repercusiones de los nuevos delitos cometidos en presidio. 4.3 Los traslados entre los presidios. 4.4 La pretensión de reducir vecindario en los presidios menores. 4.5 El Peñón de Alhucemas, ejemplo de isla presidial. 5. Expedientes de abandono de los presidios menores durante el xviii. Apéndices documentales.

## INTRODUCCIÓN

Los presidios del norte de África constituyeron el mayor exponente del cumplimiento de penas durante el Antiguo Régimen. La pena de presidio se originó a mediados del xvii y tuvo un desarrollo extraordinario alcanzando su cenit en el xviii. Durante el xix siguió aplicándose con intensidad pero fue perdiendo lentamente sus notas definitorias. A principios del xx se dismantelaron los presidios norteafricanos.

Estos presidios quedaron clasificados en virtud de su importancia en «mayores» y «menores». Los mayores fueron Orán-Mazalquivir y Ceuta (1). Y los menores: Melilla, el peñón de Vélez de la Gomera y el Peñón de Alhucemas y, en la costa africana atlántica, las plazas de Larache y la Mamora. Estos dos últimos se perdieron antes del arribo del siglo xviii.

Así, este artículo tiene por objeto desentrañar la pena de presidio hasta la Constitución de 1812 (fecha que para la corriente mayoritaria coincide con el fin del Antiguo Régimen) esencialmente en Melilla y en los dos peñones de Vélez de la Gomera y Alhucemas ya que el resto de los enumerados quedan fuera de la acotación pretendida. También albergaron presidiarios las islas Chafarinas, pero igualmente excede al ámbito temporal propuesto pues fueron tomadas por España en 1848.

En estos territorios tan hostiles y como producto del declive económico, hubo una falta acuciante de soldados y de obreros para levantar medios defensivos contra las agresiones. Para suplir en lo posible esas carencias se enviaron, como mano de obra forzada, a vagos y presidiarios quienes se ocuparon además en otras muchas ocupaciones: labores administrativas, enfermeros, en obras ajenas al erario y en ciertos empleos que casi desvirtúan la pena como servicio doméstico a militares, maestros de escuelas e incluso como regentados de pequeños negocios.

A mediados del xvii comenzaron a poblarse los presidios con reos comunes. Dada la inestabilidad del territorio, los penados realizaron acciones militares arriesgadas como apunta Morales, uno de los poquí-

---

(1) Para el presidio de Orán-Mazalquivir ver mi libro: *El penitenciarismo español del Antiguo Régimen aplicado a su presidio más significativo: Orán-Mazalquivir*. Premio Nacional Victoria Kent (2.º premio), Madrid 2005. Y para el presidio de Ceuta, mi libro: *La Ciencia Penitenciaria del Antiguo Régimen aplicada al presidio de Ceuta*, Ceuta, 2007.

simos autores que han tratado estos temas (2), participando también en los dos cercos principales contra Gibraltar (3).

Como vemos era una fuerza provechosa, pero las autoridades militares siempre estaban recelosas por su potencial peligrosidad y los conflictos que de vez en cuando generaban (4).

(2) MORALES y MENDIGUTIA, G.: «Efemérides y Curiosidades: Melilla, Peñón y Alhucemas». Melilla 1921. BN: 1/80691, *passim*. 10 abril de 1682: salieron 18 hombres a hacer leña, y como a las cinco de la tarde los moros mataron a diez que son: Domingo Suárez, Francisco Araújo, Juan de Balcázar; José de Ocaña, Bartolomé Rodríguez, Francisco Sánchez, Francisco Mateos, Pedro Tello, Juan Sagra y Juan Ferrer, todos desterrados. 11 abril 1721: salieron a descubrir los huertos que están extramuros algunos soldados entre ellos José Romera, soldado desterrado, dispararon los moros y le dieron muerte. 15 de mayo de 1721: habiendo salido algunos soldados desterrados y voluntarios del fuerte de S. Miguel a uno de los huertos que se hallan en su circuito a arrojar granadas de mano a los ataques de los moros, les salieron ocho moros y dieron con los cristianos y mataron tres y uno que dejaron vivo murió a las tres horas. 15 de abril de 1768. A las ocho de la mañana y estando los desterrados trabajando en la cantera, avanzó una partida de moros y dando fuerte descarga lograron matar al contenido en la partida anterior. 23 de abril de 1768: Salieron dos lanchas de esta plaza y más de 200 moros armados tomaron la lancha grande esquinada con ocho voluntarios y seis desterrados. 7 de julio de 1794: heridos en los trabajos de la muralla los presidiarios Miguel Ruiz y Francisco Morales.

(3) En 1727, 20.000 hombres iniciaron el sitio a Gibraltar dirigidos por el conde de Montemar, atacándose con resultado baldío mediante minas subterráneas y fuego de artillería, levantándose el bloqueo en marzo de 1728; el asedio 1779-1783 completaba por mar por medio de las tristemente célebres «baterías flotantes» del francés D'Arçon (insubmersibles e incombustibles mediante un sistema de refrigeración por agua, que al incendiarse las primeras fueron las restantes abandonadas) las construcciones avanzadas de tierra (la línea de contravalación); iniciadas gestiones de paz, en 3 de septiembre de 1783 el tratado de Versalles determinaba siguiera el Peñón en manos inglesas. *Vid.* CALDERÓN BENJUMEA, J.: «Los asedios a la roca en el siglo XVIII», en *Historia 16*, núm. 187, Madrid 1991, p. 47-53. *Vid.* AGS, SG GM, leg. 5651: «Real Orden de 15 de diciembre de 1783 comunicada por el Sr. Valdes (Secretario de Marina) en que se confirma el indulto en nombre del Rey a los presidiarios que fueron transferidos a servir en las Baterías Flotantes, lanchas cañoneras y Bloqueo de Gibraltar».

(4) MORALES y MENDIGUTIA, G.: «Efemérides...», *op. cit.*, pp. 199, 238-240: Melilla, 29 de enero de 1752: dos confinados fueron a poner unas bisagras en el almacén de la tea: llevaban una luz y a poco se oyeron dos explosiones sucesivas que hicieron correr al vecindario buscando el seguro de sus vidas, acogiéndose a las bóvedas, minas y fuertes exteriores: había volado el Almacén con 69 quintales de pólvora, abriendo una brecha que llegaba hasta el mar, murieron el cadete Jacobo Granados, José Carreño, el niño de once años Bernardo Urenda y los desterrados Pedro Pimentel, Gabriel Montes y Francisco Jiménez: sólo se encontró el cuerpo del niño. 25 de junio de 1756: hubo un levantamiento de 18 desterrados, de guarnición en Victoria Grande, que se fugaron al campo moro llevándose a la fuerza a su Capitán D. Jacinto Obal. Aquéllos y otro que se fugó después fueron vendidos por los moros a los argelinos en 470 reales cada uno y el Capitán lo conservaron cautivo. Peñón, 18 de julio de 1726: salieron a pescar un voluntario y cuatro desterrados: éstos se impusieron y tomaron rumbo a España, desembarcando en Fuengirola. Alhucemas, 28 de mayo

Pero ante circunstancias excepcionales siempre les emplearon. Incluso hubo proyectos tan descabellados como el de D. Francisco Ximenez de Cisneros en 1809 en plena guerra de la Independencia: «... con los presidiarios del arsenal de Cartagena, con los de la caja de rematados y los de obras publicas hasta juntar 2000 de esta clase; y 500 de voluntarios embarcandose los presidiarios, introducirlos en territorio frances y asolen y reduzcan a la mayor confusion y espanto a sus habitantes... solo se les dara racion para tres dias, el demas alimento de lo que roben y saqueen. No perdonaran vida ni haciendas...».

La Junta General Militar rechazó la propuesta: «Es muy probable que gran parte de los 2000 presidiarios abandonen para entregarse al enemigo o restituirse a España e infestar los caminos y pueblos... cuando esto no sucediese serian en breve batidos y dispersados, sin mas fruto que haber desacreditado nuestra justisima causa y Santa Religion con violencias y asesinatos que irritarian a los naturales...el proyecto quimerico de Ximenez provocaria mas perjuicios que ventajas...» (5).

Las diferencias de cumplir condena entre los distintos presidios eran importantes: en los «mayores» (Orán y Ceuta) había mejores condiciones de vida al darse un cierto comercio interior y actividades lúdicas (casas de juego, bailes, teatro, etc.) Además, los reos tenían la posibilidad de ejercer una pluralidad de ocupaciones o quedar «relevantados del servicio» trabajando para personal civil o militar en servicio doméstico. También, estos presidios estaban generalmente menos amenazados por agresiones de los rifeños.

Por contra, en los «menores» de Alhucemas y Peñón de Vélez, la total dependencia de la península, hasta del agua (6), la estrechez del recinto y los problemas inherentes a una colectividad pequeña impediendo a la mezcla entre sus habitantes (ver apéndice documental núm. 1), hacían más insufrible la estancia. Melilla ocupaba una posición intermedia.

También recalaron como presidiarios miembros de la nobleza. Fueron destinos apropiados por su lejanía para imputados en delitos políti-

---

de 1718: cinco presidiarios sorprendieron a 23 soldados que iban en la misma embarcación, pero fueron reducidos a la obediencia por las exhortaciones del sacerdote D. Bernardo Ledesma.

(5) AGM: 2.ª Sección, 10.ª División, leg. 280.

(6) AGS, SG GM, leg. 4809: relación en 16 de agosto de 1742 del gobernador de Melilla de aprovisionamiento de las plazas: «... en el Peñón y Alhucemas, adonde carezen absolutamente de agua, se conduze de Malaga por los varcos que a este fin mantiene S. M. en aquellos presidios...».

cos, o a consecuencia de ideas revolucionarias en América (7); algunos, personajes tan ilustres como D. Francisco Martínez de la Rosa (8), sentenciado a ocho años al Peñón de Vélez de la Gomera, o D. Agustín de Argüelles, desafectos junto a otros a la restauración de Fernando VII. Consta se les realizó una conducción especial para desperdigarles por los presidios africanos (véase apéndice documental núm. 2).

## 1. Breve reseña histórica de los presidios menores africanos

En este capítulo pretendo ofrecer el origen de estos recintos, ubicando en parámetros históricos y geográficos la presencia de los condenados. Tuvimos otras posesiones (Trípoli, Peñón de Argel, La Goleta, Túnez, Bizerta, Tánger, etc.) pero sólo me extenderé en el análisis de los que, teniendo el calificativo de «presidios menores», retuvieron presidiarios, en especial Melilla y los peñones de Vélez y Alhucemas.

### 1.1 LAS PRETENSIONES IBÉRICAS DE SOMETIMIENTO NORTEAFRICANO DE FINALES DEL XV Y PRINCIPIOS DEL XVI

En esas fechas, en Castilla y Portugal se produjo el expansionismo hacia el continente africano. Dos tratados le propiciaron: el de Alcaçovas en 1479 (9) y el más perfecto e importante celebrado en Tordesi-

(7) MORALES y MENDIGUTIA, G.: «Efemérides...», *op. cit.*, pp. 234 y 243: «2 de septiembre de 1678 llegó a Málaga de paso para Melilla D. Gaspar de Segovia Peralta y Mendoza, marques de Mondéjar, desterrado por su amistad con D. Fernando Valenzuela, valido de doña Mariana de Austria: es el primer desterrado político de que tenemos noticia... 3 de febrero de 1788: Mariano Cordero, Felipe Gonzalez y Manuel Silvestre Roxius, reos de la revolución del Perú y sentenciados por la Sala del Crimen de Lima a los presidios de África, fueron destinados a Orán, Melilla y Peñón respectivamente».

(8) BAE 148. T.1: «Obras de Francisco Martínez de la Rosa» S/A, S/F, p. 5: «a D. Francisco Martínez de la Rosa, la causa en estado de prueba, ocho años en el presidio del Peñón, y cumplidos, no pueda entrar en Madrid y Sitios Reales. Los 7 condenados a los presidios de África salieron de Madrid dos días después de leerse la sentencia. El 4 de enero de 1815 llegaban a Melilla; allí se separaron. El gobernador del Peñón debía, de orden superior, impedir que Martínez escribiera a su familia e interceptar las cartas que recibiese».

(9) Por el cual España quedaba dueña de una pequeña zona de la costa sahariana entre los cabos Nun y Bojador y la soberanía de las Islas Canarias. Por su parte, Portugal obtenía el dominio de la navegación atlántica, el comercio y las nuevas tierras que se descubrieran «de las islas Canaria para baxo contra Guinea». Respecto a Canarias señalar que el genovés Lanzarotto Malocello antes de 1339 las reconoce y en 1342 dos expediciones mallorquinas recalán en ellas. Sin embargo no es hasta 1402 cuando una expedición francesa llevada por Juan de Bethencourt conquista el Archi-

llas (10) en 1494 motivado por el descubrimiento del Nuevo Mundo. Estos tratados acotaban el espacio de ocupación de estas monarquías ibéricas.

Con dicha expansión se favorecía además el sesgo mesiánico de «lucha contra el infiel», auspiciado por el Papa Alejandro VI quien en 1495 dictó la bula «Ineffabilis» declarando el carácter de guerra santa de todas estas acciones. Esta lucha incluso quedaba plasmada en las cláusulas testamentarias de los Reyes Católicos y primeros Austrias.

En consecuencia, los portugueses fueron haciéndose dueños de poblaciones del litoral atlántico africano: Larache, Mazagán, Safi, Agadir, Azemmur... (11).

Castilla completó el sometimiento del al-Andalus con la toma de Granada que motivó muchos exiliados a reinos norteafricanos (12). Había que asegurar el territorio conquistado salvaguardando costas y rutas comerciales. Para ello, nada mejor que controlar plazas importantes africanas que, además, eran cobijo frecuente de piratas.

Así, y vencido en 1492 el reino de Granada, Castilla resucita sus primitivos planes de apoderarse de zonas extensas africanas. Para ello fijaron la conquista de un puerto mediterráneo que sirviera como cabeza de puente para posteriores operaciones de penetración. Hernando de Zafra, Secretario de los Reyes Católicos, fue comisionado

---

piélagos poniéndolo bajo el protectorado de Castilla. *Vid.* REPARAZ, G.: «La época de los grandes descubrimientos españoles y portugueses». Barcelona 1931, p. 106. Pero las Canarias se hallaban en controversia pues en 1448 Lanzarote era vendida a Portugal quien se apoderaba también de la Gomera aunque eran luego abandonadas. Desde el siglo XVI las islas pertenecían a diversos señoríos hasta que Carlos III las incorporó a la Corona.

(10) SUÁREZ FERNÁNDEZ, L.: «Los reyes Católicos, la expansión de la fe». Madrid, 1990, p. 201: se firmaron en Tordesillas dos tratados, uno regulando la división del Océano (27.º latitud norte y 370 leguas de longitud al oeste de Cabo Verde) y el otro modificando ligeramente las reservas establecidas en relación con los reinos africanos. En este último, Fernando e Isabel reconocieron que el reino de Fez entraba dentro de la reserva portuguesa, pero alegaron su urgente necesidad a ocupar plazas en el litoral mediterráneo frente a las costas de Granada, para conseguir una rectificación en los límites fijados para aquel reino: Melilla y Cazaza quedarían a disposición de los españoles. El acuerdo se firmó el 7 de junio de 1494.

(11) CARVALHO, V.: «La domination portugaise au maroc, du xv au xviii siècle (1415-1769)». Lisboa 1936. BN: Afr. GF 5676.

(12) CAZENAVE, J.: «Oran: Cité Berbère», *Bulletin Trimestriel de la Société de Géographie et D'Archéologie d'Oran*, t. 46, fascicule 173, Juin 1926, p. 147: «et, en effeto, après la prise de Grenade par les armées espagnoles, en 1492, beaucoup de Maures andalous, pour fuir les vexations des vainqueurs, s'enfuirent en Afrique, au Maroc ou dans le royaume des Beni Abdelouad. Un certain nombre se fixa dans la ville d'Oran; d'autres allèrent s'établir à Tlemcen».

para estudiar dicho plan. No tardó en descubrir a Melilla como el prioritario objetivo (13). Esta ciudad se había rebelado anteriormente contra el rey de Fez y, fruto de esa revuelta, sus murallas estaban prácticamente derruidas lo que representaba una ventaja para su conquista aunque un inconveniente en su defensa posterior.

La decisión no se hizo esperar. La armada dispuesta por el duque de Medina Sidonia, D. Juan de Guzmán, y capitaneada por D. Pedro de Estopiñán entraba en Melilla en septiembre de 1497 mediante una acción rapidísima. Consolidada la plaza, los cinco mil soldados de las fuerzas de ocupación se prestaron a labores de fortificación que la aseguraran.

La reacción musulmana fue inmediata. A los ataques rifeños se unieron tres mil soldados enviados por el rey de Fez Mohammed el Wattasi. Las posiciones castellanas quedaron bloqueadas por las fuerzas fasíes y rifeñas, impidiendo ampliar la conquista. Como aseguran las crónicas de la época, los Reyes Católicos habían conquistado una cabeza de puente hacia ninguna parte (14).

Pese a todo, los Reyes Católicos se felicitaban de la conquista: «Estas nuevas holgaron mucho el Rey e la Reina... porque Melilla era cosa muy prehemimente e necesaria a la seguridad de estos reynos de Hespaña e pueblo aparejado para desde alli conquistar el Africa», prometiendo medios financieros para arraigar la victoria. Poco después, una expedición desde Melilla con su alcaide a la cabeza, D. Gonzalo Mariño de Ribera, sometía a la cercana población de Cazaza (15).

A comienzos del XVI, un complicado puzzle de reinos islamistas muchas veces enfrentados entre sí radicaban en el norte de África. Pueden reducirse siguiendo una orientación oeste-este a tres principales: Fez, Tremecén y Túnez. En Fez (reino coincidente en buena parte con el actual Marruecos) imperaba la dinastía de los meriníes que fue reemplazada a mediados del XVI por los Xerifes. En Tremecén las tribus de los Abdelwadíes y los Zianíes se disputaban la supremacía con luchas encarnizadas ayudando los españoles a una u otra rama según su conveniencia. La monarquía de Túnez la ostentaban los Hafsíes dinastía apoyada por España contra otros clanes que querían hacerse con el poder.

---

(13) *Vid.* CARABAZAS, E., y SANTOS, M.: «Melilla y Ceuta, las últimas colonias», Madrid, 1992. p. 26.

(14) SANCHO DE SOPRANIS, H.: «Pedro de Estopiñán», Madrid 1953, p. 24, y CARABAZAS, E., y SANTOS, M.: *op. cit.*, p. 54.

(15) CÁNOVAS DEL CASTILLO, A.: «Apuntes para la historia de Marruecos». Madrid, 1913, BN: Afr. 4417, p. 73: el alcaide de Melilla, nombrado por el duque de Medinasidonia, D. Gonzalo Mariño de Ribera conquista Cazaza, cinco leguas distante de Melilla.

La siguiente plaza en caer fue Mazalquivir, del reino de Tremecén, situada en la costa argelina. El cardenal Jiménez de Cisneros estaba empeñado en someterla ya que esta localidad contaba con un núcleo poblacional importante. Entendía que subyugada Mazalquivir podría intentarse la dominación de la más trascendental población africana: Orán. Y así, con dinero prestado a la monarquía por el propio Cisneros y al mando de D. Diego Fernández de Córdoba, se tomaba Mazalquivir en otoño de 1505 (16).

Cronológicamente, un nuevo episodio vendría en 1508 con la ocupación del Peñón de Vélez de la Gomera, un peñasco emergente del mar pero inmediato a la costa marroquí. Su importancia estratégica radicaba en proteger a la población de Vélez, situada en tierra firme. En este peñón se verificó con intensidad la pena de presidio.

Esta conquista fue más que objetivo pretendido, fruto de la casualidad. En efecto; al frente de una escuadra perseguía D. Pedro Navarro (que sería a la postre el conquistador de Orán) unas naves piráticas que se refugiaron en la ciudad de Vélez. Atacando los castellanos esta población, los musulmanes abandonaron el peñón para defenderla. Entonces, Navarro se adueñó del Peñón y artillándole logró también que sucumbiera la villa.

Portugal protestó airadamente (17), pues estaba Vélez predestinada a ser conquistada por el país luso ya que se encontraba en el reino de Fez y todo este reino fue atribuido a Portugal por el entonces vigente tratado de Tordesillas. Pese a la protesta hubo de plegarse ante los hechos consumados ya que no le convenía enturbiar las relaciones con su aliado natural en la zona, aliado que ya le había ayudado en el ataque a la plaza portuguesa de Arcila en 1509.

---

(16) ZAMORA Y CABALLERO, P.: «Historia de España y sus posesiones de Ultramar», tomo 3, Madrid, 1874, p. 815: «El regente (D. Fernando de Aragón, fallecida la Reina Isabel) aceptó la idea y once millones que le prestó el prelado toledano...».

(17) GALINDO Y VERA, L.: «Las posesiones hispano-africanas», Madrid, 1884. Ed. Málaga, 1993, pp. 84 y 351-359 (Correspondencia de Ochoa de Isasaga... con la reina y rey d. Fernando según manuscrito de la Academia de Historia): dijo el Rey Fernando que «... no había sido su objeto apoderarse de tierras de Portugal, sino hacer guerra á Infieles y castigar las piraterías... que si á Portugal pertenecía se las entregaría pagándole los gastos de la conquista y que había cosas que pertenecían a Castilla de que se había apoderado Portugal como el Cabo Aguer... que los moros de Velez hacían daños a la costa de Andalucía...» En nombre de Portugal respondía el secretario D. Ochoa de Isasaga: «... pues gracias a Dios tiene tantos reinos de suyo que no tiene necesidad de lo ageno, le ruego e pido me quiera entregar Velez, pues me pertenece de derecho. Y si tiene tanta necesidad de aquel castillo...Yo olgara que se quede el dicho Velez, contando me de otra cosa que quede saneada mi honra... que no hallaban justa causa en lo del Cabo Aguer porque Velez esta en mi Conquista sin dubda y el cabo de Aguer por determinar si era de acá o de allá...»

Como decía, el plan más ambicioso del cardenal era apoderarse de Orán, plaza muy fortificada situada a tan sólo cinco kilómetros de Mazalquivir y que con más de 20.000 habitantes constituía el centro del comercio mediterráneo del Levante. Así, y después de feroz combate, Orán fue tomada y saqueada el 17 de mayo de 1509. Según cuentan las crónicas: «no hubo cuartel, ni respeto a edad ni sexo. En vano procuraba Navarro detener a los suyos; estos volvían de nuevo a la matanza como fieras, hasta que por último, saciados ya de sangre y hartos de manjares y vino, se entregaron al sueño más profundo» (18).

## 1.2 EL PERÍODO DE HOSTIGAMIENTO TURCO-BERBERISCO DESDE EL PRIMER TERCIO DEL XVI

Los turco-berberiscos fueron extendiéndose en Túnez y Tremecén lo que representó un grave problema dada su agresividad. En el último tercio del XVI toda la costa sur del Mediterráneo, salvo el reino de Fez, quedó ya bajo órbita turca (19).

Los presidios españoles vigilaban los territorios cercanos e impedían se armaran escuadras que atacaran las rutas comerciales y las posesiones de la península ibérica, con la consecuencia del sometimiento a la cautividad (20) de los apresados para procurar un rescate. No era una simple amenaza sino una triste realidad pues llegaron incluso a saquear el entorno de Sevilla (21).

Y es que los corsarios de Trípoli, Argel, Tetuán y Salé se dedicaban al saqueo de costas. Argel era un nido de piratas cuyo Tesoro Público se nutría casi exclusivamente de los latrocinios. Las presas se distribuían: 1/8 para el Dey y el resto por mitad entre el armador y la tripulación. El Dey escogía dentro del octavo total el número de esclavos, prefiriendo a los jóvenes; unos quedaban como criados de palacio, otros en los cuarteles para servicios auxiliares y el resto dormía en

(18) ZAMORA Y CABALLERO, P.: «Historia de España y sus posesiones de Ultramar», tomo 3, Madrid, 1874, p. 820.

(19) SOLA, E., y DE LA PEÑA, J.: «Cervantes y la Berbería: Cervantes, mundo turco-berberisco y servicios secretos de Felipe II», Madrid, 1996, p. 14.

(20) ABI-AYAD, A.: «Oran dans la littérature espagnole: XVI-XVII-XVIII siècles». Separata de la revista *Sharq Al-Andalus*, núm. 7, Alicante, 1990, p. 205: «D' ailleurs, Cervantes, captif à Alger durant 5 années et résident d'Oran a cette époque là s'était inspiré de ces événements historiques pour écrire El Gallardo Español: dans acte 1 escena 3, le valeur, le côte misérable et déprimant des soldats espagnols qui souffraient de fain régulièrement et dont il était le véritable témoin».

(21) En 1507 varios buques corsarios desembarcaron en las costas de Guadix, Motril, Adra, Denia, Cullera y otras poblaciones, saqueando las casas de campo y regresando a sus puertos con varios cientos de cautivos. Cfr. CORRAL CABALLÉ, M.: «Crónica de la guerra de África en 1909», Barcelona, s/f (principios del siglo XX), p. 8.

los «Baños» o depósitos desde donde se les destinaba a obras públicas o se les permitía dedicarse a sus oficios, alcanzando algunos la autorización de tener taberna. Los esclavos que no elegía el Dey se enviaban al «Batistan» y eran subastados, siendo comprados por cualquiera, salvo por otros cristianos, y los empleaban como criados o peones de labranza, generalmente bien atendidos llegando a intimar con la familia. Los peor tratados eran los comprados por los «Tagarines» tribu de moros de origen español que se dedicaban en la subasta a coger a los de mejor clase social y atormentarles para que fueran rápida y cuantiosamente rescatados.

Los «Baños» eran edificios ruinosos, mal ventilados y húmedos. El trabajo de los cautivos en obras públicas era todos los días excepto el viernes, fiesta mahometana. Quedaban libremente por la ciudad con una argolla en el tobillo y al entrar los buques eran encadenados para que no se fugaran. No se les instaba a cambiar de religión, pero si se convertían al mahometismo se les restituía la libertad. Las órdenes religiosas auspiciaban el rescate siendo las principales los Mercedarios y los Trinitarios (22).

Las repúblicas berberiscas semi-independientes de Estambul empezaron a ser más agresivas sobre todo por las acciones de dos piratas argelinos, «los Barbarroja» Aruch y su hermano Jeredin.

No iban mejor las cosas en el reino de Fez, pues en 20 de diciembre de 1522 y a pesar de las luchas internas entre las distintas kábilas, era asaltado el Peñón de Vélez y asesinada su guarnición, incluido el gobernador D. Juan de Villalobos. El Peñón pasó después a manos de Jeredin Barbarroja haciendo más complicada su reconquista (23).

Para Felipe II resultaba intolerable la pérdida del Peñón de Vélez pues volvía a ser refugio de piratas. Por ello, en otoño de 1564, una extraordinaria armada de 110 embarcaciones: «las galeras de italia y las que abia en españa y de genoba, y binieron de francia y de portugal» y 14.500 soldados al mando de D. García de Toledo (Marqués de

---

(22) CONROTTE, M.: «España y los países musulmanes durante el Ministerio de Floridablanca», Madrid, 1909, pp. 36-37.

(23) Los reyes de Fez pusieron en bloqueo a la plaza y estacionándose en los altos inmediatos de Baba y del Cantil, la dominaban con su mosquetería, acosando al presidio sin tregua. D. Juan de Villalobos su alcaide descubrió naves con rumbo a Andalucía, tomándolas como de socorro abrió las puertas, arrojan el disfraz los Alárabes y pasan a sus habitantes a cuchillo. El marqués de Mondejar, capitán general de Granada, asaltó bruscamente el Peñón pero sus galeras fueron destrozadas por el cañón de la plaza. Poco después Barbarroja invade el reino de Fez, se apodera del Peñón, y los corsarios argelinos encuentran guarida para extender sus depredaciones. Cfr. GALINDO Y VERA, L.: «Las posesiones hispano-africanas», Madrid, 1884, p. 121.

Villafranca) daba vista a la roca. Sin apenas lucha, sus defensores le abandonaron (24). Ver apéndice documental núm. 3.

Un gran problema presidial fue la ausencia de una población civil estable. Casi las únicas familias eran las de algunos militares. Por lo demás, sólo residían allí algunos comerciantes judíos y un pequeño sector industrial relacionado con lo militar.

Esta circunstancia motivó que Felipe II admitiera se enviaran prostitutas para que los soldados contrajeran matrimonio, eludiéndose inconvenientes mayores como «... amancebamientos, solicitar mugeres casadas, parientas, pecados nefandos...» (25) medida que no dio los frutos apetecidos.

Así, en una Instrucción de 1595 para el Peñón de Vélez disponía su artículo 15: «Mando a las mujeres públicas que hay o que hubiese en aquella fuerza, sean comunes a los soldados y que no estén amancebadas con ninguno, ni ellos con ellas, y que si lo estuviesen, el alcaide los castigará con rigor; y que ellas tengan candil encendido en sus casas hasta dos horas de noche, y no salgan de ellas, ni anden por la fuerza, bajo la misma pena; lo cual se hace a fin de escusar las cuestiones que podria haber entre dichos soldados» (26).

### 1.3 EL AISLACIONISMO PRESIDIAL DEL XVII

Durante ese siglo se acentuará el aislamiento y una decadencia progresiva en los presidios provocando unas condiciones de vida aún más duras. El factor que lo explica fue el acusado declive económico.

Con la anexión de Portugal a España quedó superado el Tratado de Tordesillas. Durante esta época, el mayor objetivo quedó centrado, aunque en 1600 se intentó reconquistar Argel por D. Juan Andrea Doria, en controlar dos plazas del África atlántica: Larache y la

---

(24) BN: Mss. 9175: «Tomada del peñon de Velez. 8 de septiembre de 1564».

(25) GARCÍA ARENAL, M.: «Los españoles y el Norte de África», Madrid, 1992, p. 268; la frase entrecomillada en el texto procede de la «Consulta de Felipe II a Fr. Juan de Orellana sobre la conveniencia de mandar penadas y mugeres publicas a Oran», según BN: Mss. 18554.

(26) «Instrucción para bien ordenar y mandar las muchas disposiciones que contiene sobre esclavos, guardias, modo de vivir los casados, cómo se habia de tratar a los judíos que fuesen a vender, modo de despachar los viveres, y sus pesos y medidas; que las mugeres de los soldados casados lavasen la ropa de los demas, pagando lo que fuese justo; contra los blasfemos y jugadores y otras cosas». *Vid.* FELIÚ DE LA PEÑA, F.: «Leyenda histórica, política, militar, administrativa y religiosa del Peñón de Vélez de la Gomera y manera sobre la conservación de los presidios menores», Valencia, 1846, p. 39.

Mamora, más para evitar el corsarismo de Salé que como anhelo de incorporación a la corona de nuevos territorios (27).

La conquista de Larache ocurre a finales de 1610. Fue comprada al sultán marroquí Abu-Faris, pero el precio nunca se pagó al asesinarle su sobrino Abu al-Lif poco después de entregada. Larache poseía dos fortalezas, San Antonio y Ntra. Sra. de Europa, que se unieron por murallas perimetrales financiadas con el producto de los bienes de los moriscos expulsados (28). Ver apéndice documental núm. 4.

A partir de 1614 y por iniciativa de los franciscanos también condujeron prostitutas a Larache, asignándolas en presupuesto una pensión de manutención diaria. En 1655 sólo la guarnecían 374 soldados de calidad deficiente por ser presidiarios o procedentes de levadas de vagabundos (29).

Ante la imposibilidad de piratear en el entorno de Larache, el corsarismo se desplazó más al sur, a La Mamora y al eje Rabat-Salé. Para acabar con este problema, en 1610 el marqués de Villafranca hundió unas barcazas repletas de piedras en la Mamora intentando cerrar la desembocadura del río Sebú, su salida natural, siendo una acción inútil por las mareas y las crecidas del río (30) Al conocerse que el rey

---

(27) CARABAZAS, E., y SANTOS, M.: *op. cit.*, p. 66: Los Austrias se limitaron a intentar el control de las plazas próximas al Estrecho, con el fin de neutralizar la acción de la piratería magrebí contra las costas ibéricas y sobre los galeones españoles que arriban a España con el oro americano. Esta política de ocupar plazas en el litoral africano demuestra ser un completo fracaso. Inútiles para la conquista del Magreb, las plazas de Ceuta y Melilla permanecerán cuatro siglos en continuo estado de alerta. Para rechazarlos, las guarniciones deberán ser reforzadas continuamente con tropas enviadas desde Andalucía (Ceuta recibirá tropas de socorro en 1511, 1566, 1594, 1596, 1599, 1603, 1625, 1628...).

(28) GARCÍA FIGUERAS, T.: «Presencia de España en berbería Central y Oriental. Tremecén-Argel-Túnez», Madrid, 1943, p. 233: la expulsión de los moriscos, tuvo graves consecuencias económicas; se dejaron de labrar extensiones importantes, desapareciendo algunas industrias. El viaje de los moriscos fue un terrible éxodo. Estaban obligados a abandonar los lugares de residencia en pocos días y sólo podían llevar los bienes materiales que transportaran; por el camino fueron saqueados y robados y en los barcos, los capitanes, llegaron a matar a los más importantes para apoderarse de sus fortunas. La llegada de los moriscos a África (se extendieron por Túnez, Orán, Tetuán, Rabat y Salé, especialmente) no puso fin a su éxodo. Los musulmanes los recibieron mal por haber abjurado de su religión; poco a poco fueron incorporándose a la vida de esas ciudades, a las que llevaron una nueva ola de odio contra España, que influyó mucho en el recrudecimiento de la piratería y de la xenofobia contra el cristiano.

(29) GARCÍA FIGUERAS, T.: «Larache, datos para su historia en el siglo XVII», Madrid, 1973, p. 340: en Larache residieron moriscos de los desterrados de España con una asignación máxima de 30 y algunos judíos.

(30) AGM: 2.ª Sección, 8.ª División, leg. 113: «Catálogos...», *op. cit.*, «Año de 1610: Relacion del cegamiento de la barra y puerto de la Mamora hecha por el Duque de Fernandina y otros sucesos de dicha jornada». Que había sido un fracaso

marroquí Muley Cidán estaba en tratos con los holandeses para que se asentaran en la Mamora, donde ya existía una flota de esa nación, se determinó su asalto verificado en el verano de 1614 (31). Hay constancia de que en estos enclaves residieron presidiarios desde mediados del xvii.

Al subir al trono de Marruecos el Sultán Muley Ismail, declaró una guerra santa de exterminio a los cristianos. Todos los presidios fueron fuertemente atacados (Ceuta entre 1674 y 1680, preludio del «sitio largo» e intermitente 1694-1727, y Melilla entre 1678-1727), perdiéndose en 1681 la Mamora (32) y en 1689 Larache (33). También Muley forzó la evacuación de Tánger, plaza inglesa que fue cedida por Portugal antes de la anexión lusa a Castilla. A su vez, Orán y Mazalquivir estuvieron a punto de perderse en 1677 por huestes argelinas ayudadas por Turquía.

A 86 millas náuticas al sudeste de Ceuta se localiza el Peñón de Alhucemas, islote de 14.000 metros cuadrados y 20 metros de altura como cota máxima, separado unos 600 metros de la costa. En verano de 1673 el príncipe de Montesacro, D. Andrés Dábalos, capitán general de Andalucía, recaló en ella.

A la roca, prácticamente deshabitada, la nombró este príncipe, San Agustín y San Carlos de las Alhucemas en memoria de los dos navíos que gobernaba. Dejó de gobernador a D. Francisco Lopez y envió un informe a la Reina gobernadora D.<sup>a</sup> Mariana de Austria solicitando fortificarla y así impedir volviera a ser guarida de piratas.

---

se relaciona posteriormente: «Informe dado por los pilotos que en Setiembre de 1611 fueron á reconocer la barra de la Mamora».

(31) GARCÍA FIGUERAS, T.: «Larache...», *op. cit.*, p. 154: el 1 de agosto de 1614 salía una escuadra bajo el mando del marqués de los Vélez (D. Luis Fajardo), capitán general de la armada del mar océano, con doce galeones, ocho galeras (cinco de España y tres de Portugal) y gran número de embarcaciones de transporte, con 7.000 hombres (reclutados por el duque de Medinasidonia por toda Andalucía; al no ser suficientes se ordenó una leva captando vagabundos). En la Mamora había una flota holandesa presta a tomar la ciudad esperando órdenes; el comandante holandés, Jan Everten, viendo la poderosa armada, se puso a su favor indicando que operaban como bloqueo de los piratas.

(32) La Mamora contaba en 1681 con sólo 160 soldados y 273 pobladores; en 1668, 1671, 1675 y 1678 había sufrido ataques pero llegó a ser socorrida. El 26 de abril de 1681 el alcaide Omar bloquea la plaza cortando el agua consiguiendo su rendición. *Vid.* GALINDO Y VERA, L.: *op. cit.*, p. 277.

(33) El gobernador de la plaza, D. Fernando de Villarias se rindió por una capitulación consistente en que no quedaran cautivas 100 personas que él mismo eligió (notables mandos militares, eclesiásticos y aventureros llegados para aguantar el sitio). Estas capitulaciones no fueron respetadas por Muley Ismail y fueron todos cautivos a Mequinez. *Vid.* GARCÍA FIGUERAS, T.: «Larache...», *op. cit.*, p. 321.

Esta ocupación fue la última en el tiempo (a excepción de las islas Chafarinas incorporadas en 1848) y uno de los lugares más célebres de cumplimiento de condena hasta primeros del xx (34).

En los presidios menores del Peñón y Alhucemas la dependencia de provisiones de España era tan absoluta que faltando quedaban en situación límite. En varios momentos del xvii, agravándose el problema por cercos intermitentes, el gobernador del Peñón de Vélez permitió que, ante la amenaza de morir de hambre, pudieran desertar a los magrebíes sus habitantes (35).

La misma falta de víveres se reprodujo en 1811 y 1812, en plena guerra de Independencia contra Napoleón, disponiéndose (según Feliu de la Peña que manejaba expedientes desaparecidos) que 156 presidiarios se fueran «a los moros», mientras que en Melilla algunos se enviaron a España (36).

---

(34) El general de la armada, apreciando las ventajas de la posición, desembarcó en la Peña de Alhucemas; no es creíble que llevara a cabo tal empresa pretendiendo solamente agregar a los dominios españoles unas cuantas varas cuadradas de terreno, en diminuto islote, aislado y como perdido en un repliegue de las costas africanas. La distancia que la separa a Alhucemas de la playa ha hecho poco fructuosas las agresiones. *Vid.* PEZZI, R.: «Los presidios menores de Africa y la influencia española en el Rif», Madrid, 1893, p. 78. BN: 4/193058. *Vid.* ídem ARQUÉS, E.: «Las adelantadas de España: las plazas españolas del litoral africano del Mediterráneo», Madrid, 1966, p. 83.

(35) FELIU DE LA PEÑA, F.: *op. cit.*, p. 129: «En 1662 era ya tanta la escasez de víveres, que en todos tiempos hubo de sufrir, que tuvo que consentirse que marchasen a los moros los que quisieran, que es el non plus ultra de todas las concesiones posibles, y de la que, por otra parte, no pueden usar sin esponderse a morir en manos de los montaraces inmediatos. En 1677, la misma falta había llegado a un terrible extremo: solamente se repartían algunas onzas de bizcocho mazamorrado, representando el alcaide y veedor en Julio de aquel año al rey, al veedor general, al obispo de Malaga y a varias personas notables, conjurándolas a nombre de Dios y de la humanidad que les auxiliaran. En 1680 y 1682 tropas mandadas por Muley-Hamet hostilizaron la plaza por espacio de un mes».

(36) MORALES Y MENDIGUTIA, G.: «Datos para la historia de Melilla», Melilla, 1909. BCAS: E: 65, tomo 11, núm. 30383, p. 137: al tener noticias de la invasión francesa (a Melilla vinieron prisioneros de Bailen, y a algunos de los que no eran franceses se les admitió en las Compañías Fijas) acordaron las autoridades mantenerse fieles al legítimo Soberano, pero al caer en 1810 Málaga y Granada, cesaron los recursos: esperarlos de la regencia fuera vano. Recibió Conti (su gobernador) por conducto de D. Antonio Galludo, patrón de uno de los barcos de la dotación, oficio de Sebastiani, intimándole que prestase juramento de fidelidad a José Bonaparte. Leído el oficio en la Junta (Junta de Guerra presidida por Conti y otros jefes y funcionarios) embarcó para Cádiz a los 45 confinados de peor conducta, organizó dos batallones de Infantería (de la Lealtad, y Batallón de voluntarios de Infantería fija de Melilla, este último con confinados de poca condena y buena conducta)... no había de nada; los oficiales tenían que darse de baja para el servicio por no tener ropas con que cubrir su desnudez, la de los soldados y desterrados se remedió «como otras veces» con sacos terrosos, se agotó la leña; Conti envió a España 150 presidiarios, antes de verse, como D. Francisco Cumplido en Alhucemas y D. Gregorio Donaire en el Peñón, en la precisión de echarlos al campo moro.»

El Peñón contaba en el litoral africano con un fortín en la pequeña ciudad de Vélez, también llamada Bades. En 1702 fue tomado, según se asegura, por la traición de «unos presidiarios armados que formando parte de su guarnición mataron al comandante y sujetaron al resto de los soldados» (37).

#### 1.4 LA DIVERGENTE POLÍTICA AFRICANISTA ESPAÑOLA DEL XVIII

Respecto a los presidios, la nueva dinastía Borbónica perseguirá los mismos objetivos que los Austrias. Tampoco mermó el problema corsario: los de Tetuán y Salé operaban en las aguas del Atlántico y los argelinos (38) en el Mediterráneo. Para evitarle, las potencias europeas tan pronto establecían pactos como enviaban expediciones de represalia (39). También se practicaba un corsarismo español por la propia armada, intenso a principios del XVIII decayendo más tarde, o por particulares «armados en corso» (40).

En este siglo continuaron editándose panfletos de «relaciones de victorias» (41) narrando escaramuzas y encuentros, pero que no podían esconder la realidad de un aislacionismo intenso.

---

(37) FELIU DE LA PEÑA, F.: *op. cit.*, p. 132: «El establecimiento de tierra firme se componía de un cercado que denominaban soco, nombre tomado de los moros, con el que distinguen sus mercados. Sobre una de las caras del soco había un fuerte formando un cuadrado con cuatro cubos o torreones en sus angulos. Había una batería con dos piezas de corto calibre; 50 hombres lo guarnecían... por 1702 el emperador Muley-Ismael envió un ejército de 12.000 hombres al mando de su hijo Muley-Sidan, a sitiarla. El descuido de un archivo nos ha privado de sus pormenores. En 5 de febrero del mismo año pudieron los enemigos apoderarse del establecimiento y fuerte del continente por maldad y villana traición de unos presidiarios armados... se perdió para no volverse a poseer el medio que a la plaza proporcionaba inapreciables recursos». *Vid. ídem:* GARCÍA FIGUERAS, T.: «Una posesión africana poco conocida: el Fuerte de tierra en Bades (1564-1702) en «Miscelánea de estudios históricos sobre Marruecos», Larache, 1949, pp. 151-155. BN: Afr. GF 6982.

(38) CROUZET, M.: «Historia general de las civilizaciones». T. 5. Barcelona 1963, p. 322: de los 30 deyes que gobernaron Argel de 1671 a 1818, catorce fueron impuestos tras una sublevación, después de asesinar al predecesor. La industria de Argelia consistía en el corso contra los barcos mercantes y contra los cristianos de las costas. Pero, a lo largo del siglo, los adelantos de las marinas europeas, comprometieron el corso. El Dey pactó con los estados europeos, que se comprometieron a pagar un tributo anual para quedar libres de los ataques de los corsarios; éstos fueron abandonando una ocupación que ya no proporcionaba beneficios. La flota disminuyó de 24 buques en el año 1724 a 10 en 1788.

(39) TERRASE, H.: «Histoire de Maroc», Casablanca, 1950, p. 269, BN: Afr. GF/6935

(40) *Vid. mi obra:* «El penitenciarismo español del Antiguo Régimen aplicado a su presidio más significativo: Orán-Mazalquivir», Madrid, 2005, p. 29.

(41) «Noticias extraordinarias del Levantamiento del Asedio puesto por los Moros á la Plaza de Melilla y del último Socorro en la Plaza del Alarache impreso en 8 de

En dos frentes la política española se mostró divergente: en los territorios marroquíes fueron fraguándose treguas, como la de 1736, desembocando en tratados en el período ilustrado; con las regencias argelinas los contactos eran más conflictivos.

Durante el reinado de Carlos III (prácticamente coincidente con el del sultán alauita Mohamed Ben Abdallah), se celebró el primer Tratado de Paz con Marruecos en la primavera de 1767, pese a que las relaciones con los «moros fronterizos» de los presidios no estaban exentas de peligrisidad. Ver apéndice documental núm. 5.

Este tratado se quebraría al recibirse en 1774 una paradójica carta del soberano marroquí que declaraba la guerra en «tierra» sin romper el pacto: «a 15 días del mes de Rageb del año 1188... sabed que Nos estamos con Vos en Paz pero los mahometanos de nuestro dominio y del de Argel se han unido diciendo que no quieren que haya desde Ceuta hasta Oran Christiano alguno... si los Argelinos emprenden la guerra en Compañía de Nos, como nos han rogado, esta bien... y este negocio no se opone a la Paz que subsiste entre Nos y Vos, vuestros comerciantes y sus navios quedaran como antes...».

La reacción no se hizo esperar, dictando Carlos III en octubre de 1774: «... y Yo teniendo por indecoroso escuchar ni menos admitir tales proposiciones... declaro interrumpida la amistad con el Rei de Marruecos y volver al estado de Guerra por mar y tierra...» (42).

Dos meses después (con relativo tiempo para prepararse: ver apéndice documental núm. 6) comenzaba el «sitio de los cien días de Melilla» (43),

---

noviembre de 1689». «Relacion de la feliz victoria que han conseguido las Armas del Rey nuestro Señor en la plaza de Zeuta, contra los moros sitiadores, el día 18 de mayo de 1703». «Señalada victoria que por Mar y Tierra consiguio la Guarnicion de Melilla, contra los moros en 24 y 25 de Mayo deste año de 1703». «Relacion de los felices sucessos que el 15 de Noviembre de 1720 lograron las Armas de S.M: en el ataque de las Trincheras y Fuertes, con que los Moros tenian sitiada la Plaza de Ceuta...» *Vid.* BAUER Y LANDAUER, I.: «Relaciones de África» s/l 1920. Pássim. *Vid.* ídem. BN: Afr. C.<sup>a</sup> 7020/32: «Relacion de los gloriosos Progressos, que lograron las Tropas de la Guarnicion de Ceuta el día 17 de Octubre de este año de 1732, en la salida que hizieron para atacar à los Moros, que formaban el Exercito, con que avian puesto sitio à aquella Plaza».

(42) BAUER Y LANDAUER, I.: *op. cit.*, p. 160. Contiene también la Cédula de declaración de guerra alusiones al canje de cautivos: «... por quanto habiendome enviado poco tiempo hace el Rei de Marruecos varios cautivos españoles que obtuvo de la Regencia de Argel, mande que se entregasen no solo todos los moros marroqies que por haber sido apresados en Naves Argelinas haciendo corso, estaban prisioneros en los arsenales de Cartagena, sino tambien los argelinos ancianos y lisiados que estaban alli; quiero tenga efecto la libertad de estos infelices y que se conduzcan a Marruecos no obstante la novedad ocurrida...».

(43) MIR BERLANGA, F.: «Melilla, floresta de pequeñas historias», Melilla, 1983, p. 79: La guarnición se componía de dos Compañías Fijas (agregados a ellas la mitad de los desterrados), cuatro Compañías de Cataluña y otras cuatro del Regi-

en el que los presidiarios participaron activamente en su defensa (44). El cerco se levantaba poco después del frustrado asalto general del 13 de febrero de 1775 (Ver apéndice documental núm. 7). Se atacaron además los peñones de Vélez y Alhucemas, teniendo también aquí los desterrados un papel clave para contener el empuje de los magrebíes (45).

La paz se firmó en la primavera de 1780 con un nuevo convenio de amistad y comercio (46) en vigencia hasta el fallecimiento en 1790 de Mohamed Ben Abadía. Esta década de relativa tranquilidad quedó rota al acceder al trono su hijo Muley Eliazit, que declarándose agresivo con las plazas (47) volvió a sitiar los presidios menores y Ceuta,

---

miento de la Princesa y 43 artilleros, sin llegar toda la guarnición a 1.000 hombres, siendo reforzados por un convoy de barcos de Málaga.

(44) SEBASTIÁN DE MIRANDA, F.: «El sitio de Melilla de 1774 a 1775, escrito por el capitán del regimiento de infantería de la Princesa D. Francisco Sebastian de Miranda». Tanger 1939. BN: Afr. 14967. p. 12: «el día 10 de diciembre de 1774... el mariscal de campo Juan Sherlock, que se halla de comandante de la plaza pidió un pronto socorro de tropas, pues solo llegaba la guarnición a 700 soldados e igual número de desterrados... día 16 de diciembre de 1774... se embarcaron las mujeres y los niños... día 3 enero 1775: hoy ha llegado el Regimiento de Zamora, la total que tenemos es de 2.500 hombres y 1000 desterrados... día 9 de enero: se dispuso que 12 desterrados saliesen al campo enemigo y arrojaran unas bombas... a los doce desterrados les fueron conmutadas las penas, como premio a su proeza... al finalizar el asedio había 2.209 hombres del ejercito y 887 desterrados, siendo el total de nuestras bajas 117 muertos y 509 heridos, cifra que otros autores señalan en 203 muertos y cuádruple número de heridos». *Vid. ídem.* MORALES Y MENDIGUTIA, G.: «Datos para la historia de Melilla», Melilla, 1909 p. 115: «El sitio de Melilla comienza el 9 de diciembre de 1774 con 8.000 infantes y 4.000 caballos moros; posteriormente atacada por 30.000 hombres... el 8 de enero se hizo descarga general secundada por la de la Escuadra, con una salida del cabo de las compañías fijas Alonso Martín con 12 confinados destruyendo las trincheras».

(45) GARCÍA FIGUERAS, T.: «Diario del sitio del Peñón de Vélez de la Gomera desde 20 de enero de este presente año de 1775», en «Miscelanea de estudios históricos sobre Marruecos», Larache, 1949, p. 167: «era gobernador del Peñón el Coronel D. Florencio Moreno, que ejerció su mandato desde 1 de agosto de 1766 a 9 de enero de 1776, sucediéndole el Coronel D. Miguel Moreno, que había sido enviado a la Plaza con ocasión del sitio. Nos cogió el ataque sin preparación y fue necesario acudir desde Málaga envió de refuerzos. La guarnición llegó a alcanzar la cifra de 650 soldados, 41 marineros y 131 confinados. También se hostilizó Alhucemas, construyendo trincheras en la playa con poco resultado; estas tropas y las que asediaban el Peñón se retiraron el mismo día que las de Melilla».

(46) CRIADO, M. y ORTEGA, M.: «Apuntes para la historia de Ceuta», Madrid, s/f (sobre 1920-1925), p. 320.

(47) MORALES Y MENDIGUTIA, G.: «Datos para la historia...», *op. cit.*, p. 123: Muley Eliazit dirigióse a sitiar Ceuta pidiendo la entrega de todas las plazas españolas de Marruecos o que se le pagase tributo por su tenencia. El resultado fue que el 27 de agosto de 1791 se firmó la declaración de guerra, sitiándose nuevamente Ceuta y los presidios menores. El Almirante D. Francisco Morales bombardeó a Tánger como represalia. *Vid. ídem:* CRIADO M., y ORTEGA, M.: *op. cit.*, p. 322: el gobernador de

obligando a nueva declaración de guerra en 1791. (Ver apéndice documental núm. 8). En 1792, y a consecuencia de una guerra civil declarada en Marruecos, moría Eliazit sucediéndole su hermano Muley Soliman que ajustó un nuevo tratado de paz en 1799.

## 2. Disposiciones reglamentarias de los presidios menores

Desde su implantación a mediados del xvii, el desarrollo de la pena de presidio en Ceuta, Melilla, Larache, La Mamora y los peñones de Vélez y Alhucemas es prácticamente desconocido. Se rigieron entonces por disposiciones particulares similares a las recogidas en mi obra sobre Orán-Mazalquivir.

El primer reglamento es el de Ceuta de 1715. Le seguirá en 1717 otro para los presidios de Melilla, Peñón de Vélez y Alhucemas.

Reconquistado Orán en 1733 (pues fue arrebatado en 1708) se decretaron varias reales órdenes relativas a los presidiarios.

El siguiente reglamento vuelve a tener como destinatario a Ceuta y es de 1743, denominado «Para el buen gobierno y manejo de los Desterrados». Es el primero específicamente penitenciario existente en España.

En 1745 quedó aprobado el «Reglamento de Presidios» que atiende a todos los de África, si bien centrado más en aspectos de provisión y dotación de las plazas que en organización penitenciaria.

Cierra el ciclo de este siglo el trascendental reglamento «Para el Ramo de Desterrados de Ceuta» de 1791. Como se abandona Orán en 1792, el proyecto reglamentario para esa plaza de 1791 no fue adoptado.

Así, hay dos importantes regulaciones a lo largo del xviii para los presidios menores: la de 1717 y la de 1745. Tampoco podemos olvidar el reflejo que tendría en estos la normativa de los presidios mayores y, sobre todo, las órdenes particulares que fueron emitiéndose cuando la urgencia, la necesidad o el caso concreto las demandaba.

### 2.1 EL REGLAMENTO PARA LOS PRESIDIOS MENORES DE 23 DE MARZO DE 1717

Por el éxito obtenido, sobre todo para la Real Hacienda (48), con la aplicación del Reglamento de Ceuta de 1715, se vio la oportunidad de hacer otro a su imagen para los presidios menores.

---

Ceuta D. José de Sotomayor, ordenó la defensa, quedando las tropas y los refuerzos enviados al General D. Luis Urbina que rechazó las acometidas, causándoles innumerables víctimas en las salidas que hizo con la guarnición. Duró el sitio dos años.

(48) «Según las reglas con que se manejó la provincia de Ceuta hasta diciembre de 1715, importó su gasto al año 395.526 pesos y quatro reales. Según el nuevo

Sin embargo, las circunstancias eran diferentes. Así, el Consejo de Guerra exponía «las graves dificultades, y aun imposibilidades que allan en que se pueda practicar en los presidios lo dispuesto para Ceuta sin exponerlos a gran riesgo de perderse, o por lo menos alguno de ellos... pese a los reparos y embarazos que ponderan los ministros de Málaga, parece se podra verificar...».

Los reparos citados se refieren a la opinión, entre otros, del Proveedor General, D. Matheo de Miranda que alegaba: «... en quanto a la provisión no pueden estos tres presidios regularse como el de Ceuta, porque estas tres plazas son como barco en la mar, sin mas recurso que lo que se les remite de España, estan situados el que menos a 40 leguas y tienen las embarcaciones para yr a ellos un viage muy peligroso por enemigos y muchas veces estan detenidas por falta de tiempo dos y tres meses, lo que no sucede en Ceuta por su cercanía» (49).

Del extenso informe del Proveedor General y el Comisario Ordenador de Málaga sobre la conveniencia del reglamento, citaré sólo lo referido a los desterrados. Compararon la situación actual con la que se obtendría después de implantado: «... En el Reglamento se señalan dos albañiles que gozarian quatro escudos al mes y un herrero y un carpintero con lo mismo; esto no puede practicarse, porque aun aplicandose a estos oficios los mismos desterrados, si los hay de ellos, es preciso y se ha estilado darles una o dos raciones mas conforme al trabajo y habilidad de cada uno...».

---

reglamento que dió V.M. desde 1 de enero de 1716 que se ha observado un año entero se han gastado 259.541. Conque se han ahorrado en un año 135.784 y quatro reales. A esto se reducen las relaciones inclusas que remite el veedor añadiendo que en este año de 1716, quedan todos pagados sin que se deva nada, y en los antecedentes no sucedía lo mismo. El marques de Bedmar las remite para que Vs las vea y mande dar gracias al gobernador y veedor de Zeuta». *Vid.* AGS, SG GM, leg. 490 Suplemento. Viene en nota: «no ay que hacer en esto mas, que darse VM por servido y que se den las gracias que propone Bedmar»

(49) AGS, SG GM, leg. 4701. Firman el Consejo de Guerra pleno: marqués de Bedmar, marqués de Aytona, marqués de Arrabel y D. Andrés de Les. D. Matheo de Miranda también dijo: «... Ceuta tiene un vecindario de la que carecen estas plazas. Debido a eso, en Ceuta se ha estilado proveer en la misma plaza el Asentista, tener allí su Factor y almacenes de su quenta. En estos tres presidios, siempre se a considerado por preciso que ayga almacenes de el Rey, para que teniendo los gobernadores este cuidado sepan los que tienen, miren como los distribuyen y den los avisos antes que les falten. Y así de ocurrir las contingencias de no poder pasar los socorros, los generos menos sujetos a corrupción como el Bizcocho, Garbanzos y otros, retienen porcion para mas tiempo. Y todo esto lo pueden hacer, porque los bastimentos estan allí de quenta del Rey, pero un Asentista si a de tener los bastimentos de su quenta en los Reales almacenes, tendrá solo aquello que corresponde al repuesto que capitulare, y si se detienen las embarcaciones por contingencias, se exponen las plazas a perderse...»

También delimitaron el sueldo y el vestuario de los presidiarios: «... en el Reglamento se señalan a los presidiarios en cada mes, quatro reales de vellón y dos pares de zapatos de baqueta al año, estos valdrán 30 reales y 48 de dinero son 78 reales y lo que se les da a estos es un par de alpargatas al mes, que estas le cuestan a S.M. a dos reales, con que resulta la diferencia de 24 reales ahora y 78 con el nuevo reglamento y considerando a lo menos 400 presidiarios que abra en Melilla hacen 31.200 reales al año».

Censurar esta cifra de gasto para 400 reos resulta irónico comparándola con la asignada, en la misma relación, al comandante con grado de mariscal de campo: 30.000 reales.

Termina el informe relatando que en los presidios menores no había personal auxiliar libre en los hospitales, empleándose los presidiarios en estos menesteres: «... en el de Ceuta se señalan 8.484 escudos para sueldos de sirvientes y otros oficiales del hospital. En estos no hay ese gasto, pues son mucho menos los oficiales, y todos los sirvientes que son menester se ponen de los presidiarios más a propósito, y sirven con la misma racion que se les da y habian de consumir sin este ejercicio...».

Otro documento constata que con el nuevo reglamento habría incrementos salariales. Estos mayores gastos eran razonables dada la aspereza de estos presidios menores, aislados y continuamente amenazados por los rifeños (50).

Pese a las dificultades analizadas, se llevó a efecto. Su título fue: «Real Reglamento de 23 de marzo de 1717 sobre el pie en que deben quedar las plazas de Melilla, Peñon, y Alhucemas; paga del Estado Mayor de ellas, Eclesiasticos, Compañías de pie fixo, marinería, oficiales de maestranza y republica, que todo se considera por de Dotación, y Guarnición ordinaria» (51).

Este reglamento se complementó con un Decreto de abril de 1717 «Sobre que se paguen del caudal de Cruzada los sueldos de los estados mayores, y guarniciones ordinarias de Melilla, Peñon y Alhuce-

---

(50) AGS, SG GM, leg. 4701: Informe de D. Guillermo de Moncada: «... otro inconveniente que representan los ministros de Málaga, es el que por el Reglamento a proporción del de Zeuta, se aumentarían los sueldos, y sólo por esto lo haría yo, pues considerar la suerte, y condición de un veedor, gobernador, ó, oficial de la dotazion de estos Presidios, la ynfelicidad de su modo de vivir, los pocos ascensos en lo regular, y mirar la cortedad de los sueldos, es casi imposible moral, que no aya economico secreto, que los haga permanecer en aquella vida, y este no puede dexar de ser contra el buen gobierno...».

(51) AGS, SG GM, leg 4701. También se encuentra el Reglamento en PORTUGUES, J. A.: «Colección..., tomo 8», *op. cit.*, p. 62 ss.

mas» (52). En su Exposición de Motivos deroga por abusos en la gestión, la práctica habitual consistente en que un Contratista («asentista») pagaba en metálico y raciones de víveres a toda la dotación, pasándose a través de este Reglamento de 1718 a administrarse directamente por la Corona. Fijaba así que: «por lo que mira a los Soldados Voluntarios, los Presidarios, Marineros, y otras personas de los mismos Presidios, se les señala (demas de la racion diaria con que se les ha de acudir) la porcion en dinero, que ha parecido competente, para que subsistan, sin que con independencia de este goce se haya de subministrar a unos, ni otros por mi Real Hacienda, Vestuario, ni otra cosa alguna...». (Ver apéndice documental núm. 8).

Así, al igual que en Ceuta, la financiación de los presidios menores (incluidos los sueldos de militares y presidiarios) quedaron a cargo del «caudal de Cruzada». Este concepto englobaba en realidad tres impuestos: cruzada, subsidio y excusado. El «Consejo de Cruzada» fue el encargado de administrarle hasta la supresión de este órgano en 1750, relevándole en la misma función la «Comisaría general de Cruzada».

El impuesto conocido como «Bula de la Santa Cruzada», del que toman el nombre los otros dos, proviene del Papa Julio II, que para alentar los proyectos de cruzada de los reyes católicos «contra turcos y moros» había autorizado a D. Fernando vender bulas de indulgencia y dispensas de ayuno. Cada año las bulas salían a la venta. Había bulas de indulgencia para difuntos, otras que permitían comer carne el sábado y cuatro días a la semana en Cuaresma. El precio de la bula variaba según la clase social y las provincias. La concesión de estas bulas se renovaba cada seis años hasta 1757 en que, como los otros dos impuestos, se convirtieron en perpetuas. En 1801 su producto ascendía a 16.140.000 reales en España y 13.155.870 reales en las colonias.

El llamado de «subsidio» arranca en 1561 al otorgar el Papa Pío V a Felipe II, 420.000 ducados extraídos de los bienes del clero para equipar sesenta galeras destinadas «a combatir infieles». Era perió-

---

(52) PORTUGUES, J.A.: «Colección General de las Ordenanzas Militares... tomo 8, presidios, desde el año de 1665 hasta el de 1758, Madrid, 1764» p. 71: «Real Decreto (dirigido al comisario general de Cruzada) de 12 de abril de 1717 sobre que se paguen del caudal de Cruzada los sueldos de los estados mayores, y guarniciones ordinarias de Melilla, Peñon y Alhucemas»: «...y montando los sueldos 465 y 475 reales al año, en que se comprenden los salarios de los Ministros que han de residir en Malaga, para las dependencias de los mismos presidios: os mando que de los caudales de Cruzada remitaís a poder de D. Sebastian de Montejo, pagador en Malaga los referidos 465 y 475 reales al año por mesadas, con la prevencion de que se le han de entregar con intervencion de D. Francisco de Monsalve, Veedor y Comissario de Guerra en la misma ciudad, a fin de que se distribuyan en las pagas de sueldos, y no en otro efecto alguno...».

dico y se renovaba cada cinco años con el nombre de «subsidio ordinario de galeras». Ver en apéndice documental núm. 9, un ejemplo del pago de este impuesto. En 1757 se convierte en perpetuo por Benedicto XIV. El rendimiento medio de este impuesto, a fines del siglo XVIII, era de 5.561.617 reales.

Por fin, el de «excusado», también originado por bula de Pío V en 1571, autorizaba al rey a percibir el diezmo de la casa más rica de cada parroquia. También se hace perpetuo en 1757. Su rendimiento medio de 1799 a 1804 era de 26.845.684 reales (53).

### 2.1.1 *Aplicación del Reglamento de 1717 en Melilla*

En esta plaza, la «guarnición ordinaria» integraba a dos Compañías: cada una tendría un capitán, dos tenientes, dos subtenientes, cuatro sargentos, seis cabos, ocho segundos cabos, un tambor, 20 soldados y «la mitad de los desterrados que hubiere y se embiaren a la plaza».

Designaba sueldos diferenciando a los soldados voluntarios («dos escudos al mes y una ración diaria») del percibido por soldados desterrados («ocho reales al mes, mas la ración»). Con esta retribución pagarían además su uniforme o vestuario: «los sargentos, cabos, segundos cabos, soldados y desterrados, no tendran otro goce mas que el que viene referido, entendiendose que con él se han de mantener y vestir».

Para el servicio en «obras y fabrica», aspiraba, al igual que el reglamento ceutí de 1715, a una cierta clasificación penitenciaria: «Los gobernadores y veedores pondran particular cuidado en que se destinen para estas obras y trabajo de la mina y otros extraordinarios que se ofrezcan, los que estuvieren condenados por delitos feos». Pero consciente su redactor de la poca gente que llegara con ese atributo, a renglón seguido cita: «y a falta de estos (los reos de graves delitos) entraran al trabajo los demas desterrados».

Así, el intento de clasificación penitenciaria se sacrificaba en aras de la disponibilidad. En cambio, mejoraron respecto a los de Ceuta destinados a obras, pues en Melilla cobraban igual que los agregados a las Compañías (ocho reales y ración diaria). Ahora bien, se ahorraron los zapatos de baqueta pues era un gasto considerado excesivo, y tendrían que comprarse las alpargatas que antes les daban.

Un grupo privilegiado aparecía en el apartado «Gente de Republica»: «Un escribano de guerra, que ordinariamente es un desterrado, gozara demas de lo que por desterrado se le señala, dos escudos de

---

(53) DESDEVICES DU DÉZERT, G.: «La España del Antiguo Régimen» (Primeros años del siglo XX), Mod. Ed. Madrid, 1989, pp. 327, 346 y 429.

sueldo al mes. Un mayordomo de hospital, o enfermero mayor, que lo es siempre un desterrado, gozara demas de lo que se le señalare por desterrado, de tres escudos de sueldo al mes. Dos albañiles, un sereno, un carpintero y un cerrajero, que si fueren presidiarios gozaran por todo su sueldo una razi3n diaria y seis escudos de sueldo al mes, y si no se hallaren entre los desterrados oficiales de este exercicio se dar3 providencia a que pasen de M3laga...».

### 2.1.2 *Aplicaci3n del reglamento de 1717 en el Peñ3n de V3lez*

Al explicar la organizaci3n militar mencionaba a los confinados: «constara de dos Compañias de Infanteria, que cada una consistira en un capitán, un teniente, un subteniente, dos sargentos, dos cabos, dos segundos cabos, un tambor y diez soldados voluntarios, y asimismo la mitad de los desterrados que hubiere en la plaza (figura tachado en el legajo: «en cada una de las dos Compañias») con los mismos sueldos, condiciones y calidades que se expresan en la planta de Melilla».

El otro posible destino era: «presidiarios que se destinaren para el servicio de las obras: En la misma conformidad que se dispone por el reglamento de Melilla», quedando la clasificaci3n penitenciaria supeditada a las necesidades del servicio, m3s a3n que en Melilla dada la exigua poblaci3n penal que el Peñ3n de V3lez albergaba por entonces.

Terminaba relatando otros personajes: gente de mar, gente de artillería, guarnici3n extraordinaria, sobrestante de f3brica, etc.

### 2.1.3 *Aplicaci3n del reglamento de 1717 en las Alhucemas*

Su articulado es pr3cticamente igual que el contemplado para el Peñ3n de V3lez. Se diferencia en que las Alhucemas s3lo tendría una Compañia como «Guarnicion Ordinaria». A ella se añañan: «los soldados voluntarios ser3n 20 y todos los presidiarios que tendran los mismos sueldos, condiciones y calidades que se expresan en la plaza de Melilla». Citaba tambi3n a «los presidiarios que se tomaren para la f3brica en la misma conformidad que Melilla».

## 3. **El Reglamento de 10 de diciembre de 1745: su incidencia en los presidios menores (54)**

En la primera p3gina y precedido por el escudo real, aparece su título: «Reglamentos expedidos por SU MAGESTAD, para su observancia desde primero de Enero de 1746 en los Presidios de Africa,

---

(54) AGM, 2.ª Secci3n, 10.ª Divisi3n, leg. 280. Libro-reglamento, pp. 96-128.

Veveduría de Málaga, Escuadra de Galeras y Ministerio de Cruzada de la Corte, y Asiento General de Provisiones de los mismos Presidios, y Esquadra» (55).

Su inspirador fue D. Francisco Driguet. Antes de redactarle obtuvo una precisa información del funcionamiento de los presidios: «llego la nueva planta y Reglamento que de Real Comision havia formado D. Francisco Driset (hay un error en el apellido) Intendente de Valencia, para que se observe su respectivo en cada uno de los presidios de Africa...» (56).

En la importante cuestión de la provisión del racionamiento volvió, al menos desde 1736, a concertarse con un contratista («asentista») en vez de seguir el sistema diseñado por el reglamento de 1717 de Administración directa a cargo del Consejo de Cruzada. Efectivamente, consta que desde primero de año de 1736 el contratista fue D. Pedro de Astrearena que le tuvo por el plazo habitual de 10 años (57). A partir de este Reglamento le asumiría D. Pedro de Migueltorena a quien le dieron instrucciones precisas de los géneros que se comprometía a distribuir al igual que para el presidio de Ceuta. Ver apéndice documental núm. 10.

El título fue el siguiente: «Reglamento General de las Plazas de Melilla, Peñón, y Alhucemas, para desde primero de Enero de mil setecientos quarenta y seis en adelante.» La introducción era muy parecida al de Ceuta: «El Rey. Por quanto he tenido por conveniente a mi Real Servicio en la conservacion de las importantes Plazas de Melilla y los peñones...mejor administracion de los caudales...que se observe el Reglamento, y Ordenanza siguiente...».

### 3.1 INCIDENCIA DEL REGLAMENTO DE 1745 EN MELILLA

Por su importancia, el reglamento relacionaba primeramente a Melilla. Comprendía: «Estado Mayor; Ministerio; Estado eclesiastico; Tropa de la dotacion de pie fixo; Maestranza; Marineria y Hospital», agregándosele la guarnición extraordinaria que como antaño se iba relevando cada cierto tiempo.

(55) AGM, 2.<sup>a</sup> Sección, 10.<sup>a</sup> División, leg. 280. Libro impreso en «Madrid, por Antonio Marin, año 1746. Se hallará en su casa, Calle de Jesus, y Maria, frente la Portería de la Merced Calzada».

(56) CORREA DE FRANCA, A.: «Historia de la mui noble y fidelisima Ciudad de Ceuta» 1750 BN Mss. 9741.p. 330.

(57) AGS, SG GM, leg. 4744: 28 de enero de 1736: «... haviendo el Rey ajustado nuevamente el asiento de las Provisiones de Zeuta, Melilla, Peñón y Alhucemas y de la Real Escuadra de Galeras con D. Pedro de Astrearena por tiempo de 10 años...».

En el «Estado Mayor» se encontraban el gobernador (con 100 escudos de vellón mensuales), sargento mayor, ingeniero ordinario (58) (con 65 escudos), ingeniero delineador (con 30 escudos) y otros oficiales.

En el denominado «Ministerio» figuraba el «veedor» que era también «contador» y que «gozará setenta y cinco escudos al mes, y aunque en el antecedente Reglamento solamente se le havian señalado sesenta, he tenido por conveniente se le aumentassen por considerarlos correspondientes a este encargo. El mismo Veedor gozará quarenta escudos al año para los gastos de su Oficio, en que se incluye el de Papel y Luces...»; y dos oficiales: uno de veeduría y otro «destinado para las quantas del Guarda Almacén».

El «Estado Eclesiastico» le componían: «un Vicario... dos Tenientes de Vicario o Curas... un Sacristan que si tuviese plaza de voluntario en las Compañías de pie fixo, gozará solamente lo que le corresponde... un Organista... y dos Acolytos...».

Era en la «tropa de dotacion de pie fixo» donde aparecían los subsidiarios integrados en dos únicas Compañías. Este reglamento estableció una drástica reducción de personal debida a la relativa calma bélica del momento: «... dos Compañías... por ser suficientes, he tenido por bien el reducir las quatro que al presente existen (59) y se continuen en adelante en el mismo numero que antecederamente consisistian, componiendose cada una de un Capitan, un Teniente, un Subteniente, quatro Sargentos, quatro primeros Cabos, y quatro segundos, un Tambor y veinte Soldados Voluntarios, y assimismo la mitad en cada una de los Desterrados, que huviere, y se embiaren à esta Plaza».

Luego todos los desterrados enviados a Melilla (excepto «especialistas en oficios para maestranza y hospital») quedaban integrados en una de las dos Compañías. Esto significa un cambio radical respecto a

---

(58) El ingeniero ordinario tenía grado de capitán, mientras el delineador o ayudante de ingeniero era el de alférez o subteniente. Si en el reglamento de 1717 existía en Melilla un ingeniero ordinario, un ingeniero delineador, un maestro mayor y 10 oficiales albañiles, seguiría esta estructura en el de 1745 con dos ingenieros para una guarnición de 1.125 personas. *Vid.* BRAVO NIETO, A.: «Ingenieros militares en Melilla. La fortificación en la edad Moderna, siglos XVI-XVIII», Melilla, 1988, pp. 2 y 73.

(59) AGS, SG GM, leg. 5650: la efectiva reducción se hizo en abril de 1746, como explicaba una carta fechada en el Pardo: «A Don Lucas Spínola: Excmo. Sr.: enterado el Rey por el papel de Ve de 28 del pasado y por el extracto y libretas que ha incluido en el, de el estado en que quedan las dos Compañías a que se han reducido las quatro fijas de Melilla en consecuencia del nuevo Reglamento: aprueba S.M. la forma en que deja Ve finalizada esta disposicion y que aviendo preferido en ella por sus circunstancias a los oficiales que quedan en pie, ayan sido reformados los otros...».

los presidios mayores (Ceuta y Orán) en los que, por el importante número de penados, se les destinaba «a obras o a armas».

Tanto en Melilla como en el Peñón y Alhucemas, salvo que por faltas disciplinarias o nuevos delitos cayeran en prisión de tipo reclusión, ingresaban todos los presidiarios en el ejército aunque, lógicamente, debían cooperar en levantar fortificaciones u otras viviendas en calidad de gastadores.

El reglamento señalaba los salarios de los soldados habiendo diferencias entre voluntarios y desterrados pues aquéllos cobraban «dos escudos de vellon al mes y una racion de Bastimentos diaria» mientras los presidiarios integrados en «las armas» obtenían sólo «ocho reales de vellon al mes y una racion de Bastimentos diaria».

Antes del reglamento percibían aparte el vestuario, pero ahora fijaba que los militares voluntarios (desde sargentos hacia abajo) y los presidiarios «no tendran otro goce alguno del que les queda señalado: entendiendose que con èl se han de mantener y vestir de todo lo que necesitaren».

La maestranza constituía el núcleo fundamental, «para la asistencia en esta Plaza de las Obras y Reparos de sus Fortificaciones, recomposicion de ellas y de los Edificios, Casas, y Almacenes Reales...». Al enumerar sus componentes, se saca como conclusión que todos podían ser desterrados aunque en los oficios muy principales (como «Maestro Mayor» en: albañilería, armería, herrería y cerrajería), únicamente señalaba sueldo para voluntarios y no para penados, aunque no veda esta posibilidad pues empleaba el condicional «siendo Voluntario...». En los restantes casos diferenciaba las percepciones salariales entre las dos clases: «Cada Oficial de Albañilería, si fuesse Voluntario, gozarà de diez y ocho escudos de vellon de sueldo al mes, y una racion de Bastimentos diaria, y si fuesse Desterrado, todo su goce como tal, y ademàs seis escudos de sueldo al mes».

La técnica reglamentaria en los otros oficios (maestro carpintero, oficiales de armero, herrero, cerrajero y tonelero) es la misma: el sueldo asignado a cualquier desterrado (ocho reales al mes y ración de bastimentos diaria) incrementados con una gratificación fija de seis escudos al mes.

En el hospital se encuadraba un médico con 60 escudos mensuales, conteniendo una disposición peculiar: «... y si sucediere, que estèn enfermos el Alcayde ù Alcaydes de las Plazas del Peñòn, ò Alhucemas, ò los Veedores, ù otros de los primeros Oficiales de ellas, deberà passar a estos Presidios à curarlos, remitiendose Embarcacion segura para su transporte: entendiendose esto, no haviendo en dicha Plaza de Melilla motivo urgente que lo detenga». Aunque estos presidios con-

taban con su médico se trataba de buscar una segunda opinión, tan sólo para las personas ilustres citadas.

El reglamento de Melilla dispuso que el médico «... ha de ser reva- lidado, y de experiencia practica...», frase silenciada en los del Peñón y Alhucemas donde además cobraban 10 escudos menos mensuales y, pese a que pudiera deberse al menor número de pacientes parece acre- ditarse que en Melilla era preferido un médico de mayor prestigio.

Completaban los oficios del hospital, como personal libre, un ciru- jano y un barbero sangrador. El encaje de los desterrados en los desti- nos medios y auxiliares era casi total. Incluso determinados puestos les eran reservados: «Enfermero Mayor, receptorio y ropero colcho- nero que lo han de ser Desterrados, gozarán lo que le corresponde como tal, y además quince reales de vellon al mes». Menos gratifica- ción, siete reales, tenían dos panaderos del hospital, dos cocineros, dos aguadores y diez sirvientes, que «lo han de ser Desterrados».

Admitía que el boticario y el mayordomo del hospital fueran voluntarios pero el reglamento implícitamente indicaba sería un presi- diario: «boticario... que ordinariamente ha de ser un Desterrado, ha de gozar por este encargo, además de lo que le corresponde como tal, dos escudos al mes y una racion de Bastimentos diaria. El Mayordomo del Hospital, que regularmente lo es un Desterrado, gozará lo que le corresponde como tal, y además quatro escudos de vellon al mes».

No menciona en el apartado de marinería, compuesta por «dife- rentes embarcaciones menores que sirven à distintos fines de mi servicio... que permanezcan dos Patrones, un Calafate y Veinte mari- neros...» que los presidiarios pudieran ejercerla. El montante de los marineros era de seis escudos por mes y ración, retribución claramente del personal libre. Además, se había suprimido otro barco, «un pin- gue», con lo que de haber existido presidiarios-marineros habrían pasado a la plaza como soldados. Cuando las circunstancias cambia- ran por falta de voluntarios es seguro se completaría con penados.

### 3.2 INCIDENCIA DEL REGLAMENTO DE 1745 EN EL PEÑÓN DE VÉLEZ (60)

La escasez de disposiciones estaba acorde con su reducidísimo tamaño. El reglamento distribuyó la población entre: «Estado Mayor, Estado Eclesiastico, Guarnicion Ordinaria, Maestranza, Marineria y Hospital».

Al frente figuraba el gobernador con un salario escaso (70 escu- dos; 100 tenía el de Melilla). Le seguían en el mando los restantes

---

(60) AGM, 2.ª Sección, 10.ª División, leg. 280. Libro-reglamento pp. 104-108.

miembros del Estado Mayor: ayudante, ingeniero delineador, comisario de artillería, guarda-almacen, intérprete, escribano de guerra, veedor (que era también contador, retribuido con «cinquenta escudos de vellon de sueldo al mes y treinta escudos al año para gastos de Oficio, en que se incluye Papel, y Luces») y un oficial mayor de la veeduría con «quince escudos... los doce que tenía por el antecedente Reglamento, y los tres restantes, que he tenido por bien aumentarle en atención à estàr encargado de la Intervencion del Hospital».

Vicario (con 40 escudos), cura (con 20 escudos), sacristán que «gozara una racion de Bastimentos al dia... ademàs de lo que tuviese por qualquiera otra plaza que obtenga», organista (con igual sueldo que el anterior) y dos acólitos completaban el «Estado Eclesiástico».

La «Guarnicion ordinaria» quedó reducida a una Compañía: «... en consideracion à que hace la Tropa de Voluntarios y Desterrados, que se hallan en dicha Plaza del Peñon, con la regularidad y disciplina, que conviene, formando de todos una sola Compañía, como antecedentemente lo estaba: es mi Real voluntad que se reduzcan las dos, à una sola Compañía...» La mandaba un capitán y varios oficiales componiéndose de 20 soldados voluntarios y «se agregaran los Desterrados que huviere, y se embiaren a la referida Plaza, con los goces de sueldo, racion, condiciones, y calidades que se expresan en la Plaza de Melilla». Esto significa que todos quedaban integrados en el ejército aunque debieran concurrir a las obras que se presentaren.

En la «Maestranza», como puesto reservado a personal libre figuraba el de «Maestro Mayor de Obras», mientras los oficiales de albañilería, cerrajería, carpintería y herrería podían ser voluntarios o presidiarios. Lleva este reglamento la misma disposición que el de Melilla: si fueren penados tendrían una gratificación o plus de «seis escudos de vellon al mes, ademàs de su goce como desterrados».

En cuanto a la «marinería», recogía un Patrón y 18 marineros. Estos, aunque no especifica que fueran presidiarios, entrarían en ese número. En el hospital se adscribían las funciones de médico, cirujano y barbero-sangrador para los no penados, mientras cargos intermedios (boticario y mayordomo del hospital) podían tener carácter compartido, «aunque regularmente lo es un desterrado» y, para ejercicios auxiliares todos eran confinados (61).

(61) AGM, 2.<sup>a</sup> Sección, 10.<sup>a</sup> División, leg. 25: libro-reglamento, p. 106: «a un Enfermero Practicante, un Cocinero, un Roper, un Lavadero, un Panadero, un portero, y dos Mozos para faenas, y mandados, cuyo numero de ocho se considera suficiente para la asistencia del Hospital, se mantendrán con la racion y masita, que como Desterrados se les considera en la Compañía de su agregacion; y por via de gratificacion se les dara cinco reales de vellon a cada uno al mes, del producto de las

### 3.3 INCIDENCIA DEL REGLAMENTO DE 1745 EN ALHUCEMAS (62)

Este reglamento es prácticamente un calco del adoptado para el Peñón de Vélez, con particularidades que paso a delimitar. Estado Mayor, Estado eclesiástico, Guarnición ordinaria, Maestranzas, Marinería y Hospital son los diversos capítulos que comprendía.

En el «Estado Mayor» se incluía al gobernador; Ayudante; Ingeniero; Comisario de Artillería; Guardaalmacen; intérprete; veedor y contador; oficial de la veeduría y un «Sobreestante de Almacenes, Maestranzas y repartimiento de Agua, que además de lo que le corresponda como Desterrado, gozará una ración de Bastimentos diaria», siendo, pues, el único que integraba confinados en el propio Estado Mayor. Otros cargos de cierta responsabilidad recayeron en diversos momentos en los presidiarios, como ejercer de escribano de guerra, etc.

También al «Estado Eclesiástico» se asignaban presidiarios. Se componía del vicario y teniente vicario o cura, como personal libre, y «Un Sacristán, que además de lo que le corresponde como Desterrado, gozará una ración de Bastimentos al día... Un Organista idem en todo como el antecedente. Un Maestro de Escuela que gozará una ración de Bastimentos, además de lo que le corresponda como Desterrado». Como individuos que podían ser libres o desterrados figuraban dos acólitos que «... gozarán de media ración de Bastimentos cada uno al día, además de lo que tuvieren por cualquiera otra clase». También tenía la iglesia raciones diarias «para el Culto Divino y decencia de la misma iglesia» y otras «para la Imagen de nuestra Señora de la Peña y para la de Jesus Nazareno».

Para la «Guarnición Ordinaria» se remite exactamente a lo dispuesto en el Peñón de Vélez: «Debiendo continuarse en dicha Plaza de las Alhucemas el servicio, que hace la Tropa de Voluntarios, y Desterrados, con el methodo, y disciplina, que conviene, se compondrá de una Compañía, con los mismos Oficiales, Sargentos, Cabos, y Soldados, que quedan señalados del Peñón, y con el propio goce de sueldo, y raciones, condiciones y calidades que para el se expressan». Luego, las dos Compañías que existían en Alhucemas quedaron reducidas a una servida por: la oficialidad, veinte soldados voluntarios y todos los presidiarios que se mandaren a la plaza.

---

sobras de las raciones de dieta, que tiene señalada cada enfermo por el Assiento de Provision, que es bastante para suplir este gasto, y el de la compra de Vizcochos, Aguardiente, Jabon, Azafrán, Canela, Cilantro, Losa, Vidriado y demás menudencias, que conducen a la mejor asistencia, y regalo de los enfermos».

(62) AGM, 2.<sup>a</sup> Sección, 10.<sup>a</sup> División, leg. 280. Libro-reglamento, pp. 108 a 128.

En «La Maestranza», todos podían ser desterrados. Únicamente al cargo más importante, «Maestro Mayor de Albañilería», sería cubierto por personal libre pero incluye la cláusula «siendo Voluntario» por lo que también pudiera atribuírsele a un presidiario. El «Maestro Carpintero, siendo Voluntario, gozarà diez y ocho escudos al mes, y una racion de Bastimentos diaria; y si fuesse Desterrado, todo su haber como tal, y además seis escudos de sueldo al mes». Se agota tan exigua composición con «Dos Oficiales de Armero, siendo Desterrados gozaràn todo su haber como tales, y además seis escudos de vellon cada uno al mes».

Como vemos, para estos trabajos, el salario comprende un plus sobre el sueldo de los restantes presidiarios. Esta gratificación dio lugar a problemas denunciados por el recién llegado gobernador de Alhucemas D. Jorge Rovereto (63), exponiendo: «... haver encontrado en aquella Plaza la mala costumbre de que los Desterrados que van con alguna habilidad, o oficio no quieren sujetarse a trabaxar en lo que se ofrece del Real Servicio sin que se les gratifique, de que se sigue el dever llamar a oficiales para ello pagandoles los jornales, lo que es en perjuicio de la Real Hacienda y pide lo que en este caso se observe». La resolución a su consulta fue tajante: «Que los obligue a trabajar sin gratificacion, castigandoles severamente en caso de repugnancia» (64).

En el capítulo de «Marinería», manifiesta el reglamento que «subsistan las Embarcaciones, que hacen el servicio en dicha plaza... compuesta por un Patron y diez y ocho Marineros...». Su sueldo era el establecido para voluntarios pero, indudablemente, ante la falta de

---

(63) En enero de 1742 es nombrado D. Jorge Rovereto gobernador de las Alhucemas. Pero manifiesta no tener medios para sufragar el viaje. 13 de enero de 1742: «... dize que por enfermo, se halla en Barcelona sin medios para dirigirse a su nuevo destino, en cuya atencion y la de marchar a la Expedición el Regimiento de la Corona de donde acaba de ser Capitan, pide se le satisfagan los alcances que justificare tener en el Regimiento hasta el día que se le notó su plaza...» D. Joseph Antonio Tineo (gobernador de Ceuta) recomienda esta instancia. Con otra letra: «Socorrasele con despachos». *Vid.* AGS, SG GM, leg. 4793. Me he detenido en este gobernador, pues figura como el que más influyó en mejorar el estado de la plaza: «... cambiaron mucho las circunstancias con el nombramiento del pundonoroso D. Jorge de Rovereto. Su política de atracción para con los kabileños, hizo que éstos se declararan amigos fieles de los insulares. Alhucemas vióse tranquila y abastecida de cuantos productos se cultivan en Beni-Urriaguel... y hasta consiguióse el que en tierra de infieles se construyera un horno de cal y se explotaran canteras, con lo que resultó más factible construir edificios y reparar fortificaciones... la situación cambió entre 1446 y 1776... no se pagaban las soldadas y los moros dejaron de abastecer la plaza comenzando de nuevo las agresiones...» *Vid.* ARAGONÉS Y DE LA ENCARNACIÓN, A.: «Alhucemas, nuestro día». S/L. 1913, p. 31. BN: 3/107620.

(64) AGS, SG GM, leg. 4793: D. Jorge Rovereto al marqués de la Ensenada, 20 de agosto de 1742. Resolución en 11 de septiembre de 1742.

personal se estaría obligado a que los presidiarios lo ejercieran, comprobándose este extremo acudiendo a otro informe del citado gobernador que además nos va a ofrecer una visión panorámica de la existencia de reos donados al factor y de otros laborando como criados a particulares: «... teniendo los factores de los presidios, por el asiento echo S.M. con D. Pedro Astrearena, facultad para escoger de los desterrados, el numero que les parezca para los Almacenes, me hallo con el embarazo de no poderme valer de algunos que son remeros, y tienen algun oficio particular (que se hallan o pueden hallarse en la factoria), para emplearlos en Real Servicio de S.M. subcediendo este mismo abuso con los Individuos de esta plaza a quienes siempre ha sido costumbre darles un desterrado para su assistencia por considerarse no tienen otro recurso por no haver aqui quien sirva, ni quien quiera venir a un destierro, como es el de estos presidios, por el corto estipendio que se les puede dar...».

Consecuente con la potestad del gobernador sobre todos los confinados, se le ordenaba, aunque pudieran derivarse problemas de funcionamiento con personajes tan importantes para las provisiones como el factor (delegado del asentista en la plaza): «Que siempre que el Real Servicio lo requiera destine Vm a su arbitrio los desterrados» (65).

Queda por exponer el hospital. Médico, cirujano, barbero-sangrador y boticario estructuraba el cuadro de personal libre. Existía un «Mayordomo que gozarà idem que en Melilla», y puesto que para el de Melilla fijaba: «que regularmente lo es un Desterrado, que gozarà lo que le corresponde como tal, y además quince reales de vellon al mes», lo mismo percibía el de las Alhucemas. «Los Sirvientes no gozaràn mas de lo que les correspondiese como Desterrados», agravio comparativo en relación con los demás presidios donde obtenían una gratificación aunque fuera miserable.

Buena parte del material constructivo se traía directamente de España pero en muchas ocasiones se precisaba cogerlo del suelo marroquí. Convenía entonces tener noticias constantes de los ánimos guerreros de las kábilas vecinas. Para ello, en todos los presidios había «moros confidentes», elemento vital para no correr más riesgos que los necesarios. Éstos también tenían un estipendio a cargo del Estado. En 20 de agosto de 1742, el gobernador D. Jorge Rovereto estimaba la necesidad de aumentar su número: «... que siendo preciso ir muy a menudo al campo de los moros por tierra, piedra y arena, para la construcción de casas en aquella plaza, y no teniendo mas que un moro

---

(65) AGS, SG GM, leg. 4793. D. Jorge Rovereto al marqués de la Ensenada, 8 de noviembre de 1742. Resolución en 2 de diciembre de 1742.

confidente para hacer la descubierta, convendría se le diese la misma orden que hay en los demas presidios para que a los moros confidentes que voluntariamente se pasan de su Campo se les asista como en Melilla hasta el numero de cuatro porque los desterrados, ni son practicos, ni quieren arriesgarse por no ser hechos esclavos...» solicitud que es aceptada (66).

#### 4. Aproximación al conocimiento de los problemas comunes de los presidios menores

En este capítulo analizo algunos de los temas más relevantes de los presidios menores. Lógicamente no se agota en estos apartados la cuestión pues otros aspectos les he tratado directa o indirectamente en obras anteriores como la materia de los traslados desde la península a los presidios (67), la deserción y fuga de los reos (68), los presidiarios retraídos a sagrado con inmunidad eclesiástica (69) o las otras formas de ejecución penitenciaria que obligaron a establecerse por la saturación de los presidios norteafricanos (70).

##### 4.1 LA DIFÍCIL CONVIVENCIA EN EL PEÑÓN DE VÉLEZ

Era la plaza más amenazada merced a la poca distancia de su peñasco con la playa marroquí. No exagero lo más mínimo al indicar que las condiciones de vida tanto de militares como de penados eran las más penosas y duras que puede imaginarse.

En el Peñón el elemento penal fue realmente extraordinario: en 1 de julio de 1742, antes de la reestructuración reglamentaria de 1746, de un total de 333 personas existentes, 196 eran desterrados. Contaba con un vecindario civil diminuto. La distribución de los presidiarios

(66) AGS, SG GM, 4793.

(67) LLORENTE DE PEDRO, P. A.: «El traslado de reos al lugar de cumplimiento de condena durante el Antiguo Régimen», *REEP*, núm. 252. Madrid.

(68) LLORENTE DE PEDRO, P. A.: «La deserción militar y las fugas de los presidiarios en el Antiguo Régimen. Especial estudio de su incidencia en los presidios norteafricanos», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares*, 2006. Y para la cuestión de abordar el problema de las fugas por los poderes centrales: LLORENTE DE PEDRO, P. A.: «Aspectos del Revisionismo Penal y Penitenciario de la Ilustración española» en *Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares*, 2007.

(69) LLORENTE DE PEDRO, P. A.: La ciencia Penitenciaria del Antiguo Régimen aplicada al presidio de Ceuta», Ceuta 2007

(70) LLORENTE DE PEDRO, P. A.: «Modalidades de la ejecución penitenciaria en España hasta el siglo XIX», ADPCP, tomo 57, 2004.

era la siguiente: en la Compañía del capitán D. Antonio del Castillo, 99 desterrados y en la de D. Simón Gaspar Guerra, 97. Las raciones eran iguales para presidiarios o voluntarios (71).

Otros informes arrojan relaciones con índices muy altos de presidiarios: en el excelente libro de Feliu de la Peña, cotejando documentación original, se aporta que en 1755 existían 213 militares y 262 presidiarios armados; en 1775, 243 soldados y 270 presidiarios; suben mucho las cifras en 1791 en las que el personal militar se compone de 312 y los confinados llegan a 400; bajan hasta sólo 50 presidiarios en 1815 para una guarnición militar de 290. Cuando escribe su relato, en 1845, el Peñón cuenta con 231 militares y 100 presidiarios (72).

¿Tan penosa era la vida allí? Carcaño, autor de principios del siglo xx, relataba que «aún en este tiempo la mayoría de las viviendas carecen de retrete, vertiéndose al igual que las basuras por troneras y chorreando por los murallones los excrementos, despidiendo el olor característico a «peñón» y si triste es la vida de ordinario allí, agobiadora y desesperante lo es cuando se rompen hostilidades con los moros» (73).

Conscientes las autoridades de esas condiciones, las sentencias, digamos con un plus de reproche, señalaban que fuera por «tantos años al Peñón de Velez» en vez de imponer a «presidio de Africa». No obstante, también por motivos utilitarios se les reconducía a ese temido destino. Incluso aparecía como sanción específica en el reglamento de Ceuta de 1715 («por cualquier fraude o extravío de materiales: cuatro años mas de recarga al Peñón de Velez a los presidiarios integrados en los regimientos»), misma disposición que recogieron los reglamentos de Orán y Ceuta de 1745.

Comprobemos su dureza acudiendo al testigo más cualificado posible: el gobernador que mayor tiempo rigió los destinos del Peñón durante el xviii fue D. Julian Fernandez Bayña. Se hizo cargo de la

---

(71) AGS, SG GM, leg. 4793. Compone la relación el veedor D. Fernando de la Quintana y Barreda. La distribución era: 15 oficiales de primera plana; dos capitanes; un Teniente; dos subtenientes; cuatro sargentos; dos tambores; ocho cabos primeros y segundos; 20 soldados voluntarios; ocho oficiales reformados; dos oficiales de mar; marineros (no especifica número); siete «personas de república» (dedicados a oficios: entre los que se cuenta el mayordomo del hospital; el escribano de guerra; Ziriaco Gómez, maestro mayor de las obras; Pedro Ponze, albañil voluntario y como desterrados están el cerrajero Pedro de Acosta y el carpintero Joseph Viñuelas); tres almogataces; 29 viudas menores y huérfanas y siete «moros».

(72) FELIU DE LA PEÑA, F.: «Leyenda histórica-política-militar-administrativa y religiosa del Peñón de Velez de la Gomera», Valencia, 1846, p. 81. BN: Afr. GF/842.

(73) CARCAÑO, F.: «Los Menores de Africa: Peñón de Velez, Alhucemas, Charfarinas», El telegrama del Riff, s/f (alrededor de 1920). p. 38.

plaza en 1729 y consta que aún en 1752 la seguía desempeñando, «... siendo notorio â quantos le conocen lo que se ha particularizado en el cumplimiento de su obligacion, y que en este tiempo ha auido en cada uno de los demas Presidios quatro Governadores y que a todos se les ha concedido mayores ascensos...» (74).

De esta «hoja de servicios» escrita con el doble fin de que se le aumentara el grado de teniente coronel al de coronel, y sobre todo, «... que se le conceda mexor destino...» (lo que no logró) podemos adivinar las condiciones de vida de sus habitantes.

Aseguraba el gobernador que nadie quería permanecer en el Peñón: «La tropa que viene de Guarnicion â este parage, desde el instante que se desembarca, no piensan, sino quando los mudan, y si passa del tiempo, que a ellos se les ha figurado unos desertan â los moros, y otros uniendose â los Desterrados, cada instante estàn intentando sublevaciones y levantamientos como consta a S.M... hasta sus Oficiales estan violentos, que â poca residencia en este destino, luego solicitan unos con el pretexto de enfermos, otros con el de reclutas, usar de licencias, las que continuando las prorrogas, passan años sin restituirse, como acaba de suceder, que de nueve Oficiales que debian existir solo avia quatro, hasta aora que llegaron dos» (75).

Describía que a su arribo se encontró una situación muy deteriorada: «... que en 1729 habiendo llegado a la Plaza en la constitucion mas turbada de sus Moradores, por el inveterado libre exercicio de sus pasiones, fomentadas por cabilosos genios, que por muchos años tubieron en embarazosa agitacion al Ministerio y Tribunales de V.M. consiguieron sus desveladas prevenciones disipar la discordia que dominaba y reducir a una armoniosa conformidad los mas inquietos espiritus... encontrando la Plaza asolada por el sitio de mas de 25 años» (se refería al de Muley Ismail, cerco común con Ceuta).

---

(74) AGS, SG GM, leg. 4793: 14 de octubre de 1742; dice el gobernador que lleva «... 40 años sin intermission de tiempo desde el de 1703, los 27 en los Reales Exercitos, siguiendo la regular escala de Cadete, Subteniente sencillo y de Granaderos; Teniente sencillo, y de Granaderos y de Capitan en los Regimientos de Ynfanteria de Toro, Avila, Palencia y Portugal...» que en la guerra de Sucesión «en el año 6 que fue una delas mas calamitosas; y se hallo en la toma de Elches; en el sitio de Ciudad Rodrigo; Bombardeo de Yelmes; batalla de Gudiña; toma y escalada de Miranda de Duero, donde fue gravemente herido de un balazo; estubo cinco años de Guarnicion en los presidios de Melilla, y Zeuta, y al campo de este ultimo ha salido diferentes veces a sobstener los trabajadores que se destinaban y fueron repetidos los encuentros que tubo con los moros...» Así, fue capitan de una de las Compañias en Ceuta «... manteniendola en una de las mas ventajosas de su Regimiento, quando la benignidad de V.M. se digno conferirle el predicho Gobierno del Peñon...»

(75) AGS, SG GM, leg. 4809. 8 de octubre de 1744. Carta dirigida al marqués de la Ensenada.

Una de sus primeras acciones fue emprender una vasta tarea de reconstrucción, teniendo participación acentuada los presidiarios, que en los catorce primeros años de su gobierno se concretó en la construcción de un pozo para retener el agua (76), tres baluartes, cuatro almacenes, fortificar el almacén de pólvora, un templo dedicado a Ntra. Sra. de la Concepción, edificar la mayor parte de parapetos de la muralla de circunvalación... y la erección de un albergue para presidiarios: «... se a hecho un hermoso y capaz quartel para la seguridad y acomodo de los Desterrados, con lo que se afianza su resguardo quedando todos debaxo de una llave reservando de las continuas inquietudes y levantamientos que causaba no tener forma de asegurarles de noche».

#### 4.1.1 *Intentos de alzamiento de presidiarios en el Peñón de Vélez*

En otro memorial se quejaba este gobernador de que los peores presidiarios se le remitían: «... pues parece que todos los tribunales de España estan combocados a condenar a este Presidio, los reos de mas entidad...», a la vez que ratificaba la práctica del envío al Peñón de reincidentes en nuevas faltas y delitos: «... y aun de las Plazas de Oran y Ceuta que son de la consideración que es constante, con crecidas guarniciones y Castillos: Abundantes y seguras prisiones (de que en esta se carece), remiten a los desterrados que en ellas cometen nuebos delitos».

Todo esto le llevaba a afirmar la necesidad de proveer medidas eficaces pues en cualquier momento podía ocurrir una sublevación general: «sobre cuió punto combendra para la conservazion de esta Plaza que S.M. se digne tomar la providencia que tubiere por mas combeniente; asegurando a Ve que el merito que se contrae en este Gobierno no puede ser comprensible sino al que lo experimenta, pues los malos ratos: las Desazones: y continuos desvelos, que padezco con el manejo de gente de semeiante calidad, asi en lo que mira a la seguridad de sus personas, como en quanto conduce a la correccion y enfrenamiento de vidas tan estragadas en todo genero de vicios, es mas fatigoso que si tubiera a mi cargo un Exercito» (77).

---

(76) AGS, SG GM, leg. 4793: sobre el pozo describe: «hizo conducir crecido numero de balas de Artilleria de todos Calibres, y buen servicio que ha relevado mucha parte de gasto para la Artilleria, y de esta acertada determinacion se ha logrado desde entonces usar de un pozo, que existe en aquel terreno del que se conduce el agua para los gastos extraordinarios de la Plaza de que se ha seguido considerable ahorro a la R. Hazienda pues tanta como se conducia se dexaba de traer de España a un precio tan crecido como el que tenia el Asentista de dos reales por arrova...»

(77) AGS, SG GM, leg. 4792. el gobernador del Peñón a D. Joseph del Campillo, 9 de septiembre de 1742.

Y, efectivamente, uno de los intentos de alzamiento más graves protagonizado por presidiarios y soldados tuvo lugar el 24 de agosto de 1742, siendo abortado por este gobernador gracias al preaviso de otros desterrados que vislumbraron por este motivo la posibilidad de indulto (78).

Calificaba como cabecilla del levantamiento «al desterrado D. Antonio Aguado y Mendoza â quien tenia yo por diferentes excesos arrestado en el Castillo de S. Antonio... me avisaron se pasava a los moros lo que no pudo conseguirlo, que de averlo logrado seria mui perjudicial asi por la mala ynclinazion de este sugeto como por la mucha practica e yntelixencia que tiene de los presidios Ceuta, Melilla y èste, en los que â rrendido el mas tiempo de su vida».

Así, ya en su época había «significados personajes» (Como el fingido Principe de Módena, ver apéndice documental núm. 11) que iban dando tumbos de presidio en presidio y que por su peligrosidad se hacían acreedores a un régimen mucho más severo. Ese régimen fue implantado posteriormente, sobre todo al atraer a los presidios los reos de las suprimidas galeras, concretado en estar permanentemente encadenados.

Puesto que en los peñones de Vélez y Alhucemas no existía auditor era el gobernador quien instruía los procesos penales, remitiéndoles al Consejo de Guerra. Por ello, se le conminó a D. Julian Fernandez Bayña que «embie una justificacion bien circunstanciada de todo el hecho con los autos por el levantamiento para substanciar la causa con la posible brevedad», y aunque Feliú de la Peña estimaba que esta competencia arrancaba desde la Real Orden 11 de julio de 1768 «por la que se mandó que el gobernador respectivo formase de por sí todas las causas que se ofreciesen; y no creemos que haya una palabra más sobre la legislacion judicial de aquellas plazas» (79) en realidad esa

---

(78) AGS, SG GM, leg. 4793: «El dia 24 de Agosto antecedente a las seis de la mañana me dieron parte de que al toque de la Campanilla para entrar en la primera missa, tenian dispuestos diferentes desterrados acompañados de algunos de los soldados que del Reximiento de Murcia guarnecen esta Plaza; hazer un gran levantamiento con la Fragata de S.M. del servicio de este puerto (cua accion puesta en practica pudiera darsele en nombre de sublevazion) pues que los levantados hubieran dado gritando â España, hera mui natural se les hubiesen agregado el resto de los desterrados, para lo que me tenian clavada parte de la Artilleria del rezinto; y en esta yntelixencia, y la del poco tiempo que me quedava, mande ynmmediatamente cerrar las puertas de la Plaza, saliendo en la forma que me cojio la noticia; y mediante las providencias que prontamente tomè pude contener tan perjudicial criminalidad: y habiendo mandado al Comisario de Artilleria reconociese la de todas las Vaterias, hallo ocho cañones ymposivilitados de hazer fuego, los que se hallan colocados en los sitios por donde mas a satisfazion se les podia ôfender...»

(79) FELIÚ DE LA PEÑA, F.: *op. cit.*, p. 32. Se equivoca este autor cuando expresa que las causas se remitían al Capitán General de la Costa de Granada, pues es

real orden sólo revalidaba la práctica inveterada de residir en los gobernadores de los peñones la concentración de los poderes (civil y militar) jurisdiccionales pero en ningún modo tan absolutos (decretando las mayores penas sin consulta) como afirma el autor citado. Se desprende su error con las siguientes palabras del expediente mencionado: «A los reos que âsta âora se an descubierto quedo substanciado la causa para remitirla al Consejo de Guerra, y soy obligado a decir a Ve tengo por combeniente se haga un exemplar, para contener en lo âdelante semejantes delitos; cuia determinazion hubiera practicado ynmediatamente, a no ser por las ôrdenes con que me allo».

El propio gobernador instó el indulto por el «aviso del levantamiento» que le proporcionaron dos presidiarios: «... aviendo sido el pricipal motivo para que yo atajase este ynsulto Juan de Abila, desterrado en este Presidio, por rovo de una mula con sentencia de 10 años de cuio tiempo le faltan por cumplir siete y diez meses; y Pedro Joseph Yzquierdo âsimismo desterrado por diferentes rovos en quatro años...».

Contra estos presidiarios temió represalias, pues sospechaban de ellos antes del levantamiento: «... a quien los conspirados tenian atajados los pasos recelando que alguno me diese parte...» Y, ciertamente, las venganzas se empezaron a manifestar: «... y que mal vistos de los otros sufren algunos Ultrages y en la Obscuridad de una noche al citado Pedro Joseph le tiraron dos puñaladas que por aver huido, solo le alcanzaron en la ropa...».

Era muy necesaria alentar esta «vía colaboracionista» que introdujera en los desterrados la desconfianza: «... me parecen acreedores â que la piedad del Rey les conceda Yndulto del tiempo que les falta para acavar el de sus sentencias, de cuia Veninigdad, se ha dignado hazer S.M. con otros en yguales casos, asi por que les sirviese de premio como de estimulo a los demas, pues de no experimentar esta gracia seria remoto conseguir el que avisasen de los que ocurran en adelante...» (80).

Y, en efecto, a 20 de octubre de 1742 fueron indultados por el servicio prestado: «... ha resuelto el rey indultarles del tiempo que les falta y en su consecuencia podra Vm ponerlos luego en libertad para que sirva de exemplar...».

---

al Consejo de Guerra. Le induce a tal error el hecho de que en 1740 los presidios menores pasaran a depender de la capitania general de Granada, pero esto es para funciones administrativas de los militares, no para judiciales.

(80) AGS, SG GM, leg. 4793: D. Julian Fernandez Bayña a D. Joseph Campillo (Secretario de Guerra), 26 de septiembre de 1742.

Mientras que por acciones guerreras u otros motivos los indultos solían ser parciales, en este tipo de casos, logrando evitar un daño grave, se convertían en totales sin reparar generalmente en el número de años que les restaban de condena.

#### 4.1.2 *La peste de 1743: su incidencia en el Peñón de Vélez*

En medio de tales adversidades iba a aparecer en 1743 otra de mayor calado: la peste. Su origen se debió a que una de las embarcaciones de la plaza fue a Ceuta (donde ya estaba manifestada) y adquirió efectos desastrosos con más de mil muertos (ver apéndice documental núm. 12) y al volver provocó el contagio.

Desde el 5 de julio al 17 de noviembre, fecha cuando se da por extinguida, la padecieron 90 personas, muriendo 55 en una población que rondaba los 300 individuos. El veedor del Peñón, D. Fernando Quintana (que poseía una caligrafía extraordinaria) celebraba el fin de la enfermedad: «... y haviendonos concedido el Cielo el contento de ver terminado este mal, tengo él ônor de ânunciar a Ve tan âlegre noticia y que goza esta Guarnicion de los efectos deste consuelo experimentando los mas benignos de la Divina misericordia con tanto ezeso de piedad, que nunca se han visto en la estacion presente menos enfermos de los âchaques comunes...».

Se atrevió a enunciar este veedor una serie de reglas comprensivas de por qué atacó a unos y no a otros: «... observe que solo insultaba â la gente relajada del vino, y â ecepcion de los sirvientes (casi todos desterrados) y algunos Yndividuos que por varias disposiciones complexionales y la infeccion del mismo hospital padecieron la propia ruina, acabò como empezò, siendo vien digno de reflexsion el que no â herido â ningun ôfzial ni persona de conducta en la distincion del buen trato...» (81).

La demanda de nuevos presidiarios al Peñón operaba de esta manera: cuando su gobernador estimaba la necesidad se dirigía al Secretario Despacho de Guerra quien lo ponía en noticia del gobernador del Consejo de Castilla para que en las sentencias figurara la cláusula de servir en el Peñón.

---

(81) AGS, SG GM, leg. 4798: D. Fernando Quintana al marqués de la Ensenada, 22 de diciembre de 1743. Figura la muerte del médico D. Juan Banijeras, 20 militares, 22 presidiarios y 12 particulares. Transcribe todos los nombres. Murieron del regimiento de Murcia (guarnición extraordinaria) 17 soldados y un sargento, sanando 15 que la padecieron; 22 presidiarios muertos, llegando a superarla otros siete; entre los particulares cita a 13 muertos, librándose otros 13 (entre ellos el cirujano D. Francisco Beltran); murió también un artillero y un marinero.

Veamos cómo se produjeron estos envíos cuando hubo una falta acuciante de reos debido a la epidemia de peste mencionada: el gobernador del Peñón escribía: «... antes de experimentar esta plaza el quebranto (la peste) se hallava bien escasa de presidiarios, necesidad que hice presente a la Corte» (se refiere al Secretario de Guerra, la llamada «vía reservada») siendo contestado por el gobernador del Consejo que ya se había emitido orden a la veeduría de Málaga y que se pusiera en contacto con su titular, el veedor general de presidios, D. Francisco Monsalve, «que todos los reos, dignos de presidio se remitan sin dilacion a esa carcel de Málaga a disposicion de Vs, a quien podia escribir, para que embiase los que pudiere».

Así lo hizo, declarando posteriormente el gobernador del Peñón: «y siendo oy maior la urgencia desta gente a causa de los que han muerto y cumplido pues solo me hallo con ocho hombres, numero que no basta ni aun para la limpieza de las calles, que se han suspendido las obras de fortificacion, y que los demas que existen, estan empleados en Maestranzas, hospitales, factoria y otras ocupaciones... me mande 150 trabajadores, mayormente quando me hallo constituido a no perder un instante de tiempo en la purificacion de los quarteles, carceles, y otros parages infestados».

Pero la situación era desesperada en Ceuta (también con peste) por lo que el veedor general le contestaba el 29 de octubre de 1743: «... sobre la remesa de presidiarios que solizita debo poner en consideracion de Ve la orden que me tienen dada para encaminar a Ceuta todos los que llegasen a esta carcel y ahora se embarcarán con ese destino hasta 60 hombres con corta diferencia y no queda al presente en esta Caxa sacando el referido numero, gente que poder embiar al Peñon y si se mandare encaminar a esta plaza alguno lo executare de la que fuere llegando».

No se olvidaron de socorrer al Peñón pues por orden del marqués de la Ensenada se avisaba al veedor general: «le prevengo quanto a desterrados que socorrida ya Ceuta con los 60 que Vs avisa estaban para embarcarse... embie al Peñon los que en adelante vayan recogiendo en esa Caxa hasta 150» (82) Y así, en 8 de octubre de 1744 contaba con 186 desterrados.

No sería la única epidemia que sufriría el recinto: el escorbuto azotaba intermitentemente a la población siendo más notable desde 1752 a 1800, y la fiebre amarilla en 1821. Otro tipo de calamidades vinieron en forma de terremotos en 1791, 1792, 1800 y 1801 (83).

---

(82) AGS, SG GM, leg. 4798.

(83) «Estudio geográfico-militar de las posesiones españolas en Marruecos». S/A. S/L.1908. BN: Afr. GF/ 7003.

#### 4.2 REPERCUSIONES DE LOS NUEVOS DELITOS COMETIDOS EN LOS PRESIDIOS

Dado el componente de sus inquilinos y la relativa libertad con que contaban, podría pensarse que hubiera muchos delitos en el propio presidio. Sin embargo no parece exista un aumento extraordinario delincencial y las infracciones eran, las más veces, a consecuencia de la penuria económica o por desavenencias con compañeros de destierro.

Una causa de traslado a otros presidios era por muerte a un compañero, soldado o vecino, siendo homicidios como producto de riñas, pero nunca por asesinato o muerte con móvil de robo pues éstos siempre eran castigados irremisiblemente con horca sin diferenciar fueran soldados o presidiarios como se demuestra en Ceuta (84) en el período 1750-1781.

De todos estos casos llama la atención que en fecha tan postrera como 1772 se ejecutara una sentencia por el método del «culleus» (85), previsto para los parricidas, que consistía, según una ley de las Partidas de Alfonso X (ley 21, título 8, partida 7), en meter en una cuba al reo con animales «contrarios» (86) y tirar la cuba al mar o río.

Así, en Ceuta, «Juan de Lucena, de Marchena, veintiséis años desterrado, sirviente del Matadero, dio muerte violenta en el mismo

---

(84) «Libro de los ajusticiados en Ceuta que se hizo en julio, año de 1730 hasta el de 1781. Charitas est Militia Nostra, Jesús, María y Joseph... en que se han de escribir las filiaciones de los Reos en que ejercita esta Sta Casa su Charidad desde el día que para morir se ponen en capilla asta sepultarlos...» s/f. Biblioteca Nacional Madrid». Ver mi obra: *La Ciencia Penitenciaria del Antiguo Régimen aplicada al Presidio de Ceuta*. Ceuta 2007. Apéndice núm. 40.

(85) «... mittitur in culeo, vel arca cum animalibus contrariis et sibi repugnantibus, hoc est, cum cane, vipera, simia, gallo gallinaceo, et sic intrusus projicitur in mare vel flumen proximum...» *Vid. GÓMEZ, A.: op. cit.*, p. 99. La dificultad de encontrar estos animales había simplificado la ejecución de este tipo de sentencias en: «muerte de horca, y despues llevan al río el cadaver, y le meten en una cuba, en donde se advierten pintados dichos animales, y hacen la ceremonia de echarle al mar, ò río; y la Cofradia que cuida de estos penitenciados, le recoge, y dà sepultura». *Vid. BERNI, J.: «Practica criminal, con nota de los Delitos, sus Penas, presunciones y circunstancias que los agravan y disminuyen, y Ritual para juzgar, Acriminar, y defender en los Tribunales Reales de España y en las particulares de Residencias»*, Valencia, 1749, p. 48.

(86) «El Culleus provenía de la ley Pompeya que disponía que en el saco donde había de ser arrojado al río fueran metidos un perro, símbolo de la rabia; un mono, de la sinrazón; un gallo, de la ingratitud contra la madre, y una víbora, porque de ella se decía que nace desgarrando el vientre de la madre». Cfr. *PULIDO FERNÁNDEZ, A.: «La pena capital en España»*, Madrid, 1897, p. 159.

matadero a un hermano... fue sentenciado a que fuese arrastrado encubado ahorcado y cortada la mano lo que así se ejecutó el 29 de agosto de 1772».

Sentenciada por el nuevo delito a más tiempo de presidio (pues podían aplicarse otras penas) (87), se agregaba el nuevo periodo a la condena original. Esta operación se llamaba «recarga de presidio» y podía motivar un traslado, generalmente al más duro, esto es, al Peñón de Vélez. También había recarga por faltas disciplinarias. De hecho, a finales de diciembre de 1786 más de un tercio de los 280 presidiarios del Peñón (88) provenían de otros con su correspondiente recarga (ver apéndice documental núm. 13). En la misma fecha, Alhucemas albergaba 241 con una composición menor de trasladados por esta circunstancia, mientras Melilla alcanzaba 998 presidiarios la mayoría de primera sentencia.

El delito más habitual, tanto de presidiarios como de soldados fueron las fugas (89) generalmente a los países musulmanes del entorno acompañadas frecuentemente de la abjuración de la fe cristiana. Una Real Orden de 1732 dispuso se publicaran bandos en cada presidio fijando límites que traspasados se entendería consumado el intento de evasión. En su cumplimiento, los distintos presidios les señalaron (90).

---

(87) Como a la de galeras. *Vid.* AGS, SG GM, leg. 4986: el gobernador de Ceuta (conde de las Lomas) al Secretario de Guerra (D. Geronimo Caballero) en 6 de abril de 1788: «Haviendose seguido causa criminal contra el desterrado Antonio Balaar, por robo de porcion de ropa blanca en las casas del canonigo de esta Iglesia catedral D. Manuel Aparicio lo he sentenciado con acuerdo y parecer de mi Auditor de Guerra, en 200 azotes, y seis años de galeras al remo y sin sueldo, segun resulta del testimonio que original acompaño a Ve para que se sirva facilitar y comunicarme la Real aprovacion para que el citado reo se traslade de este a su nuevo destino». Resolución: «Aprobado».

(88) Su composición delictiva era: «19 por resultado de muerte», pero siempre por muerte no alevosa. Parricidio: 3. Por hurto o robo (no parece diferenciarlo, salvo en el caso de bandoleros): 111. Bandolerismo: 4. Deserción (de soldados o presidiarios): 15. Falsedades documentales: 3. Armas prohibidas: 30. Contrabando: 7. Vagos: 22. Por «violencias a su mujer»: 5. Lesiones: 28. Falsedad de moneda: 1. «Mancebía: 3». «Violencia a otra mujer no la suya como trato ilícito: 3». «Casados dos veces: 2». Sin especificar causa: 23. *Vid.* AGS, SG GM, leg. 4935.

(89) Ver mi obra: «La deserción militar y las fugas de los presidiarios en el Antiguo Régimen. Especial estudio de su incidencia en los presidios norteafricanos» en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares*, Madrid, 2006.

(90) «Real Vando 17 de octubre de 1732 señalando en la plaza de Melilla limite o parage para dar por consumado el delito de los que se pasen a los moros: El sitio es desde el ataque del Rio toda la linea, hasta el del Frayle; y en caso que los enemigos buelvan a ocuparla, sea la pared de los Huertos por la parte de la Vega, y por la altura donde fenece la esplanada».

Aunque también había delitos curiosos según nuestra óptica actual. Adentrémonos en otro expediente que por su particularidad no me resisto a dejar de reseñar y por el cual se vislumbran datos del funcionamiento de la plaza. Confluye aquí la idea de religiosidad y supersticiones de la época, ya que se trataba de vender una hostia consagrada.

Mejor transcribir literalmente para que el lector pueda sacar sus propias conclusiones: en 1742 el citado gobernador envía esta representación: «Entre los extraños acaecimientos que hazen comunes en estos sitios la grosera charidad de muchos de los confinados es uno el que se descubrió a mediado de Marzo en el desterrado Miguel de Morales natural de Sevilla que aviendo estado a cumplir con la Yglesia (comulgar) se sacò disimuladamente de la boca la Sagrada forma y puesta entre dos pedazos de baqueta la conservo algunos dias embuelta en un papel firmado de su mano en que dezia ser professor de la Zeta de Mahoma, y que renegaba de la Ley de Dios, y Sagrados Misterios de la Santisima Trinidad.

Pero tuvo el error de comunicar su acción a otro presidiario: «y avioselo declarado à Geronimo Fernandez tambien desterrado y natural de dicha ciudad con fin de si sabia alguien comprasse la consagrada forma pues podia aprovechar à los que navegan para preservarse de borrasca y otros peligros passo el referido à dar quenta e

---

«Real Vando de 29 de enero de 1733 Publicado en la Plaza de Alhucemas...» «... señalo, al que nadando por el frente de la expresada Plaza, pasare de las Boyas de la fregata de ella, y por su derecha del Baluarte de las Animas, y por la izquierda de la Pulpera; al que de noche o de dia escalare la Muralla, al que al cerrar las puertas del Varadero se quedase escondido en él, y al que yendo al campo se apartare 20 pasos de su Tropa sin orden.

«Real Vando 15 de febrero de 1733, Publicado en la Plaza del Peñón...»: «... a qualesquiera que se encontrasen en los margenes de la tierra enemiga, o en ella misma, o escalando las Murallas de esta plaza, o descolgandose por qualesquiera de las ventanas sin motivo urgente para ello, o permiso del Superior, se pase por las Armas... y para que venga a noticia de todos que los Sargentos de las Compañias, sea de su obligación leerlas a sus Soldados, ya sean voluntarios, o desterrados, o Marineros, de 8 en 8 días, por tiempo de 4 meses. Y dichos sargentos, siempre que vengan soldados destacados, o desterrados, o marineros, hacerles saber la referida ley, y pena impuesta...»

«Real Vando 4 de octubre de 1733, publicado en la plaza de Ceuta...»: «... baste que por la izquierda, llegue qualquiera que saliere sin orden por las puertas de las Barreras de la Estrada, al Piramide de la Dama: por el centro al paraje donde está la Horca: por la derecha al Arroyo del Reducto, desagüe de las Minas... los que escalaren la Muralla, o la Estacada, y el que la intentare por mar luego que pase a nado los Espigones cuyos Autos, y Sentencia formalizará el Auditor de esta Plaza...» Cfr. PORTUGUES, J.A.: «Coleccion... tomo 8» *op. cit.*, pp. 99, 109, 110 y 113, respectivamente.

inmediatamente se aseguró al Sacrilego delincente encontrándole la Sacrosanta forma confessando ser suya la letra y firma del enunciado papel: con lo que formados autos, y puesto el Reo con el resguardo conveniente se dio parte al Tribunal que corresponde».

El Peñón de Vélez quedó consternado por tales hechos «y en desagravio de tan enorme ofensa hecha al Señor se dispuso una festividad y solemne procession con la decencia que permite el sitio, disparando parte de su Artilleria: de cuyo subcesso doy noticia a Ve para que se sirva passarla a S.M. con el adjunto memorial que ha puesto a mis manos el Vicario de esta Plaza, y es del precitado Geronimo Fernandez en que solicita de la Real Clemencia de S.M. la gracia de libertarle quatro años de Presidio que le falta de seis que truxo por causa de rateria en consideracion a aver adelantado este importante aviso con que se logro restaurar la Sacratíssima forma cortando el ultrage que estaba recibiendo el Señor en tan impio poder, y prender al agressor para aplicarle el castigo condigno a tan enorme delito...» (91).

En la petición de indulto de Geronimo Fernandez, no escrita evidentemente por él dada la complejidad de giros lingüísticos y datos aportados imposibles de su conocimiento, redactada seguramente por el vicario, se ofrecían nuevos detalles: «Geronimo Fernandez... confinado en esta Plaza del Peñón por el tiempo de seis años por aver concurrido con otro al robo de unos pedazos de tabla para quemar y calentarse en noche de Yvierno... dize que pues professando Morales la Seta Mahometana... él se passò a dar quenta al Vicario D. Miguel de Ortega quien sin perdida de tiempo dio providencia à que se prendiesse al dicho Morales... y la predicha forma estaba cubierta con un papel firmado de su nombre en que que renegaba, con otras horrorosas blasphemias que en declaracion (¿con tormento?) que le tomaron contestó con inaudita desemboltura, por lo que dicho Juez Eclesiastico le formò su causa. La Sagrada forma que avia 15 dias estaba en su poder con un Rossario Moruno, que dixo resguardaba para que fuesse testificacion à los Moros si lograba passarse al Campo... Suplica se digne V.M. ussar la benignidad de remitirle los quatro años que le faltan para que con la libertad atienda al alivio de su Madre, y quatro hermanos Menores, que se mantenian a expensas de su trabajo en el arte de texedor de Seda...».

A Gerónimo Fernández en 18 de mayo de 1742 se le otorgó indulto completo. En estas cuestiones religiosas la competencia de instrucción de causa no era del gobernador sino del Vicario, resolviendo la jurisdicción eclesiástica o sí, como parece, «pertenece a la secta maho-

---

(91) AGS, SG GM, leg. 4793: D. Julian Fernandez Bayña a D. Joseph Campillo, 28 de abril de 1742.

metana» la inquisitorial. La primera impresión es que estamos ante un «delito» muy excepcional pero se dio en más casos: en 1751, en Orán, ocurrió un hecho parecido (92).

#### 4.3 LOS TRASLADOS ENTRE PRESIDIOS

Siempre hubo una cierta aspiración para cumplir en Orán y sobre todo en Ceuta, alegando motivos de salud o cercanía de la familia: en 1742 solicitaba pasar del Peñón a Ceuta, Lope Carrion y Leyba, «... alfez mayor que hace presente hallarse en el presidio del peñón cumpliendo la pena de diez años a que le sentenció la sala del crimen de la chancillería de granada, en la causa que de oficio sin aver auido parte que pida, se le formó por indiciado en la muerte dada a D. Francisco Varcancel; y siendo aquel clima contrario a su salud, pide se le promueva a una de las Plazas de aquella Frontera...».

El Consejo de Guerra, pese a que su Fiscal se manifestó en contra por entender que era casi un indulto no siendo, entonces, de la competencia del Consejo, atendió la solicitud: «... que el mayor alibio es que el tiempo que le falta de su sentencia, le cumpla en Ceuta, que goza mejores ayres, y es mas favorable a la salud por mantenerse aquella guarnicion con viberes frescos a diferencia de la del peñon que se alimenta de viberes salados... S.M. resuelve pase a Ceuta» (93).

Menos fortuna tuvo Joseph de Soto cuando pidió: «... se le permuten los seis años de presidio en las Alhucemas, a que se halla sentenciado, en el mismo, o mas tiempo en una de los regimientos del Exercito, o en su defecto se le destine a Indias...», pues tenía un delito muy peculiar: «El Consejo, expresa que a este sugeto se le sentenció

---

(92) SÁNCHEZ DONCEL, G.: «Presencia de España en Orán (1508-1792). Toledo, 1991, p. 532: cita exacta de un expediente de 10 de febrero de 1751: «... Joseph Miguel Diaz que habia servido de sacristan havia hurtado de acuerdo con Juan Ximenez, desterrado, una sagrada forma de la capilla con el animo de que les sirviese de escudo contra las Justicias y dar ensanchez a sus impíos deseos de robo y vida licenciosa...»

(93) AGS, SG GM, leg. 4792: petición en 30 de agosto de 1742. Transcribo parte de la Resolución en 16 de septiembre de 1742 por el valor jurídico que contiene al oponerse al traslado el fiscal: «... ha tenido presente lo resuelto en 14 de junio de 1740 sobre conocimiento de indultos a favor de la Camara de Castilla; pero esta instancia es de distinta clase, pues no trata de indulto, sino de comutacion de la pena en otro sitio para el reparo de su salud la que segun dictamen de Medicos, e informe del gobernador, es imposible consiga a menos, que no se le mude de temperamento: y es de parecer el Consejo (no obstante que el fiscal dixo no correspondía a el este genero de recursos) que el mayor alibio es que el tiempo que le falta de su sentencia, le cumpla en Ceuta, que goza mejores ayres...».

por este Consejo en diez años de presidio, por aver falseado la firma del Marques de Castelar Secretario del despacho de la Guerra. Que aviendo cumplido su sentencia se vino a Madrid, y volvió a cometer el mismo delito de falsear firmas de algunos ministros de V.M. por lo que le condenó el Consejo en otros seis años de presidio; Y es de dictamen, que se le deniegue su instancia...» (94).

Por regla general, los traslados de penados entre presidios no se hacían directamente, sino que primero se dirigían a Málaga, que era la «Caxa general de Rematados» (95) y desde allí se remitían al nuevo, aportándose la certificación de condena (96), documentación llamada «pliego de adición» (97).

Llegado el presidiario al destino y una vez recibido el testimonio de sentencia, se producía en el libro correspondiente (llevado por la veeduría, por su carácter de documentación administrativa) la anotación denominada «Asiento de desterrado», redactada en términos parecidos al siguiente tenor: «D. Fernando de la Quintana y Barreda Comissario de Guerra de los reales exercitos, Veedor y contador desta plaza, fuerzas del Peñon de Velez; CERTIFICO que D. Francisco de Herrera presidiario agregado a la Compañía de D. Simon Gaspar de Guerra, se recibió al sueldo en esta Plaza el día 29 de junio proximo pasado, remitido de la carzel de Malaga, con sentencia de cuatro años en que le condenó el Ilmo. Sr. Presidente de la R.

(94) AGS, SG GM, leg. 4793: resolución en 19 de octubre de 1741.

(95) Ver mi obra: «Modalidades de la ejecución penitenciaria en España hasta el Siglo XIX», *ADPCP*, tomo LVII, Madrid, 2004, pp. 363 ss.

(96) AGS, SG GM, leg. 5650: 18 de noviembre de 1745, a D. Alexandro de la Mote (Gobernador de Orán): «El Rey ha resuelto que Marcelo Antonio de Molina, que existe desterrado por seis años en ese presidio, sea transferido al de Ceuta para cumplir en su regimiento fixo el tiempo que le resta de su confinación. Y de orden de S.M. lo participo a Ve para que disponga que a su efecto sea embarcado en el primer bastimento que salga de ese puerto para el de Malaga, avisando Ve lo conveniente al Veedor de aquella plaza, y asimismo al Gobernador de Ceuta, incluyendo a este segun se acostumbra certificación de esa contaduría que acredite la sentencia del referido Desterrado».

(97) AGS, SG GM, leg. 4877: Pliego de Adición del presidiario Francisco Pastor: «... hizo entrada en Oran en 15 de julio de 1748, por delito de falsedades y suplantaciones de ynstrumentos. Se le sentenció por la Sala del Crimen de la Audiencia de Valencia a diez años y que fenecido el zitado tiempo no obtenga libertad, sin que preceda lizencia de S.M. o de aquel tribunal». En Orán cometió nuevo delito: «... mediante lo que a el resultaba de ciertos autos, le condeno D. Joseph de la Peña, Alcalde maior de la ciudad de Cartaxena y Juez de Comision en esta (Oran) a que extinguiese en el presidio de Ceuta el tiempo que le restaba cuia pena confirmó el Real y Supremo Consejo de la Guerra». Se le manda a Málaga en 6 de junio de 1754, llegando a Ceuta el 2 de agosto de 1754. Éste reo volverá a ser trasladado en 28 de febrero de 1760 a Málaga.

Chancillería de Granada por causa de haver soltado de la prisión diferentes personas que estaban aseguradas de Leba, por cantidades de maravedís en que se avía ynteresado, faltando a su encargo y en deservicio de S.M. Peñón 24 de septiembre de 1742» (98) El delito cometido (soltar de la prisión personas aseguradas de Leba) era frecuente por entonces y consistía en liberar de la cárcel a vagabundos ingresados para ser destinados al ejército (las habituales levas de vagos y vagabundos del XVIII).

También les trasladaban por otros motivos como el de inutilidad sobrevenida, admitiéndose sólo para casos de enfermedad grave a partir de 1748 (99).

Hasta mediados de los años cincuenta del XVIII pudieron los gobernadores, a su instancia o a la de otros cargos (100) de la plaza, con relativa facilidad enviar de uno a otro presidio (normalmente a los presidios «menores» con escala previa en Málaga) a quienes resultaran indeseables y sin pedir antes permiso a la Secretaría de Despacho de Guerra: «Miguel de Torres de profesion escrivano que fue desterrado por causa de Amancevamiento por tiempo de ocho años... se traslada a la carcel de Malaga a disposicion del Intendente D. Francisco Monsalve, haviendolo tenido por conveniente por circunstancias

---

(98) AGS, SG GM, leg. 4793: «Certificación de la Comissaria de Guerra y Veeduría del Peñón que contiene el tiempo, y causa, porque vino confinado a este Presidio D. Francisco de Herrera».

(99) AGS, SG GM, leg. 4846: D. Miguel de Monsalve (veedor de Málaga) al marqués de la Ensenada, Málaga 19 de febrero de 1754: «... me avisa la resolucíon de S.M. con motivo del descarte que hicieron el governador de Ceuta del presidiario Pedro Curado debolviendolo a Sevilla por inutil y embarazoso en su destierro reproduciendo la observancia de la Orden de 30 de julio de 1748 y anteriores que tratan de la aplicacion de semexantes reos, y su precisa existencia en Presidio, de que no deven salir sin expresa deliveracion de S.M. excepto los que por enfermos incurables se remitan de los tres menores plazas a la enfermeria de esta carcel: queda prevenido de aver declarado el rey nuevamente que los desterrados a los presidios de africa, no puedan salir de ellos sin expresa orden de S.M. hasta cumplir sus sentencias, encargandome Ve que a mas de comunicar esta orden a los veedores de ellas, vigile con el maior esmero que los presidiarios subsistan en sus destinos precisamente, sin que se les conzeda dispensacion igual a la que se a atribuido a Pedro Curado... quedo enterado... del estrecho encargo que se deve hazer a los gobernadores de los tres presidios menores, melilla, peñon y alhucemas sobre que subsistan precisamente en ellos aquellos reos que fuesen confinados, sin que puedan obtener dispensacion por otra causa, que la de benir con indispensable nezesidad de curarse en el hospital de la Carzel de esta ciudad...»

(100) AGS, SG GM, leg. 4809: «27 de abril de 1745, D. Miguel de Monsalve dize que por causa de escandalo ha sido dirigido de las alucemas y a instancia de su vicario eclesiastico a la carcel de aquella ciudad el presidiario Luis Alvado y teniendo por conveniente sea removido a uno de los dos presidios de Ceuta o Oran, a cumplir amonestado de contenerse».

de quietud de la plaza (101) y que S.M. podra darle el destino que fuere servido en otro presidio...» (102).

En cambio, la Real Orden 12 de agosto de 1755 determinó: «... quiere el Rey que en adelante se observe con exactitud y cuidado las resoluciones sobre que los presidiarios no puedan salir, ni ser removidos sin expresa deliberacion de S.M. que recaera sobre las justas causas y motivos en que funden los gobernadores y representen a la via reservada en las ocasiones que combenga» (103).

Obviando esta orden, en enero de 1760 el gobernador de Ceuta, D. Joseph Sanjust, envía a Málaga al presidiario Francisco Pastor «... desterrado que por perjudicial a este pueblo y por otras causas ba destinado a uno de los presidios menores en conformidad de las facultades conzedidas por S.M. a los gobernadores de esta Plaza en 14 de junio de 1751...».

Mostró su disconformidad el veedor de Málaga exponiendo al Secretario Despacho de Guerra, D. Ricardo Wall: «... como por repetidas ordenes posteriores haia resuelto S.M. que los gobernadores de los presidios no puedan remober los reos sin expresa deliberacion de S. M... como se pone en la deliberacion 12 de agosto de 1755... para descartarse de algunos reos sin substanciacion de causa tienen el respeto de los males tocados en estos pequeños presidios con la remocion a ellos de unos reos que no han podido sugetarse en las grandes plazas... por-

---

(101) Hay una instancia de este presidiario seis meses antes y un escrito posterior al traslado que pueden ser los precipitantes del perjuicio a «la quietud publica»: AGS, SG GM, leg. 4792: 14 de enero de 1742: «Juan Miguel de Torres, presidiario por amancebamiento, esta en las alhucemas, ejerce de escribano y Suplica: se digne concederle su Real Gracia para que en virtud de la que tiene por dicho Real nombramiento de notaría de los reynos, lo exerza y actue en esta Plaza... remitiendo orden para ello a este governador, como asimismo la de que respecto de haver servido dicho empleo el suplicante asta oy día de la fecha y solamente con el sueldo de una rasion ordinaria al día y dos escudos de vellon al mes de que se compone una plaza de Voluntario, por tal escrivano sin averle dado en esta plaza, la rasion y sueldo que como desterrado le corresponde y V.M. les tiene mandado dar, y se dan a los demas que en ella se allan, se le paguen dichas razones y sueldo que en el tiempo que hace esta desterrado tiene vencido, como las que por esta razon le tocaren en adelante y que la que goza como tal escrivano de Guerra se la vonifiquen en extractos, y no en rasion diaria...». Influiría al traslado esta petición y el siguiente motivo: «A este se le embió a Ceuta por haverse amancebado en las Alhucemas.»

(102) AGS, SG GM, leg. 4793: 31 de mayo de 1742, D. Jorge Rovereto (gobernador Alhucemas) a D. Francisco Monsalve (Veedor General en Málaga). La resolución en 13 de julio de 1742 a D. Francisco Monsalve: «que pase a Ceuta».

(103) AGS, SG GM, leg. 4877: D. Sebastian Eslava (Secretario de Guerra) a D. Miguel de Monsalve, para que no se envíen reos por los gobernadores; se habian remitido a Málaga desde Ceuta con destino a los presidios menores cuatro presidiarios y un soldado en fecha que no determina

que ellos saven bien que por mas perniciosas que sean sus inclinaciones con todo no se hazen reos en lo Judicial para sufrir maior pena...».

Esto es, que ante un presidiario nocivo en los presidios mayores se intentaba recluirle en uno de los dos peñones con lo que se hacía más dura aún la vida en ellos al concentrarse allí los de mayor peligrosidad.

D. Ricardo Wall otorgaría la razón a Monsalve, aunque permitió la traslación: «Los presidiarios de las plazas de Africa no pueden ser removidos de ellas sin expresa deliveración del Rey como esta mandado repetidas veces y prevenido al antecesor de Vs en 12 de agosto de 1755; pero no obstante ha venido S.M. en que por ahora y sin exemplar tenga efecto la disposicion de haber remitido D. Josef Sanjust... y manda que en adelante se observe exactamente las resoluciones que en este asunto estan comunicadas...» (104).

Quizá pudiera pensarse que estas disposiciones limitando las facultades para trasladarlos fuera un tema menor; en absoluto. Entre los presidiarios les había de alta clase social a quienes las autoridades veían con cierto respeto y cuando daban conflictos, la única salida era procurar su traslado.

Este problema se recrudecía en Alhucemas y el Peñón debido a la escasa población y limitación de espacio. Veamos un caso muy significativo: desde el Peñón de Vélez en febrero de 1761 remite el vicario a D. Ricardo Wall una «sumaria Secreta contra D. Diego Velasco y D. Joseph de Cobo, confinados que por sus escandalos e incontenencias expuse se trasladasen a otro destino... y que interin se remesan esten sin comunicacion en la carcel de Malaga para evitar la que puedan tener con una muger de un sujeto de empleo principal de esta Plaza que se halla abandonada por causa de ellos por su marido y este postrado en cama...» (105).

Estos reos eran al parecer importantes pues Diego Velasco fue penado «por la Sala de Alcaldes en diez años, los seis primeros en este destino y los cuatro siguientes a voluntad de la sala, por graves excesos que tocan a la estimacion de personas distinguidas».

Si anteriormente quedaba resuelto el caso con una rápida conducción, por las órdenes recibidas había que expresar las causas, algunas inconfesables. De la información aportada por tres testigos (106) se

---

(104) AGS, SG GM, leg. 4877. La carta de D. Miguel de Monsalve es de fecha 4 de marzo de 1760 y la de D. Ricardo Wall de 3 de abril del mismo año.

(105) AGS, SG GM, leg. 4877.

(106) AGS, SG GM, leg. 4877: «D. Domingo Moreno, teniente de artilleria y Comandante de las reales obras de esta plaza. D. Antonio Mansilla, Factor y D. Pedro de Villar subteniente que fue del reximiento de Guadalaxara y confinado en la plaza».

desprenden los hechos: Diego Velasco mantuvo relaciones con una mujer casada con un cargo de alto rango que no especifica, pero quizá fuera la del gobernador (107), siendo expulsada a España. (Dijo el testigo D. Domingo Moreno: «save que una muger casada distinguida se separo escandalosamente de su marido... que el marido no obstante de ser sujeto de empleo publico y del maior juicio y prudencia embarco a su mujer con comun escandalo... »).

Al cabo de dos años, gracias al vicario se logra reconciliar el matrimonio, pero como afirma el anterior testigo: «al volver la muger inmediatamente volvió a renacer el motivo».

El otro desterrado, Joseph de Covos, toma amistad con Velasco y también accede carnalmente con la misma mujer «... que sabiendo el Marido que a deshoras y quando dormia entraba en paraje escusado de la casa, los huvo de encontrar (a Covos y a su mujer) y llevado del rubor volvió a expulsarla para España, quedando todo tan notorio que no pudo Su Merced confundir lo acaecido» (108).

Estos «don juanes» tenían alborotado el presidio pues lo intentaron con otras: «... covos ha frecuentado otra casa de un oficial de honor quien ha dado infinitas pesadumbres a su Muger con lanzes tan pesados como el querer matarla, los quales alborotos se an oido de dia y a deshoras de la noche... y observa los dias de guardia de dicho oficial, entrando con comun escandalo de todos... ambos andan tambien otra casa y una doncella conozida cuio honor anda susurrándose con lanze grave que no especifica el testigo por su modestia... y rezela acaezca algun doloroso suzeso y perdizion del padre e individuos de la tal doncella...» (109) No hay constancia del traslado que a buen seguro se haría dada la naturaleza del caso.

En los siguientes años fue cumpliéndose escrupulosamente la obligación de contar con la aprobación de la Secretaría de Guerra antes de trasladar a cualquier presidiario (110), efectuándose generalmente

---

(107) AGS, SG GM, leg. 4877: existe antes de la «sumaria secreta» una carta del vicario al Obispo de Cartagena (gobernador del Consejo de Castilla), recordándole que representó también el gobernador (esta circunstancia es la que me hace pensar que la mujer fuera la del gobernador) cuando dice el vicario «cuio expediente parece hizo a S.Y. el Sr. governador de esta plaza...» y cuando declara el vicario ante el notario eclesiastico: «lo participé al Ilmo Obispo de Cartagena, por saver lo avia participado un sujeto de empleo publico marido agraviado...»

(108) AGS, SG GM, leg. 4877: deposición del testigo D. Antonio Mansilla. Sobre lo mismo informa D. Pedro de Villar: «... habiendo conocido el marido el desorden de que le expiaban de noche a que estubiese durmiendo para entrar a deshoras parece les cogio...»

(109) AGS, SG GM, leg. 4877.

(110) AGS, SG GM, leg. 4927: el gobernador de Orán al conde de Ricla (Secretario de Guerra) en 25 de enero de 1775, «como no puede ser removido de este

por nuevo delito (111), hasta que para evitar la saturación en los presidios de Melilla, Peñón y Alhucemas, la Real Orden 3 de abril de 1786 dispuso: «... que en lo sucesivo no se remitan desde Oran y Ceuta, mas confinados a ninguno de los tres presidios menores aun quando en aquellos cometan nuevos crímenes» (112).

#### 4.4 LA PRETENSIÓN DE REDUCIR EL VECINDARIO DE LOS PRESIDIOS MENORES

Si el sentimiento de abandono se adivina en todos los memoriales enviados desde los peñones, una nueva polémica suscitaría la Real Orden 20 de agosto de 1744, dirigida a los gobernadores de los presidios menores, que dictaba: «Con motivo de los repetidos recursos que llegan al Rey de los sargentos, cavos, soldados, Marineros, viudas y huérfanos que residen en ese presidio de Melilla y los de Peñón y Alhucemas pretendiendo se les libren en dinero al precio que se satisfacen al asentista las raciones que gozan en especie por el exemplar que se ha hecho de esta gracia con algunas personas de las mismas clases: se ha enterado de varios abusos introducidos en esos destinos, y de ser uno de los mas considerables el del gran numero en que se han aumentado sus vecindarios...».

Este aumento poblacional se achacaba a que muchos presidiarios tenían a sus mujeres consigo, pues indica: «... a causa de haverse permitido a las mugeres de Desterrados pasen con sus hijos a vivir con sus maridos, y que se casen estas familias que por este medio contemplan asegurar el que muertos ellos, disfrutaran las viudas y huérfanos las

---

presidio a otro desterrado alguno sin Real Aprobacion , esta circunstancia aze que este detenido y preso aqui Sebastian Molina que estava sirviendo en este regimiento fijo, y por nueva condena se alla destinado a Ceuta. AGS, SG GM, leg. 4946: el gobernador de Ceuta al conde de Riela en 11 de noviembre de 1779: «con motivo de haber arribado a esta plaza de la de Melilla... los presidiarios Domingo Salcedo, Joseph Soto y Pedro del Campo y haver cometido en el corto tiempo de su permanencia en ella, diferentes travesuras que an dado ocasion a conciliarse el odio de varios de su misma clase, de cuio encono y enemiga, pueden temerse fatales consecuencias y la perdicion de unos y otros, para remediar tan probables desgracias, combiene la separacion de dichos tres coligados malhechores, el primero al peñon, el segundo a Melilla y el tercero a alhucemas...» Resolución: «aprobado».

(111) AGS, SG GM, leg. 5651: «Francisco Manchuca, Josef Ximenez y Juan Gamez en 7 de julio de 1784 por perturbadores del buen orden y gobierno de los cuarteles de Ceuta fueron los dos primeros trasladados con cuatro años de recarga a Oran, y Gamez, sentenciado a cumplir su tiempo en la misma plaza de Ceuta en la Brigada de Cadenas... Antonio Esteban en 16 de septiembre 1784 fue trasladado desde Ceuta a la plaza de Alhucemas con cuatro años de recarga por haber herido con un cuchillo a un cavo...»

(112) AGS, SG GM, leg. 5651.

racionees que a unas y otros atribuye el Reglamento de presidios; y queriendo S.M. excusar el crecido gasto que sin ningun util de su servicio producen en ellos, asi esta, como otras disposiciones toleradas por no reflexionadas, se ha dignado resolver y mandar: que los desterrados que actualmente se hallen en ese y los otros citados presidios luego que cumplan sus condenas, salgan de ellos con sus familias».

Se trataba también de reducir posibles pensiones que pudieran generar los presidiarios empleados como soldados: «que los de las mismas clases que fueren solteros y terminadas sus sentencias quedaren a servir de soldados voluntarios, y se casaren despues, a menos que no haya sido su muerte en función de guerra, no han de gozar sus viudas ni hijos raciones algunas».

También incidía en que desalojaran los presidios menores las personas que no fueran útiles: «que las viudas y huérfanos que actualmente se hallen en los tres presidios pasen a Malaga, donde se les asista en dinero con el valor de las raciones y medias raciones que gozasen al precio que se satisfacen al Asentista: que por punto general se excluyan del goze de estas raciones a las personas de ambos sexos que mantuvieren tiendas, y a los huérfanos que por los gobernadores y veedores se reconozcan pueden servir en las armas, o en otros ejercicios borrándoseles las plazas que esten disfrutando y asimismo a las huérfanas en tomando estado» (113).

El gobernador del Peñón y los oficiales de la guarnición enviaron sendas representaciones para contrarrestar la orden anterior, ofreciéndonos nuevos elementos de profundización en su realidad presidial. En la de D. Julian Fernandez Bayña (114) insiste en que durante los 15 años de su gobierno «... no hay ninguna Muger, ni hijos de Desterrados que aygan venido de España y aun por lo passado, no se acuerdan de 40 años â esta parte, mas que de una Menor de esta clase, que casò con un Albañil...».

De las que se han casado en el mismo Peñón, comentaba: «... pues de diez que han contrahido Matrimonio en mi tiempo con Sargentos, Cabos, y Desterrados, las siete son hijas de oficiales, una huérfana de Sargento, otra de Marinero; y la ultima Viuda de otro de esta clase: De estas gozaban las seis por tales viudas, y huérfanas racion, las que por el estado que tomaron, dexaron â favor de la Real Hazienda. De todas ellas dos se fueron con sus Maridos â España, y otras dos executaràn en breve lo mismo, por estàr proximos â cumplir sus condenas...» Desterrados con familia declaraba haber uno: «... que siendo Maestro

---

(113) AGS, SG GM, leg. 5650.

(114) AGS, SG GM, leg. 4809. El gobernador del Peñón al marqués de la Ensenada, 23 de octubre de 1744

de Cerragero ademas de lo que goza como tál Presidario, con lo que tiene por su exercicio es suficiente para mantenerla».

Por fin, relacionaba que soldados que han sido antes desterrados y se han casado sólo hubo otro durante su dilatada etapa de gobierno: «... Juan Rubio, que por lo bien que se portò en las funciones que tubo contra los Moros, y aver salido herido, le indulò S.M. en los seis años que le faltaban; y aunque casado con hija de un Oficial, no le concedí la Plaza que me pidio de Voluntario, hasta que con fecha de 23 de julio de 1743 tuve orden del Rey para admitirlo, pues aun en una cosa tan tribal he procurado obrar con tanta justificacion».

Respecto al aumento de población informaba que no era cierto en el Peñón: «no es assi, sino que ay cinco menos de los que hallè al tiempo de mi arribo (1729) por lo que se viene en pleno conocimiento de que la Persona que informò â la Corte, fue sin ninguna luz de esta Plaza, y si la tenia, obrò maliciosamente, y faltò a la legalidad». Los mayores perjuicios de la orden radicaban en la salida de la plaza de viudas y huérfanos (115).

Que ya nadie quería quedarse en el Peñón, ni siquiera sus naturales, lo expresaba con estas palabras: «... antes solicitaban Padres y Hijos antes de la edad y robustez se les sentase plaza de soldados (que algunos acudiendo â la Corte consiguieron el suplimiento de la menor edad) al presente sucede lo contrario, pues estàn solicitando, aun los que se hallan en servicio passar a España... ya no miran esta como Patria propria sino como transitoria...» augurando un futuro incierto «... estas Compañias se mandaron formar a fin de que sus Yndividuos se estableciesen en ellas, y atendidas sus vacantes, por los motivos relacionados, llegarà el caso que no sirvan mas que para los Desterrados, pues los Menores que se crian en España, no se querran bolver voluntariamente â meterse en esta estrechez...».

---

(115) AGS, SG GM, leg. 4809: D. Julian Fernandez Bayña al marqués de la Ensenada, 23 de octubre de 1744: «aunque se puede creer, que viviran gustosas viendose fuera de la limitacion de este recinto» porque «en las ocasiones de sublevaciones, o armas aunque sea â las horas mas incommodas de la noche, los primeros que encuentro â mi lado para contenerlo, son los Oficiales de pie fixo, sus hijos, y Parientes (que algunos tienen sus ascendientes de mas de un siglo â esta parte) que como buenos Patricios son los que se ofrecen â sacrificarse por ella: estos mismos son con los que se aseguran las operaciones de los Enemigos, por el conocimiento que tienen del terreno... y por lo fragoso del Pais es mas indispensable este ensayo, que en otro Presidio: como assi mismo en los Parages de toda la Costa, que es en donde se hacen las mayores hostilidades, y hasta llegar â las primeras Poblaciones de los Moros, no necessitan de espías... prefiero la salida de estos, no porque tenga motivo de desconfianza en la Guarnicion extraordinaria pero es mas arriesgado por la falta de conocimiento y practica en la guerra de los moros...».

Remitiéndose históricamente, indicaba que existieron órdenes (en los principios de su reconquista) que prefijaron que en el Peñón no habría más familias que las del gobernador y veedor, derivando a que se llegaran a enviar prostitutas: «... y consta en este Archivo, pues se vio precisada la Corte â mandar remitir aqui Mugerres Mundanas por evitar mayores pecados, que aun â mi arribo avía un Valuarte que llamaban la Galera, por ser en donde tenian su residencia...».

Este baluarte fue cambiado de nombre: «y haciendo Yo presente convendria quitar esta infeliz memoria con fecha de 5 de octubre de 1731 mandó S.M. que se llamase en adelante San Julian» (116).

Estas prostitutas gozaban de «sueldo del rey»: «... â dichas Mugerres se les asistía con una racion diaria âdemas de lo que podian ganar por sus personas; si alguna hallaba con quien casarse, se le mandaba continuar con la misma racion por toda la vida, independiente de la que gozaba el Marido; y â toda esta costa se consiguiò empezar â poblar esta Plaza: siendo mui natural que por el horror que se tiene en todas partes â este recinto, venga con el tiempo â suceder semejante infeliz acaecimiento, porque la mas desdichada de España, no querra venir â tomar estado aqui; pues en el tiempo que Yo estoy, solo se han casado Viudas y huerfanas y faltando estas se iria aniquilando la Poblacion que oy ay de 20 vezinos, porque las demas familias son transitorias, y no comprehendias en el Reglamento de Presidios».

¡Imagínese en qué condiciones de vida se residió en el Peñón cuando se estuvo precisado nada menos que a enviar prostitutas y sustentarlas directamente con los haberes del Estado, con lo que esto significaba para la católica España del momento! Terminaba su apesadumbrado informe enumerando las raquíticas ventajas que supondría el cumplimiento de la orden y la penosa realidad del momento (117).

---

(116) En el que curiosamente fueron enterradas las 55 víctimas de la peste de 1743. CARCAÑO, F.: *op. cit.*, p. 22, describe que existe una inscripción en piedra que pone: «En el baluarte de S. Julian estan los que murieron de la peste el año 1743, siendo gobernador D. Julian Fernandez Baiña Cortes».

(117) AGS, SG GM, leg. 4809: el gobernador del Peñón al marqués de la Ensenada, 23 de octubre de 1744: «Cinco viudas y seis huerfanas son las que deben passar a España, â las primeras se les asiste con cinco quartillos de Agua diarios, y â las segundas con dos y medio en qualquier edad: la arrova de este alimento la tiene al Rey de costo 34 maravedis conque vienen â causar de gasto â la R. Hazienda las primeras cinco mrs. y las segundas dos y medio... quando este gasto siempre se ha de ocasionar aun sin estas Personas... y no aviendo en la Plaza ninguna persona que no estè empleada en el Real Servicio, pues ni vivanderos, mercaderes ni comerciantes no se establecen aqui, ni los ay como sucede en Ceuta, y si mucha quiebra en el sueldo que cada uno goza, por que ya por perdida de embarcacion, por alijos por temporales o caza de otros Enemigos experimentan repetidos atrasos...»

Los oficiales del Peñón mostraron análogos motivos, suplicando: «... que ejercitando su Real Piedad sea servido suspender el uso de la Real Orden para que no alterandose las reglas obserbadas hasta aquí con estas familias, logren todos el gusto de bibir en este destino continuando gloriosamente el sacrificio de sus Vidas en Servicio de V.M. en que reciviran Merced» (118).

También de Melilla se enviaron representaciones para intentar anularla. Fueron atendidas sus explicaciones, modificándose la Real Orden 20 de agosto de 1744 por la de 16 de febrero de 1745: «... En vista de lo expresado por los governador y Veedor del Peñon (y cuias fundadas reflexiones le han persuadido) que se reduzca solo a que, a los Desterrados que huviere en los tres Presidios, cumplidas sus condenas, se les franquee licencia para que busquen la vida, a reserva delos que se empeñaren a servir de soldados voluntarios en las Compañias de Dotacion, para reemplazo de los que faltaren a su completo, sin permitir a los que en adelante se fueren remitiendo que lleven sus familias con pretexto alguno; y a que a las viudas y huerfanos que disfrutan racion (principal objeto de la controversia) y no passaren a Malaga, continúe su asistencia en los citados Presidios en la misma forma que hasta aquí, dandose tan solamente su importe en dinero a los que de una y otra classe huvieren verificado su passe a la referida ciudad...» (119).

Veinticinco años más tarde de estos informes, en la respuesta fiscal sobre los presidios de 1769, firmada por Floridablanca, se preveía una medida política de gran alcance consistente en «... formar en el Peñon de los Velez una casa de fuerza, por estar aislado en la que se encierren los que por la gravedad de sus delitos, se han hecho indignos de estar en la Sociedad» (120) que de haberse efectuado hubiera pasado a contener los «mayores criminales», dándole así la razón al sufrido gobernador D. Julian Fernandez Bayña, regente durante un cuarto de siglo del peñasco más amenazado y odiado en el norte de África, lugar en el que nadie, ni él mismo, quiso vivir.

Y no era para menos pues aquí ni siquiera los soldados y presidarios podían consumir fácilmente la evasión. En el Peñón de Vélez y en el Peñón de Alhucemas casi el único medio consistía en el alzamiento, dadas sus características, fundamento idóneo para que se pensara esta-

---

(118) AGS, SG GM, leg. 4809. Firman la propuesta «por toda la guarnición» el capitán D. Simon Gaspar Guerra y los tenientes D. Joseph de Mata y D. Miguel del Pino.

(119) AGS, SG GM, leg. 4809 y leg. 5650.

(120) SEMPERE Y GUARINOS, J.: «Ensayo de una biblioteca española de los mejores escritores del reinado de Carlos III», tomo 4, *op. cit.*, Madrid, 1787, p. 97.

blecer en el Peñón de Vélez la «casa de fuerza para reos de graves delitos» que hubiera sido la primera en España con esas características.

#### 4.5 EL PEÑÓN DE ALHUCEMAS, EJEMPLO DE ISLA PRESIDIAL

Esta isla-peñasco es aún más pequeña que el Peñón de Vélez, apareciendo similares problemas debido a su reducido espacio. Sin embargo, la circunstancia de estar más alejada de la costa marroquí es fundamental, pues significaba que no podía ser atacada desde «tierra» sino tan sólo por medio de embarcaciones, situación infrecuente dada la poca potencia naval de los magrebíes.

Por este motivo, la vida en las Alhucemas, aun siendo muy dura debido a que dependía en todo de los suministros enviados desde España, era más llevadera que en el anterior. Parecidas calamidades que las atravesadas por el Peñón (peste de 1743, escorbuto, etc.) se repitieron en las mismas fechas.

Igualmente, las órdenes sobre confinados [tolerancia o salida de mujeres de desterrados, obligatoriedad o no de salir cumplida la condena (121), etc.] son del mismo cariz y para evitar reiterarme las omito. La población penal rondó, con pocas variaciones, el centenar y medio de presidiarios, subiendo paulatinamente, en diciembre de 1776 contaba con 241 reos (122) y llegando a finales del XVIII hasta los trescientos cincuenta, produciéndose un descenso hasta el centenar a mediados del XIX.

Buena parte del material constructivo se traía directamente de España pero en muchas ocasiones se precisaba cogerlo del suelo marroquí. Convenía entonces tener noticias constantes de los ánimos guerreros de las kábilas vecinas.

Para ello, en todos los presidios había «moros confidentes», elemento vital para no correr más riesgos que los necesarios. Éstos también tenían un estipendio a cargo del Estado. En verano de 1742, el gobernador D. Jorge Rovereto estimaba la necesidad de aumentar su número: «... que siendo preciso ir muy a menudo al campo de los moros por tierra, piedra y arena, para la construcción de casas en aquella plaza, y no teniendo mas que un moro confidente para hacer la

---

(121) Presidiarios que eran necesarios en la plaza, incluso se les preveía un indulto condicionado a que se quedaran en ella: 11 de enero de 1746. A Don Jorge Rovereto (gobernador de la isla): «En vista de lo que ha expuesto Vm en carta de 30 del pasado en apoyo del Memorial que ha incluido de Francisco Manuel de la Peña, desterrado, y maestro carpintero en esa plaza, ha venido el rey en indultarle el año que le falta a cumplir el termino de su condena, con tal que quede de voluntario en ese destino como propone a servir en él en las Reales obras de su profesión...». Cfr. AGS, SG GM, leg. 5650.

(122) AGS, SG GM, leg. 4935.

descubierta, convendría se le diese la misma orden que hay en los demas presidios para que a los moros confidentes que voluntariamente se pasan de su Campo se les asista como en Melilla hasta el numero de cuatro porque los desterrados, ni son practicos, ni quieren arriesgarse por no ser hechos esclavos...» solicitud que fue aceptada (123).

En Alhucemas, los presidiarios habitaban en unas bóvedas «a prueba de bombas, utilizadas en parte para depósito de víveres, y otras oscuras, terroríficas, para mazmorras (...) tal horror las tienen los moros, que temblando al llevarlos al encierro, han dicho que preferían la muerte. Allí estuvo alojada durante siglos la población penal» (124). Aún a mediados del siglo XIX seguían siendo el albergue natural de los reos, apodándose con el expresivo nombre de «la Pulpera» y comprendiendo unos cuantos calabozos que la completaban. (125).

## 5. Expedientes de abandono de los presidios menores durante el XVIII

Desde los años sesenta del XVIII se piensa seriamente en abandonar los «presidios menores» de Melilla, Peñón y Alhucemas. Se constituyeron varias comisiones de expertos predominando la tendencia abandonista: «... no se halla razon alguna a la conserbacion: No a la Religion porque aunque en aquellas Iglesias se da culto a Dios, siendo esto aumento de lugares y no de corazones pues reyna la ynuquidad, relajacion de costumbres y escandalo con la experiencia de que apenas se habra logrado la conbersion de algun moro, bien al contrario son muchos los Cristianos que la han abandonado... entre 1 de enero de 1753 hasta fines diziembre 1762... han sido captivos dos desterrados y 135 se han pasado... No al Estado por no veneficio ni aumento del comercio... no sirben de Freno estos presidios a las correrias en las costas de España, antes bien se les presentan ocasiones de presas por las que salen de Malaga para viberes, muda de Tropa y la gente que

(123) AGS, SG GM, 4793.

(124) CARCAÑO, F.: *op. cit.*, p. 44.

(125) MADUZ, P.: «Diccionario geográfico, estadístico e histórico», Madrid, 1847, p. 213. Voz Alucemas (S. Agustin y San Carlos de las): «... la plaza se compone de 28 casas de muy mala construccion, la del gobernador, que es mas capaz y vistosa, tres almacenes llamados del factor y de artilleria, un cuartel para la tropa, otro para los presidiarios, llamado la Pulpera, un hospital... cinco malos calabozos y una iglesia castrense... el cuartel del presidio se compone de dos cuadras sombrías y húmedas y malsanas, y otra subterránea que antiguamente sirvió de enterramiento... en el cuartel de la Pulpera hay uno de los aljibes para recoger el agua... el presidio se compone de 68 hombres mandados por un capataz... que gozan racion de armada y siete cuartillos de agua diarios en verano y cinco en invierno...».

por castigo se conduce a estos lugares... gran gravamen a la hacienda...» (126).

La tesis favorable a la conservación incidía en aspectos tales como a que los presidios: «contribuyen a la seguridad y prosperidad del Estado las Fortalezas bien situadas en Fronteras... no fue el fin de la conquista de estos presidios sugetar provincias de Berberia, sino deprimir a los moros destruyendoles su marina... Alucemas esta Yslada y fuera del alcance del cañon de tierra... el Peñón aunque dominado por montaña vezina es necesario... Melilla tiene la ventaja de no ser dominada y es de facil defensa... la razon porque en el dia no manifiestan utilidad es por no haver visto la que han producido y el incombeniente que evitan...» (127).

A finales de siglo y, más tarde, en la guerra de Independencia se pretendió cederlos al necesitarse recursos financieros, no llegándose al acuerdo definitivo (128) La expansión africana parecía agotada, aunque renació, en las opiniones, con pertinaz insistencia en el XIX (129) y fue retomada por el colonialismo producido hasta mediados del XX.

---

(126) AGM: 2.<sup>a</sup> Sección, 10.<sup>a</sup> División, leg. 280: conclusiones de la comisión presidida por D. Felipe Cavallero (compuesta además por D. Mateo Bodopich, D. Segismundo Font y D. Pedro Justiniani) al marqués de Squilace en 14 de enero de 1764.

(127) AGM: 2.<sup>a</sup> Sección, 10.<sup>a</sup> División, leg. 280: Comisiones en 1760 (D. Francisco de Vera), 1763, (D. Martín de Cordova, gobernador del Peñón en 1763); 1764 (D. Miguel de Monsalve, Veedor general) y D. Pedro Locuce y D. Pedro Zermeño en 1765. En 27 de abril de 1765 el marqués de la Mina se muestra favorable a conservar el Peñón y Alhucemas y demoler Melilla. Se retoma el asunto en 1775 (por el inminente sitio) emitiendo D. Silvestre Abarca (a Muzquiz) en el sentido de fortificar las Chafarinas y abandonar Melilla: «... en tiempo de paz estaría guarnecido por 200 soldados y 700 desterrados para la limpieza y aseo... Melilla no da utilidad y mucho gasto y siempre expuesta; Chafarinas todo lo contrario, mucha utilidad, poco gasto y total seguridad...» *Vid. idem.* GARCÍA FIGUERAS, T.: «Los presidios menores de Africa». Tetuan 1954, p. 109: una comisión de 1772 compuesta por D. Luis de Urbina, Zermeño y Aylmer también eran partidarios al abandono: «como inútiles al Estado... sobradamente se halla exaltada su soberanía con Oran y Ceuta...»

(128) BECKER, J.: «España y Marruecos, sus relaciones diplomáticas durante el siglo XIX». Madrid 1903, BCAS: E. 65, tomo 11, núm. 30342, p. 10: «Godoy pretendía ceder los presidios a cambio de ventajas económicas: en 1801, ofreciendo a cambio de los presidios el permiso de extraer de sus dominios un millón de fanegas libre de derechos, fue sin embargo Godoy el que se opuso (pues su interés era cambiarlo por dos puertos) alegando, lo perjudicial que nos podía ser la posesión de dichas plazas por los marroquíes. Posteriormente, el embajador Gonzalez Salmón instó a la Junta central, necesitada de recursos para la guerra con los franceses, autorización para enajenar los presidios. Las Cortes repugnando conceder la autorización, acordaron se oyese a los ministros. El de Hacienda y el de Indias optaron por que se cediese. Gracia y Justicia, Guerra y Marina se opusieron.»

(129) FERRER DEL RÍO, A.: «Floridablanca, obras originales», BAE núm. 59, Madrid, 1867, p. 343: «Destruído que sea el imperio turco, deberemos pensar en

## APÉNDICES DOCUMENTALES

**Apéndice documental núm. 1: 1777: ejemplo de problemas de coexistencia derivados del estrecho hábitat en el Peñón de Alhucemas. Denuncias contra el Gobernador y su hijo. Fuente: AGS, SG GM, leg. 4986**

A resultas de un «papel anónimo» se abrió una información reservada por el teniente del regimiento de Nápoles D. Joseph Ceresola al gobernador de las Alhucemas, D. Joseph Granados en 8 de septiembre de 1777, siendole probadas algunas de las denuncias como que «un hijo suyo cadete frecuente con la gente mas ordinaria juegos prohibidos, con los que gana sumas crecidas arruinando a presidiarios y familias... en especial con los presidiarios Juan Alvarez y Juan Balverde, que son taquilleros (ocupados en pagar el prest a los demás desterrados) asegurandose que se sirve de las taquillas de los desterrados con alguna utilidad y tiene particular roce con Juan Alvarez por motivo de ser estanquero y tener que mantenerle al hijo del gobernador el vicio del tabaco... el gobernador tiene en su casa la mujer de un desterrado llamada Maria Balero que con pretexto de asistir a sus hijas consiguio una Real Orden para que pasase a esta plaza, con la que se familiariza mucho lo que ha causado desazones con sus hijas e hijo, dando escandalo en el Pueblo escandalizando la plaza con exemplos de lascivia sin que el vicario se atreba a remediarlo ya que el vicario Juan de Silva le ha de lisongear ya que tiene el vicario una dominante pasion con amancebamiento para con la mujer del Sangrador Francisco Castillo... (hay más denuncias referidas a tratos con rifeños, con Gibraltar, y posibles cohechos del gobernador). El 22 de enero de 1778 se le comunicaba al gobernador la información respondiendo éste al conde Ofalia (Intendente de Andalucía): «mi hijo... desde que merecio la ayudantia de la Plaza, cumple con la mas acertada disposicion... la muger del desterrado que acudia a la asistencia de mis hijas, repare todo daño con excluirla de mi Cassa y hazerla pasar a España... esta es la verdad que he acostumbrado en 56 años que sirvo a S.M... todo nace de la Calumnia de estas gentes ociosas y opuestas a la tranquilidad que procuro... quisiera se me advirtiera medio de observar las Reales Disposiciones para que estas gentes gozaren de la libertad que apetezen contra la subordinacion del que las gobierna, y siendo destinos donde se encierran de esta classe, en no caminando el Gefe segun sus maximas, luego maquinan con depravado fundamento. De quanto se me atribuye juro a VE por mi caracter y la religion que professo me hallo yndemme...» El conde de Ricla (Secretario de Guerra) dice al conde de Ofalia en 11 de febrero de 1778: «sirvase dar una severa reprehension al Gobernador de Alhucemas previniendole de que de no enmendarse en adelante de su irregular proceder y manejo, de que el Rey se halla instruido por conductos veridicos, se

---

adquirir la costa de Africa». *Vid. ídem.* ABENIA TAURE, I.: «Memorias sobre el Riff, su conquista y civilización. Obra original, interesante a las naciones civilizadas y en particular al ejército español», Zaragoza, 1859, p. 13: «tan grande es el escarnio, robando e incendiando buques y colocando en mazmorras a quienes no obtienen rescate... es necesario coger el Riff que es mas sencillo que la conquista de Marruecos... estas plazas que no han servido de otra cosa que depósitos de confinados deben ser ampliadas...», *Vid. ídem.* TRIVIÑO VALDIVIA, F.: «El Marruecos español». *s/f* (primeros años siglo XX), p. 129: «nuestros derechos en Marruecos comienzan hace siglos laborando para traer la vida civilizada a un pueblo bárbaro y fanático, no se puede abandonar este suelo comprado con nuestras energías y sangre!».

le pondra en un Castillo a voluntad de S.M.»; en 19 de febrero 1778, el conde Ofalia al gobernador Alhucemas: «... no dejo de comprender que el Rey le ha mirado a Vm en esta ocasion con mucha benignidad a la qual no deve Vm atribuir sus confianzas en lo succesivo, pues si la reinsidencia llega a mi noticia, que con especial cuidado procurare inquerirla, tomare la Providencia y dare cuenta a S.M. bien que me persuado no llegara este caso por que atendiendo Vm al honor de su caracter, se procurara un comportamiento regular y proporcionado».

**Apéndice documental núm. 2. «Melilla en 1816. Diario del exodo de los Srs. Arguelles, Calatrava, Martinez de la Rosa y otros patricios a los presidios de Africa y del Cautiverio de los Sres. Calatrava, Perez-Sobrino y Ramajo y Sanchez Barbero». Autor: Perez-Sobrino y Ramajo, J.: Fuente: BN: Afr. C.ª 54-j. S/P**

«Valdemoro 18 de diciembre 1815: segun hemos averiguado iran a Melilla: Calatrava, ex-diputado de las Cortes extraordinarias; Sanchez, editor del Ciudadano. Ramajo, editor del Conciso. A Alhucemas: Garcia Herreros, ex ministro de Gracia y Justicia; Zorraquin, exdiputado de las Cortes extraordinarias. Al Peñón: Martinez de la Rosa, exdiputado de las Cortes ordinarias. A Ceuta: Arguelles, exdiputado de las Cortes extraordinarias; Alvarez Guerra, exministro de la Gobernación.. Llegaron aqui tan alegres como si fueran a una romería. Se reunieron en un cuarto de la posada: el comandante les entregó 96 reales para los ocho. Comenzaron con jarana a hablar y a hacer nombramientos: Zorraquin y Ramajo salieron electos para procuradores de cocina, y Ramajo además para pagador. Comieron y bevieron. Aranjuez, 18 de diciembre de 1815. Ha llegado aqui al anochecer un coche con el general Valdes (en chinelas, y el coronel Golfín, exdiputado de las Cortes extraordinarias) y una calesa con un tal Santa Maria, americano: este va desterrado a Cadiz: los dos militares al castillo de Alicante, y ocho que vienen en los otros carruajes, dicen que van a presidio. Cenaron todos juntos en gran júbilo...» *Vid. ídem*: BAE N.º 63: «Poetas Líricos», S/A, S/F, p. 582: En una poesía sobre el destierro en Melilla de Francisco Sanchez Barbero (coeditor del periódico «el Conciso») cita: «Por diez años con retencion, y pena de la vida si quebranto el presidio. Fueron quemados mis papeles, públicamente por mano del verdugo en la Plaza de la Cebada al pie de la horca. Doy gracias a los oficiales de la escolta durante el viaje al presidio y a todos los subalternos por el obsequio, aprecio y distincion que les merecimos».

**Apéndice documental núm. 3: Reconquista del Peñón de Vélez de la Gomera. Fuente: BN: Mss. 9175: «Tomada del peñon de Velez. Año 1564»**

«... entendiendo su Magestad los grandes daños que de los moros y turcos cada dia despachaban en las costas de españa y que en esto importaba tener el peñon y desalojar de alli los ladrones y corsarios que en el abia por todo el año de 1564 mando hazer fustas y muchos aderezos y pertrechos en malaga... y fizo venir las galeras de italia y juntar las que abia en españa y las de genova, y binieron de francia y de portugal... y gente muy luzida que izan las galeras y otras fustas gasta ciento y diez y el numero del agente de 14.500 llevando por capitan general a d. Garcia de toledo fijo del marques de Billafranca y la gente no sabia a donde yban... llegaron alla dos dias antes de ntra señora y un día batieron la fuerza en el que los de dentro se defendieron y la bispera de ntra señora se fueron y huyeron por el agua los turcos y moros que dentro estaban y saliendo un renegado a dar noticia a don Garcia de como los que

estaban dentro se abian ido, entraron y tomaron la fuerza sin peligro ni resisistencia alguna que fue una cosa milagrosa porque a defenderse los que dentro estaban fuera trabajosa la tomada de ella porque segun el sitio asiento y forma de ella dizen ser inexpugnable sino es por trato y trayzion y asi fue ella perdida el año de 1522 assi que en el tomar de la fuerza no murio gente alguna...».

**Apéndice documental núm. 4. Expulsión de los moriscos en 1609. Fuente Diaz Plaja, F.: «Historia de España en sus documentos: siglo XVII. Madrid 1987, pp. 27 y 33**

Cédula 22 de septiembre de 1609: Se empezó la expulsión morisca por Valencia: «... he procurado la conversion de los moriscos... no se ha visto que ninguno se haya convertido... se me represento por muy doctos y santos hombres, exhortandome al breve remedio para aplacar a nuestro Señor, que tan ofendido esta desta gente... castigandoles en las vidas y haciendas, porque sus delitos los tenia convencidos de herejes, apostatas y proditores de lesa Majestad divina y humana; y aunque podía proceder contra ellos con el rigor que sus culpas merecian, deseando reducirles por medios suaves y blandos... he resuelto se saquen todos los moriscos y que se echen en Berbería... hombres como mujeres, con sus hijos, dentro de tres dias, y vayan a embarcarse llevando consigo de sus haciendas, los muebles que pudieren en sus personas para embarcarse en las galeras y navíos que estan aprestados para pasarlos a Berbería... se les proveera del bastimento necesario para su sustento durante la embarcacion y ellos de por si lleven el que pudieren. Y el que no lo cumpliere incurra en pena de la vida... y para que se conserven las casas, cosechas y regadios y puedan dar noticia a los nuevos pobladores en cada lugar de cien casas, queden seis con los hijos y mujer que tuvieren, como los hijos no sean casados ni lo hayan sido... han de ser los mas viejos... y de los que mas muestras hubieran dado de cristianos... que ningun cristiano les oculten en sus casas so pena de seis años de galeras, y otras que reservamos a nuestro arbitrio... que los menores de cuatro años que quisieren quedarse y sus padres y curadores (siendo huerfanos) lo tuvieren por bien, no seran expelidos. Item, los menores de seis años que fueren hijos de cristianos viejos, se han de quedar y sus madres con ellos aunque sean moriscos; pero si el padre fuere morisco y ella cristiana vieja, el sea expelido y los hijos menores de seis años quedaran con la madre... Item los que recibieren el Santísimo Sacramento con licencia de sus preladados...» Según el embajador veneciano en carta de 1610: «De sola Valencia salieron 160.000. Siguieron luego los de Castilla que salieron 150.000 y se termino con los de Aragon que fueron 180.000 y siendo enviados todos a Berberia, afirmando muchos que eran catolicos y como tales querian morir parecio al Rey que convenia a su piedad no mandarles violentamente a pais turco y ordeno que quien quisiera ir a vivir a otras partes lo hiciese y muchisimos pasaron a Francia donde bien acogidos y armados fueron puestos en los confines de Francia lo que, oido por los españoles... temiendo recibir un dia disturbios de ellos ordenaron de nuevo que todos pasasen a Berberia... habiendo salido de España cerca de quinientos mil...».

**Apéndice documental núm. 5: Tensiones con los mahometanos cercanos a los presidios. Informe del gobernador del Peñón, D. Francisco Herrera a 11 de mayo de 1766. Fuente: AGS, SG GM, leg. 4891:.**

«Desde los primeros avisos del Anmistizio que corria entre nuestro Amo y soberano y el emperador de Marruecos, y la tregua ynterin se solemnizava el tratado de

Paz, hemos mantenido con los moros fronterizos la mas fiel correspondencia... entregamos un Caravo de pescar que en tiempo de guerra se les apreso... se les a franqueado medizinas, Medico y Zirujano a los enfermos que han venido... y aportarnos como vuenos Amigos y Vezinos... los Alcaydes moros dieron consentimiento para que hiziesemos a tiro de cañon deste presidio unos pequeños huertos y que sin trezelo podiamos enviar ganado a pastar y conducir leña, Arena y demas efectos como tamvien salir a pasear... dieron en surtirnos de ganado los que no recibiamos a menos que no nos ynformasemos que no eran urtados pues siendo no los queriamos ni de Valde... con lo que se disgustavan los que los traian sabiendo que eran urtados no se recibian... el dia doce una lancha hacia Arena en la Playa iban diez hombres de armas para evitar la deserzion de los desterrados travajadores... fueron rodeados de moros asesinando a tres soldados y dos desterrados... otro presidiario que hazia de Cavo de descubridores salio con el brazo con un valazo... despues de echos cadaveres, los arriaron fuego y cortaron la Lengua quebrantando la armonia y las leyes de la humanidad... tenemos sospechas que eran los moros que surtian de ganado en la Guerra y que ahora no se les recibia pues se les oyo dezir que mas quenta les traia la guerra que la Paz...».

**Apéndice documental núm. 6. El Sitio de Melilla de 1775. Fuente BN: Mss. 10928: «Preparaciones que se han hecho en la Plaza de Melilla en este Año de 1775, por querer dar los moros el asalto a dicha Plaza»**

«1.º la artillería rasante de todos los fuertes hasta la plaza ha de estar cargada a metralla de todos calivres y algunos cañones con balas maestras... 6.º las baterías todas, y los morteros servidos con doble gente... 7.º confesores y cirujanos en sus sitios señalados para el prompto socorro de almas y cuerpos. 8.º En todos los puestos las pariguelas con gente señalada, para conducir a sus sitios con promptitud los heridos y muertos. 9.º Fuera de las murallas, como de los fuertes, estará espesamente sembrado de Abrojos, que son unos bolos con puas de hierro agudas, de modo, que siempre que se mueban, rueden, quedando una de sus puas hacia arriba, en que es preciso se claven quantos los pisen... hay tendidas por el suelo unas mantas encadenadas con tablonces gruesos, con muchas puas de hierro agudas hacia arriba... fuera de la estacada estaran encadenados, y unidos los cavallos de Frisia... despues un ramal de Bombas, granadas, enterradas en la tierra, con tal arte, que desde la plaza se les ha de pegar fuego a todas de una vez...».

**Apéndice documental núm. 7: «Noticia y razon del abance, que quisieron dar los moros a la Plaza de Melilla el día 13 de febrero de este año de 1775». Fuente: BN: Mss. 10928**

«... este dia aparecio la campaña llena de Perros, que con griterío alababan a su falso Propheta y deseosos de nuestra sangre; en la vanguardia eran como 50 judios con otros tantos negros... estos presto fueron forzados a perder la vida a causa de nuestro fuego... horrorizados empezaron a retroceder los negros y judios, con lo que perdieron el orden y lo hicieron perder a los moros, pues venian detras, pero estos procuraban hacerlos caminar con fuertes cuchilladas; mas poseydos de un terror panico antes se entregavan a sus alfanges, que a nuestros tiros... los moros hacian vibo fuego con cañones, y morteros aunque con poco daño... luego vino toda la Perra canalla contra la plaza: aqui fue la mayor mortandad, porque derrotados por vanguardia

con los cañones, y fusilería de la Plaza y por la retaguardia y costados de nuestros fuertes, morían innumerables... serían las diez de la mañana, y salieron granaderos escoltando a 200 desterrados que sin cesar estuvieron hasta la una del día conduciendo despojos...».

**Apéndice documental núm. 8: Real Decreto de 12 de abril de 1717 asignando sueldos para la dotación de los presidios menores cambiando el sistema financiero de Contratación por el de Administración directa por la Corona. Fuente: Portugues, J.A.: «Coleccion... t. 8» *op. cit.*, p. 71**

«Habiendose experimentado el perjuicio, que padecía mi Real Hacienda, y igualmente los Oficiales, Soldados, y demás Individuos de las Guarniciones de los presidios de Melilla, Peñon y Alhucemas en la percepcion de los sueldos, que les pertenecian de Raciones en especie, por mano del Asentista, quien rescataba las que dejaban de percibir a precio muy corto, de suerte que no recibiendo por este motivo el sueldo que les tocaba, vivian, no solo con escasez, sino tambien a la voluntad del Asentista en quanto al tiempo de la paga: tengo por conveniente establecer en los mismos presidios, para desde primero de Abril, un Reglamento, por el cual se destina a los Oficiales, y demas personas de distinción sueldo correspondiente, sin racion de bastimentos... y por lo que mira a los Soldados Voluntarios, los Presidarios, Marineros, y otras personas de los mismos Presidios, se les señala (demas de la racion diaria con que se les ha de acudir la porcion en dinero, que ha parecido competente, para que subsistan, sin que con independencia de este goce se haya de subministrar a unos, ni otros por mi Real Hacienda, Vestuario, ni otra cosa alguna...».

**Apéndice documental núm. 9. 1742: pago del impuesto de subsidio de galeras por las iglesias de Castilla y León. Fuente AGM, Circulares, leg. 1**

«Con papel de 26 de agosto de 1742, remitió D. Joseph del Campillo copia de los artículos 37 y 38 de la concordia hecha con las iglesias de Castilla y Leon, para la paga del subsidio por cinco años con que estan dotadas la manutención de las Galeras, lo que se comunico a los capitanes generales e intendentes de las provincias. En 7 de octubre se remite copia del artículo 30 de la concordia ajustada con las iglesias de Sevilla, Cuenca, Palencia, Canarias, Astorga, y Cartagena sobre la paga del subsidio y excusado para la dotación de las galeras».

**Apéndice documental núm. 10. Reglamento de 1745. Asiento de Presidios para la plaza de Ceuta (las condiciones para los demás presidios menores serían similares). Fuente: AGM, 2.<sup>a</sup> Sección 10.<sup>a</sup> División, leg. 280: libro-reglamento p. 209 ss.**

«Condición XXXI: Que en los referidos diez años por que os obligais vos el dicho D. Juan de Migueltorena a hacer la Provision ordinaria y extraordinaria de dicha Plaza subministrareis en ella a las dos Guarniciones ordinaria y extraordinaria no excediendo del numero de cinco mil hombres, el Pan de Municion, pagandoseos por cada racion de el, compuesta de veinte y quatro onzas, diez y seis maravedis de vellon. Condición XXXII: que tambien preveereis vos las raciones de Viveres, que necesitare la Guarnicion ordinaria, que se compone del Regimiento fixo, la Compañia de Artilleros, y Brigadas de desterrados, compuesta cada racion de un quartillo y

medio de Vino, medida comun de España, el qual ha de ser blanco o tinto, a vuestro arbitrio, sin que se os pueda obligar a darle de una sola calidad, quatro onzas de Tocino en salmuera, o en hoja, a vuestro arbitrio, dos onzas de Menestra, y veinte y quatro onzas de Leña: esto por lo correspondiente a los quatro días Domingo, Lunes, Martes, y Jueves de cada semana; y para los tres días Miercoles, Viernes, y Sábado, se ha de componer cada racion de quatro onzas de Bacalao, una onza de Aceyte, una sexta parte de un quartillo de Vinagre, dos onzas de Menestra, un quartillo y medio de Vino, y veinte y quatro onzas de Leña, cuyo repartimiento ha de ser por mayor lo que tocara a cada Compañia, de siete en siete días, como se ha practicado hasta aqui; y por cada una de dichas raciones, tanto de carne como de pescado, dandose solo dos días cada semana, se os han de satisfacer cinquenta y dos maravedis de vellon... Condición xxxiii: Que en lugar de las quatro onzas de Tocino, haveis de proveer vos, seis onzas de Baca fresca, desde primero de Junio, hasta fin de Septiembre; y en quanto a Menestras, las proveereis en esta manera: un mes de cada año con Arroz: tres meses con Garvanzos: y los ocho restantes de Habas... Condición xxxv: que si por faltar el prest, o por otro motivo, se os mandare a vos dar racion diaria a las dichas Guarniciones, incluidas las Brigadas de Desterrados, mientras que se les remite y reciben el prest: es condicion que si dicha racion la tomare diariamente el todo de ambas Guarniciones por tiempo de tres meses consecutivos, sin interpolacion de dias, y no en otra forma, se os ha de satisfacer al respecto de quarenta maravedis de vellon; pero si no llegare a los tres meses, o si las percibieren unos Cuerpos y otros no, ha de haverseos pagar como extraordinarias al mismo precio de los cinquenta y dos maravedis, que si las diesses solo dos días en cada semana».

#### **Apéndice documental núm. 11: La azarosa vida del presidiario denominado el fingido Príncipe de Módena. Fuente: AGS, SG GM, leg. 4935**

Uno de los más famosos fue el fingido «príncipe de Módena», cuya vida es más propia de un relato de aventuras, pero que nos va a aproximar a la realidad de uno de los más dilatados huéspedes en los presidios del norte de África en el siglo XVIII. Llegaba a Sevilla en 1748 procedente de la Martinica, con 22 años, haciendo gala de tal título. Como no pudo acreditar su personalidad, se le detiene y es enviado a la cárcel Real de Sevilla, de donde se fuga y refugia «a sagrado». Después de muchos memoriales enviados a la Corte y vacilaciones de ésta (por si fuera en realidad acreedor a la nobleza que alegaba), por fin se establece que es un impostor y estafador, remitiéndole al presidio de Ceuta con inmunidad eclesiástica en el convento de los franciscanos, de donde emana una representación del Obispo en 26 de junio de 1749 que decía: «... de día en día va aumentando su familia y fausto de tal modo que hoy tiene diez criados, banquetes, ricos vestidos y crecidos gastos... criados que visten de plumas y galones teniendo trastornado el convento pues se oyen musicas a altas horas de la noche...» De estos criados algunos eran presidiarios procedentes de Sevilla, y la resolución que se toma es hacerlos embarcar a otro destino. Se le descubren nuevas estafas y ya sin dinero, se ve obligado a empeñar sus ropas, fugándose de Ceuta en 21 de junio de 1750, «embarcandose disfrazado de marino en un navío dinamarques en el que paso a Gibraltar y de allí a Portugal y luego a Sevilla» (representación de 21 de noviembre de 1751). Detenido de nuevo, es enviado al Peñón de Vélez, donde en 1 de octubre de 1752 es recibido por el gobernador citado D. Julian Fernandez Bayña, en calidad de incomunicado: «... en cumplimiento de la orden de S.M. que no se le permita correspondencia por escrito, le destinè a un cuarto en el valuarte S. Antonio con centinela a la puerta para que no

introduzca tinta ni papel, estando este centinela vigilado de otros dos, de suerte que todos tres se observen los movimientos y sean los tres responsables del descuido de cada uno... que se le permita salir al Valuarte y que en ese tiempo no entre nadie... me dice que esto es de mucho rigor y que esperaba que yo hiciera presente a la Corte que se le permitiera escribir dos cartas a un comerciante de Malaga para que le remitiera ropa y dinero y no habiendoselo permitido, quedò muy displicente...» (El gobernador al marqués de la Ensenada en 7 de octubre de 1752). Permaneció en el Peñón hasta el 8 de enero de 1788 en que fue puesto en libertad y desterrado perpetuamente de los dominios españoles, a la edad de 62 años, estando 40 años en presidio, de ellos 36 en el Peñón. (*Vid.* García Figueras, T.: «Miscelanea de estudios históricos sobre Marruecos». Larache 1949, pp. 159-164. BN: afr. GF 6982). Buscando referencias en el archivo de Simancas, observo que, efectivamente, consta en el Peñón en la relación de diciembre de 1776, con su nombre verdadero, D.Carlos de Roma: «Se recibió en 1 de octubre de 1752 con el nombre de Famoso aventurero, Fingido Principe de Modena, y despues de Galles, aplicado en virtud de orden de S.M. por tiempo de diez años con la calidad de que cumplidos no salga sin que preceda otra segunda. Cumplió en 1 de octubre de 1762.» Dura cláusula de retención, pues llevaba 14 años después de cumplido, contando en esa fecha con 50 años.

#### **Apéndice documental núm. 12. Peste en Ceuta de 1743. Fuente AGS, SG GM, leg. 4797**

Esta peste alcanzó proporciones catastróficas. En ese legajo viene la evolución de la enfermedad. D. Joseph Tariego, veedor de Ceuta, informaba en 3 de octubre que parecía remitir la epidemia cuando llegaban las víctimas a 693 (sin especificar cuáles son desterrados). Se pidieron nuevos presidiarios ya que «... no habiendo llegado todavía a aquella plaza los desterrados que se mandaron embiar de Andalucía, pide se reiteren las ordenes pues las enfermedades han disminuido su número de modo que hacen falta para las extraordinarias faenas urgentes que han de asegurar la permanencia de la salud, y para los otros fines del Real Servicio...» Sin embargo, en noviembre avisaba se había recrudecido no explicándose el motivo: «... pues no son creibles en lo humano las precauciones que se toman para su atajo, no dejando todo de día y noche en practicar todo que se providencia en la Junta de Sanidad como es publico y notorio, y se continuará hasta su total exterminio con el favor de Dios...» Causas naturales intrascendentes y la permanente visión teológica de la época hacen al gobernador, marqués de Campo-fuerte, justificar este aumento: «... el ultimo día 6 los influjos del eclipse que en la noche del antecedente se experimentó. A la razón ya referida se agrega la de haver llovido tan escasamente que dio servicio de daño más que de beneficio, pues, sin darselo a la tierra, excitó de ella nuevos vapores nada saludables, manifestandole a Ve que no es hora de que la Divina Justicia se dé por satisfecha de mis culpas...» Los medios de combatir la enfermedad eran escasos, cifrados en el alejamiento físico de los afectados, blanqueo de paredes, prohibición de víveres sospechosos... al final se optó por evacuar la ciudad viviendo en tiendas de campaña: «Que no le queda ya providencia que tomar, pues esta prohibido todo comercio de tiendas, que a todos los concursos hasta de las Iglesias, diciendose la Misa a las puertas, y que las mujeres ni niños salgan a la calle, patrullando para esta importancia día y noche los oficiales de toda la guarnición... y aviendo sido preciso impedir que los que asistian a los enfermos contagiados en los ospitales separados, se comunicasen unos con otros, a su efecto se ha dispuesto destacar quatro o seis soldados de aquella guarnición, con las devidas precauones a la cercanía de los referidos ospitales, los quales cuidaran tambien de subministrar a los sirvientes

las medicinas, comida, y demas necesidades... y que para que el recinto interior del Pueblo quede mas ventilado, ha mandado comprar de cuenta de la ciudad una porcion grande de lienzo con que se construyan 80 u 90 tiendas, en que se alojen, lexos de la poblacion...» En 18 de diciembre de 1743 se extingue la epidemia con un saldo de 1010 muertos y 175 combalecientes.

**Apéndice documental núm. 13: Presidarios del Peñón de Vélez ingresados por delito cometido en otros presidios. Fuente: AGS, SG GM, leg. 4935**

Entre otros muchos: «Andres de Orbe se recibió en 8 de abril de 1770 aplicado por el Alcalde ordinario de la ciudad del Perú en ocho años del presidio de Ceuta, sobre hurtos de oro, plata y diamantes; y habiendosele seguido causa en dicha plaza de Ceuta, sobre robo de dinero, comprehenderle con otros que hicieron con llave falsa al Comisario de guerra D. Pablo Robledo, se le condenó por el gobernador en 10 años de recarga en esta plaza. Se le rebaja un año por Indulto. Cumple en 8 de agosto de 1783... Antonio Porcel... aplicado por el Regimiento de Dragones de Villaviciosa para toda su vida a la plaza de Ceuta, por ladron del quartel y habiendo robado en ella prendas de ropa se le condenó por el gobernador en ocho años de recarga... Bernardo Martin: diez años por la sala de alcaldes sobre robos sacrilegos, salteamiento de caminos y otros excesos con la prevencion de que cumplios no salga a libertad sin permiso de aquel tribunal; y por el robo con otros de diferentes porciones de arroz en los almacenes de dicho presidio se le condenó por el auditor de guerra de el en ocho años de recarga a este... Felipe Culebra, se recibio en Oran condenado a servir por ocho años en el fixo y habiendo robado un par de medias se le condenó por el Consejo de Guerra a que cumpliese lo restante de su condena en los reales trabajos de esta plaza, donde llegó en 1774... Felix Baraona, se recibe en la plaza de Ceuta en 1771, por el gobernador de Cadiz en seis años por robo de relojes y habiendo cometido en ella hurtos se le sentenció por el gobernador de dicha plaza en 200 azotes y diez años de recarga en este presidio al que llegó en 1774... Josef Carranza se recibio en Ceuta en 1769, aplicado por la junta de Antequera en cinco años por vago, y por haver declarado falsamente en una causa se le condenó por el gobernador a cuatro años de recarga en este, donde lleo en 1772, cumplió en 14 de noviembre de 1776 pero por hallarse procesado por fraude de tabaco no se le ha dado su licencia... Josef Caizedo se recibio en Oran en 1772 aplicado por el consejo real de Navarra en tres años sobre aprension de tabaco de polvo de virginia, y por haver herido a un cabo de galeras de que resultó muerte le condenó el Supremo Consejo de Guerra en ocho años en este presidio en que llegó en 1774... Manuel Gonzalez se recibió en 1775 aplicado por el regimiento de Cordova en 5 de mayo de 1768 a Ceuta sin tiempo por ladron, haviendole dado baquetas, y por haver herido en aquella plaza a otro desterrado fue condenado a cuatro años de recarga y habiendo incurrido en el mismo crimen alevosamente con un arma corta se le condenó por el gobernador de dicha en 200 azotes y seis años recarga... Pedro Rodriguez, se recibió en Ceuta en 1759 por la Audiencia de Sevilla en diez años y retencion, y por herida que dio a uno de su clase de que murió fue recargado por el gobernador en ocho a esta plaza donde llegó en 1771, extingue en 1777, siendo su primera sentencia el robo de un jumento... Pedro Esteban Mayor: se recibio en 1774 habiendo sido destinado a servir en el regimiento fixo de Oran en virtud de orden del Excmo. Sr. Conde de O'reilly de 30 de marzo de 1773 por ocho años y habiendo intentado desertar al campo del moro le sentenció el Consejo de guerra de Oficiales a servir en los reales trabajos diez años sin incluir en aquel tiempo el que havia empleado en aquel cuerpo...».



# SECCIÓN LEGISLATIVA

## Disposiciones

M.<sup>a</sup> CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Universidad de Alcalá de Henares

LEY 14/2007, DE 3 DE JULIO, DE INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA

(BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007)

### PREÁMBULO

#### I

La investigación biomédica y en ciencias de la salud es un instrumento clave para mejorar la calidad y la expectativa de vida de los ciudadanos y para aumentar su bienestar, que ha cambiado de manera sustancial, tanto metodológica como conceptualmente, en los últimos años. La aparición de nuevas herramientas analíticas ha llevado a grandes descubrimientos que permiten albergar fundadas esperanzas sobre el tratamiento e incluso la curación en un futuro no muy lejano de patologías hasta ahora inabordables.

En pocos años ha cobrado enorme relevancia la obtención, utilización, almacenaje y cesión de las muestras biológicas con fines de diagnóstico y de investigación, son cada vez más frecuentes las investigaciones que implican procedimientos invasivos en seres humanos, y la investigación con gametos, embriones o células embrionarias se ha hecho imprescindible en el ámbito de la terapia celular y la medicina regenerativa. Sin embargo, estos avances científicos y los procedimientos y herramientas utilizados para alcanzarlos, generan importantes incertidumbres éticas y jurídicas que deben ser convenientemente reguladas, con el equilibrio y la prudencia que exige un tema tan complejo que afecta de manera tan directa a la identidad del ser humano.

Además, estos nuevos avances científicos cuestionan la organización en la que hasta ahora se ha basado la investigación biomédica, que en este nuevo contexto exige enfoque multidisciplinar, aproximación del investigador básico al clínico y coordina-

ción y trabajo en red, como garantías necesarias para la obtención de una investigación de calidad.

España, que ya participa de manera decidida en la generación del conocimiento biomédico, no es ajena al interés por estas investigaciones y al debate que suscitan. En este sentido, las Administraciones públicas están apoyando decisivamente la investigación biomédica y están aportando a tal fin importantes recursos económicos y humanos y las infraestructuras necesarias para impulsarla. Tanto la Administración General del Estado, en ejercicio de la competencia de fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica que prevé el artículo 149.1.15.<sup>a</sup> de la Constitución, como las administraciones de las Comunidades Autónomas, que en sus Estatutos han recogido de manera unánime la competencia de fomento de la investigación, están configurando estructuras de investigación biomédica en red abiertas a la participación y colaboración de las entidades privadas, de los distintos organismos de investigación y las universidades y de los propios centros del Sistema Nacional de Salud, con el objetivo de aprovechar de manera eficiente los recursos disponibles y obtener, a partir de la aportación de los distintos grupos de investigación, unos resultados trasladables a la mejora de la salud de los ciudadanos. De esta forma se cumple en el ámbito de la investigación biomédica con el mandato recogido en el artículo 44.2 de la Constitución Española, que encomienda a los poderes públicos la promoción de la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general.

Esta Ley se inscribe en este contexto y si, por una parte, responde a los retos que plantea la investigación biomédica y trata de aprovechar sus resultados para la salud y el bienestar colectivos, por otra, impulsa y estimula la acción coordinada de los poderes públicos y de los organismos e instituciones públicos y privados dedicados a la investigación, a los que se dota de mejores instrumentos para cumplir su tarea. Para conseguir estos objetivos, además, la Ley fija normas en ámbitos no regulados hasta la fecha o que lo han sido de forma fragmentaria o ajena a los cambios producidos en los últimos años, tales como los análisis genéticos, la investigación con muestras biológicas humanas, en particular las de naturaleza embrionaria, o los biobancos.

## II

Ante este panorama, es necesario disponer del marco normativo adecuado que dé respuesta a los nuevos retos científicos al mismo tiempo que garantice la protección de los derechos de las personas que pudiesen resultar afectadas por la acción investigadora.

En efecto, tanto en el ámbito internacional como en el seno de la sociedad española algunos de los aspectos más sensibles relacionados con la investigación biomédica han sido objeto de debate abierto y extenso, lo que ha permitido deducir principios y criterios, de cada vez más amplia aceptación, a partir de los cuales construir normas y reglas de conducta que logren establecer el necesario equilibrio entre las necesidades de los investigadores y la confianza de la sociedad en la investigación científica. De acuerdo con este espíritu, esta Ley tiene como uno de sus ejes prioritarios asegurar el respeto y la protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas del ser humano y de otros bienes jurídicos relacionados con ellos a los que ha dado cabida nuestro ordenamiento jurídico, de forma destacada la Constitución Española y el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina, suscrito en Oviedo el día 4 de abril de 1997, y que entró en vigor en España el 1 de enero de 2000. Consecuentemente, la Ley proclama que la salud, el interés y el bien-

estar del ser humano que participe en una investigación biomédica prevalecerán por encima del interés de la sociedad o de la ciencia.

En particular, la Ley se construye sobre los principios de la integridad de las personas y la protección de la dignidad e identidad del ser humano en cualquier investigación biomédica que implique intervenciones sobre seres humanos, así como en la realización de análisis genéticos, el tratamiento de datos genéticos de carácter personal y de las muestras biológicas de origen humano que se utilicen en investigación. En este sentido, la Ley establece que la libre autonomía de la persona es el fundamento del que se derivan los derechos específicos a otorgar el consentimiento y a obtener la información previa. Asimismo, se establece el derecho a no ser discriminado, el deber de confidencialidad por parte de cualquier persona que en el ejercicio de sus funciones acceda a información de carácter personal, el principio de gratuidad de las donaciones de material biológico, y fija los estándares de calidad y seguridad, que incluyen la trazabilidad de las células y tejidos humanos y la estricta observancia del principio de precaución en las distintas actividades que regula. En la regulación de todas estas materias se ha tenido en cuenta lo previsto en la Ley 41/2002, de 14 noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, y la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, a las que se reconoce su condición supletoria en aquellas cuestiones no reguladas por esta Ley.

Desde el punto de vista de la acción investigadora, la Ley garantiza la libertad de investigación y de producción científica en los términos del artículo 20 de nuestra Constitución. Además, un marco legal tan ambicioso sobre investigaciones avanzadas en el ámbito de la biomedicina no podía dejar de tener presente el contexto humano, científico, estructural y social en el que ha de desenvolverse en la práctica diaria, por lo que la Ley regula los mecanismos de fomento y promoción, planificación, evaluación y coordinación de la investigación biomédica a partir de los principios de calidad, eficacia e igualdad de oportunidades y con el fin de favorecer que los resultados de la investigación se transformen en terapias eficaces para combatir distintas patologías. De manera destacada se facilita la implantación de la investigación en los centros de salud como una práctica cotidiana, se incentiva la colaboración entre los centros de investigación biomédica básica y los hospitales y demás centros del Sistema Nacional de Salud y se estimulan los vínculos entre el sector público y el privado mediante la investigación en red y la movilidad de los investigadores y los facultativos.

Desde un punto de vista organizativo, la Ley crea diversos órganos colegiados a los que reconoce una función especialmente cualificada a partir de la imparcialidad, independencia, capacidad técnica y competencia profesional que se exige a sus miembros. Por una parte, los Comités de Ética de la Investigación deben garantizar en cada centro en que se investigue la adecuación de los aspectos metodológicos, éticos y jurídicos de las investigaciones que impliquen intervenciones en seres humanos o la utilización de muestras biológicas de origen humano. A la Comisión de Garantías para la Donación y Utilización de Células y Tejidos Humanos le corresponde, por su parte, evaluar e informar preceptivamente y con carácter favorable los proyectos de investigación que requieran la obtención o utilización de tejidos, células troncales embrionarias u otras semejantes de origen humano obtenidas por diversas técnicas de reprogramación celular que ya existan o puedan descubrirse en el futuro, así como desarrollar otras funciones sobre aspectos científicos, éticos y jurídicos. Por último, el Comité de Bioética de España se crea como el órgano competente para la consulta de todos aquellos aspectos con implicaciones éticas y sociales del ámbito de la Medicina y la Biología y está llamado a fijar las directrices y principios generales para la elabo-

ración de códigos de buenas prácticas de investigación científica que desarrollen los Comités de Ética de la Investigación.

### III

La Ley prohíbe explícitamente la constitución de preembriones y embriones humanos exclusivamente con fines de experimentación, de acuerdo con la concepción gradualista sobre la protección de la vida humana sentada por nuestro Tribunal Constitucional, en sentencias como la 53/1985, la 212/1996 y la 116/1999, pero permite la utilización de cualquier técnica de obtención de células troncales embrionarias humanas con fines terapéuticos o de investigación que no comporte la creación de un preembrión o de un embrión exclusivamente con este fin y en los términos definidos en la Ley.

Respecto a la utilización de embriones supernumerarios de las técnicas de reproducción humana asistida, el punto de partida lo constituye el régimen legal que dispone la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, que prohíbe expresamente la llamada clonación humana reproductiva.

### IV

El conjunto tan amplio y complejo de materias regulado por la Ley se recoge en noventa artículos, quince capítulos, ocho títulos, tres disposiciones adicionales, dos transitorias, una derogatoria y cinco finales.

Las disposiciones generales del título I marcan el eje rector y vertebrador de la Ley. Se define el objeto y ámbito de aplicación de la Ley y se establece un catálogo de principios y garantías para la protección de los derechos de las personas y de los bienes jurídicos implicados en la investigación biomédica.

En relación con el objeto y ámbito de la Norma, se matiza que la investigación biomédica a la que se refiere la norma abarca la investigación básica y la clínica con exclusión de los ensayos clínicos con medicamentos y el implante de órganos, tejidos y células, que se regirán por normativa específica.

Respecto al sistema de garantías, se recoge una relación precisa que pone los límites del principio de libertad de la investigación en la defensa de la dignidad e identidad del ser humano y en la protección de su salud, y se regulan de manera específica el consentimiento informado y el derecho a la información, la protección de datos personales y el deber de confidencialidad, la no discriminación por motivos genéticos o por renuncia a la práctica de un análisis genético o a la participación en una investigación, la gratuidad en la donación y utilización de muestras biológicas, la garantía de la trazabilidad y la seguridad en el uso de las células, tejidos y cualquier material biológico de origen humano y, por último se establecen los límites que deben respetarse en los análisis genéticos.

Se regulan en este título, además, los criterios de calidad, eficacia e igualdad a los que debe responder la investigación biomédica, y se crean los Comités de Investigación Biomédica como instrumentos fundamentales de evaluación y seguimiento de los proyectos de investigación. Por último, el artículo 3 recoge un amplio catálogo de definiciones que, apoyadas en conocimientos científicos, técnicos y jurídicos, pretenden delimitar algunos conceptos relevantes de la Ley.

La primera materia específica de la Ley, recogida en el título II, está dedicada a las investigaciones biomédicas que implican procedimientos invasivos en seres humanos, excluyendo los meramente observacionales. Esta regulación completa el marco

normativo de nuestro ordenamiento jurídico sobre investigaciones en las que los seres humanos son sujetos participantes directos, que ya cuenta con la regulación específica de los ensayos clínicos con medicamentos y productos sanitarios.

En sus cinco capítulos se regulan, en primer lugar, los principios generales en que estas investigaciones deben desenvolverse, con referencias expresas al consentimiento y a la información precisa que debe proporcionarse a los sujetos participantes de la investigación; se establecen, a continuación, los sistemas de evaluación, autorización y aseguramiento de los daños potenciales, que buscan reducir al máximo los perjuicios que pudieran derivarse de investigaciones que supongan procedimientos invasivos en seres humanos; en tercer lugar, se regulan las especificidades de la investigación durante el embarazo y la lactancia, en el supuesto de menores e incapaces y en el caso de la investigación en personas incapaces de prestar su consentimiento debido a su situación clínica.

El cuarto capítulo de este título regula los sistemas de seguridad y supervisión en el proceso de investigación, con referencias concretas a la evaluación del estado de la salud de los participantes en la investigación, la no interferencia en las intervenciones clínicas de éstos y el sistema de comprobaciones que, bajo la supervisión del Comité de Ética de la Investigación, deben efectuarse durante el curso de la investigación. El último capítulo del título, finalmente, fija la obligación de informar a los participantes en la investigación de los datos relevantes para su salud que puedan obtenerse durante su desarrollo, así como la obligación de dar publicidad de sus resultados.

En el título III, con dos capítulos, se recoge la regulación de la donación y el uso de embriones y fetos humanos, de sus células, tejidos u órganos, con dos objetivos principales. El primero de ellos, revisar y actualizar el régimen legal que rigió con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, en concreto con la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos u Órganos; y, el segundo, incorporar tal materia al enfoque global de la nueva Ley, con el fin de eliminar dispersiones normativas innecesarias relacionadas con la investigación biomédica. Consecuencia de todo ello es la derogación de la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, que constituyó en su momento una novedad legislativa de relieve en nuestro ordenamiento jurídico y fue referencia reconocida en el derecho comparado.

El título está estructurado en dos capítulos. El primero regula las condiciones para la donación de embriones y fetos humanos, entre ellas las prohibiciones de que la interrupción del embarazo puede tener como finalidad la donación y de que los profesionales integrantes del equipo médico que realice la interrupción del embarazo intervengan en la utilización de los embriones o de los fetos abortados, y establece para la validez de la donación que concurra el consentimiento informado del donante y la expulsión en la mujer gestante de los embriones o fetos sin posibilidad de mantener su autonomía vital. El segundo capítulo impone que la investigación con embriones y fetos vivos en el útero sólo podrá realizarse con propósito diagnóstico o terapéutico en su propio interés, y establece los requisitos para la autorización de los proyectos de investigación con embriones, fetos y sus estructuras biológicas.

En el título IV, la regulación de la donación, el uso y la investigación con células y tejidos de origen embrionario humano y de otras células semejantes se efectúa con pleno respeto a lo previsto en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, que ya regula la donación de ovocitos y de preembriones «in vitro» sobrantes, la aplicación de las técnicas de reproducción asistida así como los requisitos de la utilización de dichos preembriones o de sus estructuras biológicas con fines de investigación o experimentación, y sin perjuicio del preceptivo informe favorable que corresponde emitir a la Comisión de Garantías para la Donación y Uti-

lización de Células y Tejidos Humanos y las condiciones, garantías y requisitos que a estos efectos se imponen en los dos primeros capítulos del Título IV.

En el capítulo primero de este título se prohíbe expresamente la constitución de preembriones y embriones humanos con fines de experimentación y se autoriza la utilización de cualquier técnica de obtención de células troncales humanas con fines terapéuticos o de investigación, incluida la activación de ovocitos mediante transferencia nuclear, que no comporte la creación de un preembrión o de un embrión en los términos definidos en la Ley. En el capítulo segundo se regulan las condiciones en que debe desenvolverse la investigación con muestras biológicas de naturaleza embrionaria, y en el tercero se determina la composición y funciones de la mencionada Comisión de Garantías, a la que también corresponde informar sobre las investigaciones que se enumeran en la Ley relativas a tejidos y células troncales u otras funcionalmente semejantes o a procedimientos y técnicas de obtención de los mismos, incluidas las líneas celulares troncales embrionarias provenientes de terceros países. Por último, dentro del capítulo cuarto, que establece el sistema de promoción y coordinación en este ámbito de investigación con células y tejidos de origen embrionario humano, destaca la regulación del Banco Nacional de Líneas Celulares, al que se reconoce una estructura en forma de red, con un nodo central, y la adscripción al Instituto de Salud Carlos III.

El título V regula otras materias emergentes relacionadas con la actual tendencia expansiva de la investigación biomédica como son la realización de análisis genéticos, el acceso y uso de sus resultados, así como la obtención y utilización de muestras biológicas de origen humano. A pesar de las enormes dificultades para deslindar los límites que enmarcan la investigación y el diagnóstico en el ámbito de los análisis genéticos, por razones de coherencia sustantiva y sistemática y en atención a los importantes derechos de las personas que pueden hallarse implicadas en este tipo de análisis, esta Ley no podía renunciar a establecer el marco jurídico en el que ha de situarse la realización de análisis genéticos con cualquier finalidad, incluida la diagnóstica.

A este respecto, la Ley, a la vez que prescribe un conjunto de garantías en relación con los análisis genéticos y las muestras biológicas dentro del ámbito de la protección de los datos de carácter personal, configura un conjunto de normas con el fin de dar confianza y seguridad a los investigadores y a las instituciones públicas y privadas en sus actuaciones en el sector, despejando las incertidumbres legales actuales. Además de otros principios normativos ya mencionados, se marcan como principios rectores los de accesibilidad, equidad y calidad en el tratamiento de los datos, se exige el consentimiento previo y se prevé la situación de las muestras biológicas anonimizadas. Por último se prevén reglas específicas en relación con personas fallecidas y con preembriones, embriones y fetos, respecto a los que también se garantiza la protección de los datos y se impone el deber de confidencialidad. Es también digna de destacar la regulación por la Ley de la necesidad de acreditación de los centros y personas capaces de realizar análisis genéticos.

El régimen de obtención, conservación, uso y cesión de muestras biológicas es, asimismo, objeto de una regulación detallada en el capítulo tercero de este título. Como es lógico, el marco jurídico gira de nuevo en torno al consentimiento del sujeto fuente de la muestra y a la información previa que a este respecto debe serle suministrada. En cuanto a la disyuntiva sobre la posibilidad de otorgar un consentimiento completamente genérico o bien específico sobre el uso o posteriores usos de la muestra, la Ley ha optado por un régimen intermedio y flexible, en el sentido de que el consentimiento inicial puede cubrir, si así se ha previsto en la información proporcionada previamente al sujeto fuente, investigaciones posteriores relacionadas con la ini-

cial, incluidas las investigaciones que puedan ser realizadas por terceros y las cesiones a éstos de datos o muestras identificados o identificables. De todos modos, se ha previsto un régimen transitorio respecto a las muestras biológicas obtenidas con cualquier finalidad con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, con el propósito de no entorpecer su uso para la investigación, velando al mismo tiempo por los intereses de los sujetos fuente de aquéllas.

En estrecha relación con la utilización de muestras de origen humano, la Ley define y aclara el estatuto jurídico de los biobancos y los diferencias de otras colecciones de muestras biológicas que pudieran existir con fines de investigación biomédica, sin perjuicio de que en ambos casos deba procederse a su inscripción en el Registro Nacional de Biobancos. Se establece el sistema de registro único, cualquiera que sea la finalidad del banco, incluidos los propósitos de uso clínico en pacientes, de forma exclusiva o compartida con los de investigación, y sin perjuicio de las medidas específicas que deban desarrollarse reglamentariamente para el funcionamiento de cada banco según su respectiva naturaleza y fines. Se fija además que la autorización de la creación de biobancos corresponderá a los órganos competentes de la Comunidad Autónoma correspondiente, a salvo de las iniciativas que pueda tomar el Instituto de Salud Carlos III sobre la creación de Bancos Nacionales de muestras biológicas con fines de investigación en atención al interés general, en cuyo caso la autorización corresponderá al Ministerio de Sanidad y Consumo.

El título VI establece el régimen de infracciones y sanciones administrativas que se fundamenta en los principios de legalidad, mínima intervención, proporcionalidad y subsidiariedad respecto de la infracción penal. Las infracciones concretas incluidas en la Ley se complementan con las previsiones que a este respecto contempla la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, sin perjuicio de las que resulten asimismo aplicables de la Ley General de Sanidad y de otras previstas en la normativa de las Comunidades Autónomas y en la normativa sobre protección de los datos de carácter personal.

La Ley pretende dar respuesta, asimismo, a la necesidad de contar con un órgano estatal como el Comité de Bioética de carácter fundamentalmente consultivo sobre materias relacionadas con las implicaciones éticas, jurídicas y sociales de la Medicina y la Biología, que además represente a España en los foros y organismos supranacionales e internacionales implicados en la Bioética y colabore con otros comités estatales y autonómicos con funciones asesoras sobre dichas materias. En el título VII de la Ley se recogen las previsiones sobre su composición y funcionamiento, que trata de garantizar su independencia mediante la designación de sus miembros entre personas acreditadamente cualificadas del mundo científico, jurídico y bioético.

Por último, el título VIII de la Ley, particularmente relevante, está dedicado a la promoción y coordinación de la investigación biomédica en el Sistema Nacional de Salud en relación con la elaboración de la iniciativa sectorial dentro del Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica. Junto a ello y en atención a reiteradas demandas de ciertos colectivos investigadores, se pretende una mejor regulación de la promoción y la coordinación de la investigación biomédica en España. Para conseguir ambos objetivos se crea un entramado normativo instrumental para la promoción de la investigación científica de excelencia, dirigida a resolver las necesidades de salud de la población, y en particular la práctica clínica basada en el conocimiento científico dentro de las estructuras del Sistema Nacional de Salud, reconociendo a los centros que lo integran la capacidad para contratar personal dedicado a actividades de investigación y abriendo la posibilidad de que la actividad investigadora sea parte integrante de la carrera profesional del personal estatutario. Además, se establecen medidas de movilidad del personal investigador dentro de la Administra-

ción General del Estado y hacia entidades privadas de investigación mediante una excedencia temporal.

Adicionalmente, se refuerza la cooperación entre los sectores público y privado mediante, entre otras medidas, la colaboración y participación de las entidades privadas en la ejecución de las acciones de investigación del Sistema Nacional de Salud y se establece la posibilidad de que el personal de estas entidades privadas participe en la ejecución de programas o proyectos de investigación del Sistema Nacional de Salud.

Entre las disposiciones que cierran el articulado de la Ley merece especial mención la adicional segunda, que revisa y actualiza la regulación del Instituto de Salud Carlos III como instrumento fundamental de la Administración General del Estado para el fomento de la investigación biomédica.

Las diversas previsiones y regulaciones que esta Ley establece ofrecen un conjunto normativo innovador, completo y en gran medida adaptable a las circunstancias y situaciones hacia las que discurrirá previsiblemente la investigación biomédica en los próximos años. Se trata de un instrumento normativo que al tiempo que cumple con su pretensión de garantizar los derechos y bienes jurídicos implicados en la investigación biomédica, constituye un soporte decisivo para el desarrollo de las políticas públicas y de las iniciativas privadas que deben impulsar una investigación biomédica avanzada y competitiva en nuestro entorno científico y en un marco jurídico claro que permita la eficiencia y la calidad en la investigación.

## TÍTULO I

### Disposiciones generales

#### Artículo 1. *Objeto y ámbito de aplicación*

1. Esta Ley tiene por objeto regular, con pleno respeto a la dignidad e identidad humanas y a los derechos inherentes a la persona, la investigación biomédica y, en particular:

- a) Las investigaciones relacionadas con la salud humana que impliquen procedimientos invasivos.
- b) La donación y utilización de ovocitos, espermatozoides, preembriones, embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos con fines de investigación biomédica y sus posibles aplicaciones clínicas.
- c) El tratamiento de muestras biológicas.
- d) El almacenamiento y movimiento de muestras biológicas.
- e) Los biobancos.
- f) El Comité de Bioética de España y los demás órganos con competencias en materia de investigación biomédica.
- g) Los mecanismos de fomento y promoción, planificación, evaluación y coordinación de la investigación biomédica.

2. Asimismo y exclusivamente dentro del ámbito sanitario, esta Ley regula la realización de análisis genéticos y el tratamiento de datos genéticos de carácter personal.

3. La investigación biomédica a la que se refiere esta Ley incluye la investigación de carácter básico y la clínica, con la excepción en este último caso de los ensayos clínicos con medicamentos y productos sanitarios, que se regirán por su normativa específica.

4. Quedan excluidas del ámbito de esta Ley las implantaciones de órganos, tejidos y células de cualquier origen que se regirán por lo establecido en la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, y demás normativa aplicable.

#### Artículo 2. *Principios y garantías de la investigación biomédica*

La realización de cualquier actividad de investigación biomédica comprendida en esta Ley estará sometida a la observancia de las siguientes garantías:

- a) Se asegurará la protección de la dignidad e identidad del ser humano con respecto a cualquier investigación que implique intervenciones sobre seres humanos en el campo de la biomedicina, garantizándose a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a la integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales.
- b) La salud, el interés y el bienestar del ser humano que participe en una investigación biomédica prevalecerán por encima del interés de la sociedad o de la ciencia.
- c) Las investigaciones a partir de muestras biológicas humanas se realizarán en el marco del respeto a los derechos y libertades fundamentales, con garantías de confidencialidad en el tratamiento de los datos de carácter personal y de las muestras biológicas, en especial en la realización de análisis genéticos.
- d) Se garantizará la libertad de investigación y de producción científica en el ámbito de las ciencias biomédicas.
- e) La autorización y desarrollo de cualquier proyecto de investigación sobre seres humanos o su material biológico requerirá el previo y preceptivo informe favorable del Comité de Ética de la Investigación.
- f) La investigación se desarrollará de acuerdo con el principio de precaución para prevenir y evitar riesgos para la vida y la salud.
- g) La investigación deberá ser objeto de evaluación.

#### Artículo 3. *Definiciones*

A los efectos de esta Ley se entenderá por:

- a) «Análisis genético»: procedimiento destinado a detectar la presencia, ausencia o variantes de uno o varios segmentos de material genético, lo cual incluye las pruebas indirectas para detectar un producto génico o un metabolito específico que sea indicativo ante todo de un cambio genético determinado.
- b) «Análisis genético-poblacionales»: investigación que tiene por objeto entender la naturaleza y magnitud de las variaciones genéticas dentro de una población o entre individuos de un mismo grupo o de grupos distintos.
- c) «Anonimización»: proceso por el cual deja de ser posible establecer por medios razonables el nexo entre un dato y el sujeto al que se refiere. Es aplicable también a la muestra biológica.
- d) «Biobanco»: establecimiento público o privado, sin ánimo de lucro, que acoge una colección de muestras biológicas concebida con fines diagnósticos o de investigación biomédica y organizada como una unidad técnica con criterios de calidad, orden y destino.
- e) «Consejo genético»: procedimiento destinado a informar a una persona sobre las posibles consecuencias para él o su descendencia de los resultados de un análisis o cribado genéticos y sus ventajas y riesgos y, en su caso, para asesorarla en relación con las posibles alternativas derivadas del análisis. Tiene lugar tanto antes como después de una prueba o cribados genéticos e incluso en ausencia de los mismos.

f) «Consentimiento»: manifestación de la voluntad libre y consciente válidamente emitida por una persona capaz, o por su representante autorizado, precedida de la información adecuada.

g) «Cribado genético»: programa de salud pública, dirigido a la identificación en individuos de determinantes genéticos, para los cuales una intervención médica precoz pudiera conducir a la eliminación o reducción de la mortalidad, morbilidad o discapacidades asociadas a tales determinantes.

h) «Dato anónimo»: dato registrado sin un nexo con una persona identificada o identificable.

i) «Dato anonimizado o irreversiblemente disociado»: dato que no puede asociarse a una persona identificada o identificable por haberse destruido el nexo con toda información que identifique al sujeto, o porque dicha asociación exige un esfuerzo no razonable, entendiéndose por tal el empleo de una cantidad de tiempo, gastos y trabajo desproporcionados.

j) «Dato genético de carácter personal»: información sobre las características hereditarias de una persona, identificada o identificable obtenida por análisis de ácidos nucleicos u otros análisis científicos.

k) «Dato codificado o reversiblemente disociado»: dato no asociado a una persona identificada o identificable por haberse sustituido o desligado la información que identifica a esa persona utilizando un código que permita la operación inversa.

l) «Embrión»: fase del desarrollo embrionario que abarca desde el momento en el que el ovocito fecundado se encuentra en el útero de una mujer hasta que se produce el inicio de la organogénesis, y que finaliza a los 56 días a partir del momento de la fecundación, exceptuando del cómputo aquellos días en los que el desarrollo se hubiera podido detener.

m) «Estudio observacional»: estudio realizado sobre individuos respecto de los cuales no se modifica el tratamiento o intervención a que pudieran estar sometidos ni se les prescribe cualquier otra pauta que pudiera afectar a su integridad personal.

n) «Feto»: embrión con apariencia humana y con sus órganos formados, que va madurando desde los 57 días a partir del momento de la fecundación, exceptuando del cómputo aquellos días en los que el desarrollo se hubiera podido detener, hasta el momento del parto.

o) «Muestra biológica»: cualquier material biológico de origen humano susceptible de conservación y que pueda albergar información sobre la dotación genética característica de una persona.

p) «Muestra biológica anonimizada o irreversiblemente disociada»: muestra que no puede asociarse a una persona identificada o identificable por haberse destruido el nexo con toda información que identifique al sujeto, o porque dicha asociación exige un esfuerzo no razonable.

q) «Muestra biológica no identificable o anónima»: muestra recogida sin un nexo con una persona identificada o identificable de la que, consiguientemente, no se conoce la procedencia y es imposible trazar el origen.

r) «Muestra biológica codificada o reversiblemente disociada»: muestra no asociada a una persona identificada o identificable por haberse sustituido o desligado la información que identifica a esa persona utilizando un código que permita la operación inversa.

s) «Preembrión»: el embrión constituido «in vitro» formado por el grupo de células resultante de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde.

t) «Procedimiento invasivo»: toda intervención realizada con fines de investigación que implique un riesgo físico o psíquico para el sujeto afectado.

u) «Riesgo y carga mínimos»: los impactos en la salud y las molestias que puedan sufrir los sujetos participantes en una investigación, y cuyos efectos sólo podrán ser de carácter leve y temporal.

v) «Sujeto fuente»: individuo vivo, cualquiera que sea su estado de salud, o fallecido del que proviene la muestra biológica.

w) «Tratamiento de datos genéticos de carácter personal o de muestras biológicas»: operaciones y procedimientos que permitan la obtención, conservación, utilización y cesión de datos genéticos de carácter personal o muestras biológicas.

x) «Trazabilidad»: capacidad de asociar un material biológico determinado con información registrada referida a cada paso en la cadena de su obtención, así como a lo largo de todo el proceso de investigación.

#### Artículo 4. *Consentimiento informado y derecho a la información*

1. Se respetará la libre autonomía de las personas que puedan participar en una investigación biomédica o que puedan aportar a ella sus muestras biológicas, para lo que será preciso que hayan prestado previamente su consentimiento expreso y escrito una vez recibida la información adecuada.

La información se proporcionará por escrito y comprenderá la naturaleza, importancia, implicaciones y riesgos de la investigación, en los términos que establece esta Ley.

La información se prestará a las personas con discapacidad en condiciones y formatos accesibles apropiados a sus necesidades.

Si el sujeto de la investigación no pudiera escribir, el consentimiento podrá ser prestado por cualquier medio admitido en derecho que permita dejar constancia de su voluntad.

2. Se otorgará el consentimiento por representación cuando la persona esté incapacitada legalmente o sea menor de edad, siempre y cuando no existan otras alternativas para la investigación.

La prestación del consentimiento por representación será proporcionada a la investigación a desarrollar y se efectuará con respeto a la dignidad de la persona y en beneficio de su salud.

Las personas incapacitadas y los menores participarán en la medida de lo posible y según su edad y capacidades en la toma de decisiones a lo largo del proceso de investigación.

3. Las personas que participen en una investigación biomédica podrán revocar su consentimiento en cualquier momento, sin perjuicio de las limitaciones que establece esta Ley. Las personas o entidades que hayan recibido dicho consentimiento dispondrán las medidas que sean necesarias para el efectivo ejercicio de este derecho.

4. La falta de consentimiento o la revocación del consentimiento previamente otorgado no supondrá perjuicio alguno en la asistencia sanitaria del sujeto.

5. Toda persona tiene derecho a ser informada de sus datos genéticos y otros de carácter personal que se obtengan en el curso de una investigación biomédica, según los términos en que manifestó su voluntad. El mismo derecho se reconoce a la persona que haya aportado, con la finalidad indicada, muestras biológicas, o cuando se hayan obtenido otros materiales biológicos a partir de aquéllos.

Se respetará el derecho de la persona a decidir que no se le comuniquen los datos a los que se refiere el apartado anterior, incluidos los descubrimientos inesperados que se pudieran producir. No obstante, cuando esta información, según criterio del médico responsable, sea necesaria para evitar un grave perjuicio para su salud o la de

sus familiares biológicos, se informará a un familiar próximo o a un representante, previa consulta del comité asistencial si lo hubiera. En todo caso, la comunicación se limitará exclusivamente a los datos necesarios para estas finalidades.

#### Artículo 5. *Protección de datos personales y garantías de confidencialidad*

1. Se garantizará la protección de la intimidad personal y el tratamiento confidencial de los datos personales que resulten de la actividad de investigación biomédica, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Las mismas garantías serán de aplicación a las muestras biológicas que sean fuente de información de carácter personal.

2. La cesión de datos de carácter personal a terceros ajenos a la actuación médico-asistencial o a una investigación biomédica, requerirá el consentimiento expreso y escrito del interesado.

En el supuesto de que los datos obtenidos del sujeto fuente pudieran revelar información de carácter personal de sus familiares, la cesión a terceros requerirá el consentimiento expreso y escrito de todos los interesados.

3. Se prohíbe la utilización de datos relativos a la salud de las personas con fines distintos a aquellos para los que se prestó el consentimiento.

4. Quedará sometida al deber de secreto cualquier persona que, en el ejercicio de sus funciones en relación con una actuación médico-asistencial o con una investigación biomédica, cualquiera que sea el alcance que tengan una y otra, acceda a datos de carácter personal. Este deber persistirá aún una vez haya cesado la investigación o la actuación.

5. Si no fuera posible publicar los resultados de una investigación sin identificar a la persona que participó en la misma o que aportó muestras biológicas, tales resultados sólo podrán ser publicados cuando haya mediado el consentimiento previo y expreso de aquélla.

#### Artículo 6. *No discriminación*

Nadie será objeto de discriminación alguna a causa de sus características genéticas. Tampoco podrá discriminarse a una persona a causa de su negativa a someterse a un análisis genético o a prestar su consentimiento para participar en una investigación biomédica o a donar materiales biológicos, en particular en relación con la prestación médico-asistencial que le corresponda.

#### Artículo 7. *Gratuidad*

La donación y la utilización de muestras biológicas humanas será gratuita, cualquiera que sea su origen específico, sin que en ningún caso las compensaciones que se prevén en esta Ley puedan comportar un carácter lucrativo o comercial.

La donación implica, asimismo, la renuncia por parte de los donantes a cualquier derecho de naturaleza económica o de otro tipo sobre los resultados que pudieran derivarse de manera directa o indirecta de las investigaciones que se lleven a cabo con dichas muestras biológicas.

#### Artículo 8. *Trazabilidad y seguridad*

Deberá garantizarse la trazabilidad de las células, tejidos y cualquier material biológico de origen humano, para asegurar las normas de calidad y seguridad, respe-

tando el deber de confidencialidad y lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

En el caso de la investigación con células y tejidos destinados a su aplicación en el ser humano, los datos para garantizar la trazabilidad deben conservarse durante al menos treinta años.

Las actividades relacionadas con la investigación biomédica se realizarán con estricta observancia del principio de precaución, con el fin de prevenir riesgos graves para la vida y la salud humanas.

#### Artículo 9. *Límites de los análisis genéticos*

1. Se asegurará la protección de los derechos de las personas en la realización de análisis genéticos y del tratamiento de datos genéticos de carácter personal en el ámbito sanitario.

2. Los análisis genéticos se llevarán a cabo con criterios de pertinencia, calidad, equidad y accesibilidad.

3. Sólo podrán hacerse pruebas predictivas de enfermedades genéticas o que permitan identificar al sujeto como portador de un gen responsable de una enfermedad, o detectar una predisposición o una susceptibilidad genética a una enfermedad, con fines médicos o de investigación médica y con un asesoramiento genético, cuando esté indicado, o en el caso del estudio de las diferencias inter-individuales en la respuesta a los fármacos y las interacciones genético-ambientales o para el estudio de las bases moleculares de las enfermedades.

#### Artículo 10. *Promoción y calidad de la investigación biomédica*

1. La promoción de la investigación biomédica se atendrá a criterios de calidad, eficacia e igualdad de oportunidades.

2. Cualquier investigación de carácter biomédico deberá estar científicamente justificada, cumplir los criterios de calidad científica generalmente aceptados y realizarse de acuerdo con las obligaciones y estándares profesionales adecuados, bajo la supervisión de un investigador científicamente cualificado. Será, además, evaluada a su finalización.

#### Artículo 11. *Entrada y salida de muestras biológicas*

La entrada y salida intracomunitaria y extracomunitaria de muestras biológicas de origen humano con los fines de investigación biomédica a los que se refiere esta Ley se registrarán por las disposiciones que se establezcan reglamentariamente.

Cuando se trate de muestras biológicas procedentes de biobancos se observarán, además, las condiciones de cesión y seguridad que se establecen en el título V de esta Ley.

#### Artículo 12. *Comités de Ética de la Investigación*

1. Los Comités de Ética de la Investigación correspondientes a los centros que realicen investigación biomédica deberán ser debidamente acreditados por el órgano competente de la Comunidad Autónoma que corresponda o, en el caso de centros dependientes de la Administración General del Estado, por el órgano competente de la misma, para asegurar su independencia e imparcialidad.

Para la acreditación de un Comité de Ética de la Investigación se ponderarán, al menos, los siguientes criterios: la independencia e imparcialidad de sus miembros

respecto de los promotores e investigadores de los proyectos de investigación biomédica, así como su composición interdisciplinar.

Las autoridades competentes podrán disponer la creación de Comités de Ética de la Investigación que desarrollen sus funciones en dos o más centros que realicen investigación biomédica.

2. El Comité de Ética de la Investigación correspondiente al centro ejercerá las siguientes funciones:

a) Evaluar la cualificación del investigador principal y la del equipo investigador así como la factibilidad del proyecto.

b) Ponderar los aspectos metodológicos, éticos y legales del proyecto de investigación.

c) Ponderar el balance de riesgos y beneficios anticipados dimanantes del estudio.

d) Velar por el cumplimiento de procedimientos que permitan asegurar la trazabilidad de las muestras de origen humano, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación de protección de datos de carácter personal.

e) Informar, previa evaluación del proyecto de investigación, toda investigación biomédica que implique intervenciones en seres humanos o utilización de muestras biológicas de origen humano, sin perjuicio de otros informes que deban ser emitidos. No podrá autorizarse o desarrollarse el proyecto de investigación sin el previo y preceptivo informe favorable del Comité de Ética de la Investigación.

f) Desarrollar códigos de buenas prácticas de acuerdo con los principios establecidos por el Comité de Bioética de España y gestionar los conflictos y expedientes que su incumplimiento genere.

g) Coordinar su actividad con la de comités similares de otras instituciones.

h) Velar por la confidencialidad y ejercer cuantas otras funciones les pudiera asignar la normativa de desarrollo de esta Ley.

3. Para el ejercicio de sus funciones, los Comités de Ética de la Investigación podrán requerir la información que precisen y, en particular, la que verse sobre las fuentes y cuantía de la financiación de los estudios y la distribución de los gastos.

4. Los miembros de los Comités de Ética de la Investigación deberán efectuar declaración de actividades e intereses y se abstendrán de tomar parte en las deliberaciones y en las votaciones en que tengan un interés directo o indirecto en el asunto examinado.

## TÍTULO II

### Investigaciones que implican procedimientos invasivos en seres humanos

#### CAPÍTULO I

##### PRINCIPIOS GENERALES Y REQUISITOS DE INFORMACIÓN Y CONSENTIMIENTO

###### Artículo 13. *Consentimiento*

La realización de una investigación sobre una persona requerirá el consentimiento expreso, específico y escrito de aquella, o de su representante legal, de acuerdo con los principios generales enunciados en el artículo 4 de esta Ley.

#### Artículo 14. *Principios generales*

1. La investigación en seres humanos sólo podrá llevarse a cabo en ausencia de una alternativa de eficacia comparable.

2. La investigación no deberá implicar para el ser humano riesgos y molestias desproporcionados en relación con los beneficios potenciales que se puedan obtener.

3. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, cuando la investigación no tenga la posibilidad de producir resultados de beneficio directo para la salud del sujeto participante en la misma sólo podrá ser iniciada en el caso de que represente un riesgo y una carga mínimos para dicho sujeto, a juicio del Comité de Ética de la Investigación que deba evaluar la investigación.

#### Artículo 15. *Información a los sujetos participantes en la investigación*

1. Las personas a las que se solicite su participación en un proyecto de investigación recibirán previamente la necesaria información, debidamente documentada y en forma comprensible y cuando se trate de personas con discapacidad de forma adecuada a sus circunstancias.

2. La información incluirá el propósito, el plan detallado, las molestias y los posibles riesgos y beneficios de la investigación. Dicha información especificará los siguientes extremos:

a) Naturaleza, extensión y duración de los procedimientos que se vayan a utilizar, en particular los que afecten a la participación del sujeto.

b) Procedimientos preventivos, diagnósticos y terapéuticos disponibles.

c) Medidas para responder a acontecimientos adversos en lo que concierne a los sujetos que participan en la investigación.

d) Medidas para asegurar el respeto a la vida privada y a la confidencialidad de los datos personales de acuerdo con las exigencias previstas en la legislación sobre protección de datos de carácter personal.

e) Medidas para acceder, en los términos previstos en el artículo 4.5, a la información relevante para el sujeto, que surjan de la investigación o de los resultados totales.

f) Medidas para asegurar una compensación adecuada en caso de que el sujeto sufra algún daño.

g) Identidad del profesional responsable de la investigación.

h) Cualquier futuro uso potencial, incluyendo los comerciales, de los resultados de la investigación.

i) Fuente de financiación del proyecto de investigación.

En el caso de que no se conozcan estos extremos existirá el compromiso explícito de completar la información cuando los datos estén disponibles.

3. En el caso de que se hubiera previsto el uso futuro o simultáneo de datos genéticos o de muestras biológicas se aplicará lo dispuesto en los capítulos II y III del título V de esta Ley.

4. Además, las personas a las que se solicite su participación en una investigación serán informadas de los derechos y salvaguardas prescritas en la Ley para su protección y, específicamente, de su derecho a rehusar el consentimiento o a retirarlo en cualquier momento sin que pueda verse afectado por tal motivo su derecho a la asistencia sanitaria.

## CAPÍTULO II

## EVALUACIÓN, AUTORIZACIÓN Y ASEGURAMIENTO DEL DAÑO

Artículo 16. *Evaluación y autorización*

Toda investigación biomédica que comporte algún procedimiento invasivo en el ser humano deberá ser previamente evaluada por el Comité de Ética de la Investigación correspondiente del proyecto de investigación presentado y autorizada por el órgano autonómico competente. La evaluación deberá ser previa a la autorización, favorable y debidamente motivada y tendrá en cuenta la idoneidad científica del proyecto, su pertinencia, factibilidad y la adecuación del investigador principal y del equipo investigador.

En caso de que los resultados parciales obtenidos aconsejen una modificación del proyecto, dicha modificación requerirá un informe favorable del Comité de Ética de la Investigación y será comunicada a la autoridad autonómica competente a los efectos oportunos.

En el caso de proyectos de investigación que se realicen en varios centros se garantizará la unidad de criterio y la existencia de un informe único.

Artículo 17. *Garantías de control y seguimiento*

1. La realización de la investigación deberá ajustarse en todo caso al contenido del proyecto al que se hubiera otorgado la autorización.

2. Las autoridades sanitarias tendrán en todo momento facultades inspectoras sobre la investigación, pudiendo tener acceso a las historias clínicas individuales de los sujetos del estudio, para lo que deberán guardar en todo caso su carácter confidencial.

3. La autoridad autonómica procederá, por iniciativa propia o a instancias del Comité de Ética de la Investigación, a la suspensión cautelar de la investigación autorizada en los casos en los que no se hayan observado los requisitos que establece esta Ley y sea necesaria para proteger los derechos de los ciudadanos.

Artículo 18. *Compensaciones por daños y su aseguramiento*

1. Las personas que hayan sufrido daños como consecuencia de su participación en un proyecto de investigación, recibirán la compensación que corresponda, de acuerdo con lo establecido en los apartados siguientes.

2. La realización de una investigación que comporte un procedimiento invasivo en seres humanos exigirá el aseguramiento previo de los daños y perjuicios que pudieran derivarse de aquella para la persona en la que se lleve a efecto.

3. Cuando, por cualquier circunstancia, el seguro no cubra enteramente los daños causados, el promotor de la investigación, el investigador responsable de la misma y el hospital o centro en el que se hubiere realizado responderán solidariamente de aquéllos, aunque no medie culpa, incumbiéndoles la carga de la prueba. Ni la autorización administrativa ni el informe del Comité de Ética de la Investigación les eximirán de responsabilidad.

4. Se presume, salvo prueba en contrario, que los daños que afecten a la salud de la persona sujeta a la investigación, durante su realización y en el año siguiente a su terminación, se han producido como consecuencia de la investigación. Sin embargo, una vez concluido el año, el sujeto de aquella estará obligado a probar el daño y el nexo entre la investigación y el daño producido.

5. En los demás aspectos relativos a la responsabilidad por daños y a su aseguramiento se aplicará lo dispuesto en la legislación sobre garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

### CAPÍTULO III

#### SITUACIONES ESPECÍFICAS

##### Artículo 19. *Investigaciones durante el embarazo y lactancia*

1. Exclusivamente podrá autorizarse una investigación en la que participe una mujer embarazada, respecto a la cual dicha investigación no vaya a producir un beneficio directo, o sobre el embrión, el feto, o el niño después de su nacimiento, si se cumplen las siguientes condiciones:

- a) Que la investigación tenga el objeto de contribuir a producir unos resultados que redunden en beneficio de otras mujeres, embriones, fetos o niños.
- b) Que no sea posible realizar investigaciones de eficacia comparable en mujeres que no estén embarazadas.
- c) Que la investigación entrañe un riesgo y un perjuicio mínimos para la mujer y, en su caso, para el embrión, el feto o el niño.
- d) Que la embarazada o los representantes legales del niño, en su caso, presten su consentimiento en los términos previstos en esta Ley.

2. Cuando la investigación se lleve a cabo en una mujer durante el período de lactancia, deberá tenerse especial cuidado en evitar un impacto adverso en la salud del niño.

##### Artículo 20. *Protección de las personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento*

1. La investigación sobre una persona menor o incapaz de obrar, salvo que, en atención a su grado de discernimiento, la resolución judicial de incapacitación le autorizase para prestar su consentimiento a la investigación, únicamente podrá ser realizada si concurren las siguientes condiciones:

- a) Que los resultados de la investigación puedan producir beneficios reales o directos para su salud.
- b) Que no se pueda realizar una investigación de eficacia comparable en individuos capaces de otorgar su consentimiento.
- c) Que la persona que vaya a participar en la investigación haya sido informada por escrito de sus derechos y de los límites prescritos en esta Ley y la normativa que la desarrolle para su protección, a menos que esa persona no esté en situación de recibir la información.
- d) Que los representantes legales de la persona que vaya a participar en la investigación hayan prestado su consentimiento por escrito, después de haber recibido la información establecida en el artículo 15. Los representantes legales tendrán en cuenta los deseos u objeciones previamente expresados por la persona afectada. En estos casos se actuará, además, conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 4 de esta Ley.

2. Cuando sea previsible que la investigación no vaya a producir resultados en beneficio directo para la salud de los sujetos referidos en el apartado 1 de este artículo, la investigación podrá ser autorizada de forma excepcional si concurren, además de

los requisitos contenidos en los párrafos *b)*, *c)* y *d)* del apartado anterior, las siguientes condiciones:

- a)* Que la investigación tenga el objeto de contribuir, a través de mejoras significativas en la comprensión de la enfermedad o condición del individuo, a un resultado beneficioso para otras personas de la misma edad o con la misma enfermedad o condición, en un plazo razonable.
- b)* Que la investigación entrañe un riesgo y una carga mínimos para el individuo participante.
- c)* Que la autorización de la investigación se ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal.

#### Artículo 21. *Investigación en personas incapaces de consentir debido a su situación clínica*

1. Para la realización de una investigación en situaciones clínicas de emergencia, en las que la persona implicada no pueda prestar su consentimiento, deberán cumplirse las siguientes condiciones específicas:

- a)* Que no sea posible realizar investigaciones de eficacia comparable en personas que no se encuentren en esa situación de emergencia.
- b)* Que en el caso de que no sea previsible que la investigación vaya a producir resultados beneficiosos para la salud del paciente, tenga el propósito de contribuir a mejorar de forma significativa la comprensión de la enfermedad o condición del paciente, con el objetivo de beneficiar a otras personas con la misma enfermedad o condición, siempre que conlleve el mínimo riesgo e incomodidad para aquél.
- c)* Que la autorización de la investigación se ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal.

2. Se respetará cualquier objeción expresada previamente por el paciente que sea conocida por el médico responsable de su asistencia, por el investigador o por el Comité de Ética de la Investigación correspondiente al centro.

3. A los efectos del apartado primero de este artículo se consideran investigaciones en situaciones de emergencia, aquellas en las que la persona no se encuentre en condiciones de otorgar su consentimiento y, a causa de su estado y de la urgencia de la situación, sea imposible obtener a tiempo la autorización de los representantes legales del paciente o, de carecer de ellos, de las personas que convivieran con aquél.

4. Las personas que participen en una investigación en situación de emergencia o, en su caso, sus representantes legales, deberán ser informados a la mayor brevedad posible en los términos establecidos en el artículo 4 de esta Ley. Asimismo se deberá solicitar el consentimiento para continuar participando en las investigaciones, en cuanto el paciente se halle en condiciones de prestarlo.

## CAPÍTULO IV

### SEGURIDAD Y SUPERVISIÓN

#### Artículo 22. *Prevención de riesgos*

1. Además de lo previsto en el artículo 18, se tomarán las medidas necesarias para garantizar la seguridad de la investigación y reducir los riesgos e incomodidades para los individuos participantes.

Las decisiones médicas relacionadas con la salud de los sujetos participantes en la investigación corresponden al médico responsable de su asistencia.

2. El investigador responsable del proyecto deberá acreditar que los miembros que forman parte del equipo de investigación tienen la cualificación y experiencia adecuadas al ámbito de la investigación propuesta.

#### Artículo 23. *Evaluación del estado de salud*

1. Las personas que vayan a participar en la investigación tienen el deber de facilitar los datos reales sobre su estado físico o su salud. En cualquier caso, el investigador tomará las medidas necesarias, que incluirán, en su caso, la consulta a los médicos responsables de la asistencia de los participantes, para comprobar dichos extremos previamente a la iniciación de la investigación, con objeto de asegurar que las personas para las cuales la investigación revista especial riesgo sean excluidas de la misma.

2. Cuando la investigación implique a mujeres en edad fértil, se tendrá en cuenta el posible impacto adverso sobre un embarazo existente desconocido o posterior, así como sobre la salud del embrión, el feto o el niño.

#### Artículo 24. *No interferencia con intervenciones clínicas necesarias*

1. La investigación no deberá retrasar o privar a los participantes de los procedimientos médicos preventivos, diagnósticos o terapéuticos que sean necesarios para su estado de salud.

2. En el caso de investigaciones asociadas con la prevención, diagnóstico o tratamiento de enfermedades, deberá asegurarse que los participantes que se asignen a los grupos de control reciban procedimientos probados de prevención, diagnóstico o tratamiento.

El investigador hará constar los extremos a los que se refiere el párrafo anterior en el protocolo del ensayo que vaya a someter a evaluación y autorización.

3. Podrá recurrirse al uso de placebo sólo si no existen métodos de eficacia probada, o cuando la retirada de estos métodos no presente un riesgo o perjuicio inaceptable para el paciente.

#### Artículo 25. *Comprobaciones sobre el curso de la investigación*

1. El Comité de Ética de la Investigación tomará las medidas que sean oportunas con el fin de comprobar que la continuidad del proyecto está justificada a la luz de los nuevos conocimientos que se alcancen a lo largo de su ejecución.

El investigador principal deberá remitir al Comité sin demora cualquier información relevante para la seguridad de los sujetos participantes.

2. El propósito de la comprobación mencionada en el apartado anterior tendrá como finalidad determinar:

a) Si es necesario interrumpir la investigación o realizar cambios en el proyecto para que pueda continuar.

b) Si los participantes en la investigación o, en su caso, sus representantes, deben ser informados sobre los acontecimientos que puedan ocurrir.

c) Si es preciso contar con un consentimiento adicional de los participantes.

3. Cualquier modificación en las condiciones autorizadas para un proyecto de investigación que se considere relevante no podrá llevarse a cabo sin el previo dictamen favorable del Comité de Ética de la Investigación y la aprobación de la autoridad competente.

4. Cualquier información relevante sobre la participación en la investigación será comunicada por escrito a los participantes o, en su caso, a sus representantes, a la mayor brevedad.

5. El Comité de Ética de la Investigación procederá al seguimiento del cumplimiento de lo establecido en el apartado anterior, debiendo dar cuenta de las incidencias que observe a la autoridad competente que dio la autorización para dicha investigación, con el fin de que ésta pueda adoptar las medidas que correspondan, de acuerdo con el artículo 17 de esta Ley y con pleno respeto a lo establecido en la normativa vigente en materia de protección de datos de carácter personal.

6. El investigador responsable informará al Comité de Ética de la Investigación y a la autoridad competente que dio su conformidad a la investigación de las razones por las que decida terminar prematuramente cualquier proyecto de investigación.

## CAPÍTULO V

### GESTIÓN DE LA INFORMACIÓN

#### Artículo 26. *Deber de informar*

Según lo dispuesto en el artículo 4.5, si la investigación da lugar a información relevante para la salud de los participantes, debe ser puesta a su disposición, lo que se hará efectivo en el marco de la asistencia en curso o, en su defecto, prestando un asesoramiento específico.

#### Artículo 27. *Información sobre los resultados*

1. Una vez concluida la investigación, el investigador responsable remitirá un resumen de la misma a la autoridad competente que dio la autorización y al Comité de Ética de la Investigación correspondiente.

2. Los resultados de la investigación se comunicarán a los participantes, siempre que lo soliciten.

3. Los investigadores deberán hacer públicos los resultados generales de las investigaciones una vez concluidas, atendiendo a los requisitos relativos a los datos de carácter personal a los que se refiere el artículo 5.5 de esta Ley y sin menoscabo de los correspondientes derechos de propiedad intelectual e industrial que se pudieran derivar de la investigación.

## TÍTULO III

### **Sobre la donación y el uso de embriones y fetos humanos, de sus células, tejidos u órganos**

## CAPÍTULO I

### DONACIÓN DE EMBRIONES Y FETOS HUMANOS

#### Artículo 28. *Donación de embriones y fetos humanos*

1. Los embriones humanos que hayan perdido su capacidad de desarrollo biológico, así como los embriones o fetos humanos muertos, podrán ser donados con

finés de investigación biomédica u otros fines diagnósticos, terapéuticos, farmacológicos, clínicos o quirúrgicos.

2. La interrupción del embarazo nunca tendrá como finalidad la donación y la utilización posterior de los embriones o fetos o de sus estructuras biológicas. El procedimiento y modo de la práctica de la interrupción del embarazo estarán únicamente supeditados a las exigencias y limitaciones legales y a las características y circunstancias que presente aquél.

Los profesionales integrantes del equipo médico que realice la interrupción del embarazo no intervendrán en la utilización de los embriones o de los fetos abortados ni de sus estructuras biológicas. A tal efecto, los integrantes del equipo investigador dejarán constancia por escrito de esta circunstancia, así como de la ausencia de conflicto de intereses con el equipo médico.

3. Los fetos expulsados prematura y espontáneamente serán tratados clínicamente mientras mantengan su viabilidad biológica, con el único fin de favorecer su desarrollo y autonomía vital.

4. Antes de proceder a cualquier intervención sobre embriones humanos que hayan perdido su capacidad de desarrollo biológico o sobre embriones o fetos muertos, se dejará constancia por el personal facultativo correspondiente de que se han producido tales circunstancias.

#### Artículo 29. *Requisitos relativos a la donación*

1. Además de lo establecido en el artículo anterior, la donación de embriones o fetos humanos o de sus estructuras biológicas para las finalidades previstas en esta Ley deberá cumplir los siguientes requisitos:

a) Que el donante o donantes de los embriones o los fetos hayan otorgado previamente su consentimiento de forma expresa y por escrito. Si alguno de aquéllos fuera menor no emancipado o estuviera incapacitado, será necesario además el consentimiento de sus representantes legales.

b) Que el donante o los donantes o, en su caso, sus representantes legales, hayan sido informados por escrito, previamente a que otorguen su consentimiento, de los fines a que puede servir la donación, de las consecuencias de la misma, así como de las intervenciones que se vayan a realizar para extraer células o estructuras embriológicas o fetales, de la placenta o las envolturas, y de los riesgos que pueden derivarse de dichas intervenciones.

c) Que se haya producido la expulsión, espontánea o inducida, en la mujer gestante de dichos embriones o fetos, y no haya sido posible mantener su autonomía vital según lo previsto en el artículo 28.3.

d) Que la donación y utilización posterior nunca tenga carácter lucrativo o comercial.

2. En el caso de que hubieren fallecido las personas de las que provienen los embriones o los fetos, será necesario que no conste su oposición expresa. Si el fallecido fuera menor de edad o una persona incapacitada, la donación tendrá lugar a no ser que conste la oposición expresa de quienes ejercieran, en vida de aquéllos, su representación legal.

## CAPÍTULO II

## CONDICIONES PARA LA INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA CON EMBRIONES Y FETOS HUMANOS

Artículo 30. *Limitaciones a la investigación con los embriones y fetos vivos en el útero*

Exclusivamente podrán autorizarse intervenciones sobre el embrión o el feto vivos en el útero cuando tengan un propósito diagnóstico o terapéutico en su propio interés, sin perjuicio de lo previsto legalmente sobre la interrupción voluntaria del embarazo.

Artículo 31. *Requisitos de utilización*

1. Las investigaciones en embriones o fetos humanos o en sus estructuras biológicas deberán cumplir los siguientes requisitos:

*a)* Que se trate de embriones o fetos que se encuentren en alguna de las situaciones establecidas en el apartado 1 del artículo 28 de esta Ley.

*b)* Que se cuente con la donación de los embriones y fetos que se vayan a utilizar en las condiciones previstas en el artículo 29 de esta Ley.

*c)* Que se elabore un proyecto relativo a la utilización que pretende realizarse y cuente con el informe favorable de la Comisión de Garantías para la Donación y Utilización de Células y Tejidos Humanos.

*d)* Que la autoridad autonómica o estatal correspondiente haya dado su autorización a la utilización prevista.

2. El equipo responsable del proyecto autorizado deberá comunicar el resultado del mismo al órgano que dio su autorización al proyecto presentado, así como a la Comisión de Garantías para la Donación y Utilización de Células y Tejidos Humanos.

## TÍTULO IV

**Sobre la obtención y uso de células y tejidos de origen embrionario humano y de otras células semejantes**

## CAPÍTULO I

## SOBRE LA UTILIZACIÓN DE OVOCITOS Y PREEMBRIONES

Artículo 32. *Donación de ovocitos y preembriones*

1. La investigación con ovocitos y preembriones deberá contar con el consentimiento de las personas de las que provengan, las cuales podrán revocarlo en cualquier momento sin que afecte a la investigación realizada.

2. La donación de ovocitos y de preembriones se regirá por lo dispuesto en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

En el caso de los ovocitos, el consentimiento de las donantes hará referencia expresa a su autorización para la utilización de la técnica o técnicas concretas que vayan a aplicarse a los ovocitos que sean objeto de la donación. A tal fin, los profesionales sanitarios responsables de la obtención de dichos ovocitos suministrarán a las

donantes la información oportuna previamente a que otorguen el consentimiento, debiendo dejarse constancia escrita de todo ello.

#### Artículo 33. *Obtención de células de origen embrionario*

1. Se prohíbe la constitución de preembriones y embriones humanos exclusivamente con fines de experimentación.

2. Se permite la utilización de cualquier técnica de obtención de células troncales humanas con fines terapéuticos o de investigación, que no comporte la creación de un preembrión o de un embrión exclusivamente con este fin, en los términos definidos en esta Ley, incluida la activación de ovocitos mediante transferencia nuclear.

## CAPÍTULO II

### SOBRE LA INVESTIGACIÓN CON MUESTRAS BIOLÓGICAS DE NATURALEZA EMBRIONARIA

#### Artículo 34. *Garantías y requisitos para la investigación*

1. La investigación o experimentación con ovocitos y preembriones sobrantes procedentes de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, o de sus estructuras biológicas, con fines relacionados con la obtención, desarrollo y utilización de líneas celulares troncales embrionarias o con otros fines no vinculados con el desarrollo y aplicación de las técnicas de reproducción asistida, deberán realizarse de acuerdo con las condiciones establecidas en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, y cumplir los siguientes requisitos:

*a)* Que la investigación respete los principios éticos y el régimen jurídico aplicable, en especial lo dispuesto en esta Ley y en su normativa de desarrollo, y responda a los principios de pertinencia, factibilidad e idoneidad, en particular del investigador principal, del equipo de investigación y de las instalaciones del centro en el que se realizará la investigación.

*b)* Que se fundamente en un proyecto de investigación autorizado por la autoridad estatal o autonómica competente, previo informe favorable de la Comisión de Garantías para la Donación y la Utilización de Células y Tejidos Humanos, en el supuesto de proyectos en las materias previstas en el artículo 35.

2. La autorización de los proyectos de investigación estará condicionada a que el proyecto incorpore al menos los siguientes elementos:

*a)* La autorización de la dirección del centro en el que se realizará la investigación, así como el informe favorable del Comité de Ética de la Investigación que le corresponda.

*b)* La indicación de las relaciones e intereses comunes existentes de cualquier naturaleza, o la ausencia de éstos, entre el equipo y el centro que hayan llevado a cabo cada uno de los procesos de reproducción asistida que hayan generado los preembriones o intervenido para la obtención de los ovocitos.

*c)* El compromiso escrito de suministrar a la autoridad pública correspondiente los datos que permitan identificar y conocer la conservación de las líneas celulares que pudieran obtenerse como consecuencia del desarrollo de la investigación.

*d)* El compromiso de la cesión con carácter gratuito de las líneas celulares que puedan obtenerse en el desarrollo de la investigación, para su utilización por otros investigadores.

e) En el caso de la utilización de ovocitos o preembriones, la indicación y la justificación de su número y origen y el documento de consentimiento informado firmado por los donantes o progenitores, respectivamente.

*Artículo 35. Informe de la Comisión de Garantías para la Donación y la Utilización de Células y Tejidos Humanos*

1. Requerirán el informe previo favorable de la Comisión de Garantías para la Donación y Utilización de Células y Tejidos Humanos, los proyectos de investigación que versen en todo o en parte sobre las siguientes materias:

a) La investigación con preembriones humanos para la derivación de líneas celulares, para la investigación embriológica y para otros usos de investigación, excepto aquéllos relacionados con el desarrollo y aplicación de las técnicas de reproducción asistida.

b) La investigación con células troncales embrionarias humanas.

c) La activación de ovocitos mediante transferencia nuclear para su uso con fines terapéuticos o de investigación.

d) Cualquier otra técnica que, utilizando en todo o en parte muestras biológicas de origen humano, pueda dar lugar a la obtención de células troncales.

e) La investigación con células o tejidos embrionarios obtenidos por cualquiera de los procedimientos señalados en el artículo 33.2.

f) Cualquier otra línea de investigación que incluya material celular de origen embrionario humano u otro funcionalmente semejante.

g) La investigación con líneas de células troncales embrionarias que provengan de otro país, intracomunitario o extracomunitario. Dicho origen vendrá especificado en el proyecto presentado a informe.

2. La autoridad que concedió la autorización a los proyectos de investigación mencionados en el apartado anterior, anualmente deberá dar traslado de sus resultados a la Comisión de Garantías para la Donación y Utilización de Células y Tejidos Humanos.

*Artículo 36. Acceso a los ovocitos y a los preembriones crioconservados*

El Instituto de Salud Carlos III garantizará el acceso a los preembriones crioconservados sobrantes de las técnicas de reproducción asistida que hayan sido donados con fines de investigación. Se seguirá el mismo criterio con los ovocitos donados para la investigación.

### CAPÍTULO III

#### **Sobre la Comisión de Garantías para la Donación y Utilización de Células y Tejidos Humanos**

*Artículo 37. Creación de la Comisión*

1. Se crea la Comisión de Garantías para la Donación y Utilización de Células y Tejidos Humanos, como el órgano colegiado, adscrito al Instituto de Salud Carlos III, de carácter permanente y consultivo, dirigido a asesorar y orientar sobre la investigación y la experimentación con muestras biológicas de naturaleza embrionaria humana, y a contribuir a la actualización y difusión de los conocimientos científicos y técnicos en esta materia.

2. Las comisiones homólogas que se constituyan en las Comunidades Autónomas tendrán la consideración de comisiones de soporte y referencia de la Comisión de Garantías para la Donación y Utilización de Células y Tejidos Humanos, y colaborarán con ésta en el ejercicio de sus funciones.

#### Artículo 38. *Funciones de la Comisión*

1. La Comisión tendrá asignadas las siguientes funciones:

a) Asegurar las garantías científicas, éticas y legales que sean exigibles en relación con las investigaciones indicadas en el artículo 35 y evaluar anualmente sus resultados.

b) Emitir, a petición de las autoridades sanitarias del Estado y de las Comunidades Autónomas, informes sobre la investigación biomédica con células y tejidos de origen humano embrionario y sobre sus aplicaciones clínicas en el ámbito de la medicina regenerativa.

c) Emitir informe preceptivo sobre proyectos de investigación que requieran la entrada y/o salida de material embrionario. En el caso de proyectos de investigación con líneas de células troncales embrionarias procedentes de países no pertenecientes a la Unión Europea, la Comisión sólo emitirá su informe cuando el proyecto incorpore la documentación que acredite el origen, los procedimientos y garantías en la obtención y tratamiento de las líneas de células troncales y la normativa del país de origen que regula esta materia.

2. La Comisión emitirá el informe preceptivo sobre los proyectos de investigación recibidos en el plazo máximo de tres meses.

#### Artículo 39. *Composición de la Comisión*

1. La Comisión constará de doce miembros. Todos ellos serán especialistas de reconocido prestigio en investigación en terapia celular o medicina regenerativa, en bioética y en derecho vinculado con temas biomédicos.

2. Los miembros de la Comisión actuarán en todo momento con criterios de independencia e imparcialidad.

3. Sus miembros serán nombrados por el Ministro de Sanidad y Consumo por períodos de tres años, con la siguiente distribución:

a) Seis representantes designados por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud a propuesta de las Comunidades Autónomas.

b) Seis representantes de la Administración General del Estado, dos por el Ministerio de Sanidad y Consumo, dos por el de Justicia y dos por el de Educación y Ciencia.

4. El Presidente de la Comisión será nombrado de entre sus miembros por el Ministro de Sanidad y Consumo.

5. El Secretario de la Comisión será un funcionario con rango de Subdirector General perteneciente al Instituto de Salud Carlos III, que actuará con voz y sin voto.

6. Los miembros de la Comisión tendrán acceso a la información precisa sobre los proyectos de investigación con células y tejidos a que hace referencia este Título, sobre el Registro Nacional de Actividad y Resultados de los Centros y Servicios de Reproducción Asistida al que se refiere la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, y sobre el Registro Nacional de Líneas Celulares.

## CAPÍTULO IV

SOBRE LA PROMOCIÓN Y COORDINACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN CON CÉLULAS  
Y TEJIDOS DE ORIGEN EMBRIONARIO HUMANOArtículo 40. *Promoción y coordinación*

1. La promoción y coordinación de la investigación con muestras biológicas de naturaleza embrionaria será responsabilidad del Ministerio de Sanidad y Consumo, a través del Instituto de Salud Carlos III, sin perjuicio de las competencias que puedan corresponder a las Comunidades Autónomas.

2. Los proyectos de investigación que deban ser informados por la Comisión de Garantías para la Donación y Utilización de Células y Tejidos Humanos serán remitidos a ésta por la autoridad competente, a través del Instituto de Salud Carlos III, por el procedimiento que se establezca reglamentariamente.

Artículo 41. *Registro de proyectos*

El Instituto de Salud Carlos III será responsable del mantenimiento del registro de proyectos de investigación, cuyos datos se basarán en los que sean proporcionados por las autoridades competentes para autorizar los proyectos, y contará con la información actualizada sobre el registro de preembriones, ovocitos y líneas celulares disponibles en los centros de fecundación «in vitro», en el Registro Nacional de Donantes y en el Banco Nacional de Líneas Celulares.

Dicho registro incluirá, al menos:

- a) Los datos identificativos del centro donde se realizará el proyecto y del equipo investigador responsable de su ejecución.
- b) La documentación aportada por el investigador principal en el que consten los objetivos, los protocolos que se van a utilizar y los resultados esperables del proyecto.
- c) El informe de la Comisión de Garantías para la Donación y Utilización de Células y Tejidos Humanos.
- d) La certificación de la autorización para realizar la investigación otorgada por parte de la autoridad a la que corresponda darla.
- e) A la finalización de la investigación autorizada, un informe de evaluación de la Comisión de Garantías para la Donación y Utilización de Células y Tejidos Humanos.

Artículo 42. *El Banco Nacional de Líneas Celulares*

1. El Banco Nacional de Líneas Celulares tendrá una estructura en forma de red, con un nodo central encargado de la coordinación, y estará adscrito al Instituto de Salud Carlos III.

2. El Banco Nacional de Líneas Celulares promoverá la calidad y seguridad de los procedimientos sobre los que ejerza su competencia, mantendrá la confidencialidad de los datos y demás exigencias respecto de las actuaciones que lleve a cabo, de acuerdo con lo establecido en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, y en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y contemplará en sus actuaciones los principios de precaución, proporcionalidad y ausencia de lucro.

3. La Comisión Técnica del Banco Nacional de Líneas Celulares, cuya composición y funciones se determinarán por orden del Ministro de Sanidad y Consumo, velará porque el acceso a las líneas celulares para la ejecución de proyectos de investigación se realice dentro de los principios científicos, éticos y jurídicos vigentes y deberá contar con la información actualizada sobre el registro de embriones y líneas celulares disponibles en los centros de fecundación «in vitro» y en los bancos de líneas celulares.

#### Artículo 43. *Utilización de líneas celulares*

La utilización de líneas celulares o de muestras biológicas que se deriven de las investigaciones a las que se refiere este título se registrará por lo establecido en esta Ley y, en su caso, en la normativa sobre ensayos clínicos y sobre utilización clínica de células y tejidos.

## TÍTULO V

### Análisis genéticos, muestras biológicas y biobancos

#### CAPÍTULO I

##### DISPOSICIONES DE CARÁCTER GENERAL

#### Artículo 44. *Objeto*

Este título tiene por objeto:

1.º Establecer los requisitos que deben cumplir las instituciones y las personas que realicen los análisis genéticos y traten o almacenen datos genéticos de carácter personal y muestras biológicas.

2.º Velar por el correcto empleo de las muestras biológicas para investigación biomédica.

3.º Establecer los requisitos que deben cumplir los biobancos para su creación y funcionamiento.

4.º Asegurar la gratuidad en todo el proceso de donación, cesión, almacenaje y utilización de muestras biológicas tanto para los sujetos fuente como para los depositantes, sin perjuicio de la compensación de los costes.

#### Artículo 45. *Principios rectores específicos*

Además de las garantías establecidas en el título I de esta Ley, se aplicarán los siguientes principios:

a) Accesibilidad y equidad: deberá garantizarse la igualdad en el acceso a los análisis genéticos sin consideraciones económicas y sin requisitos previos relativos a posibles opciones personales.

b) Protección de datos: se garantizará el derecho a la intimidad y el respeto a la voluntad del sujeto en materia de información, así como la confidencialidad de los datos genéticos de carácter personal.

c) Gratuidad: todo el proceso de donación, cesión, almacenaje y utilización de muestras biológicas tanto para los sujetos fuente como para los depositantes, deberá

estar desprovisto de finalidad o ánimo de lucro. Los datos genéticos de carácter personal no podrán ser utilizados con fines comerciales.

d) Consentimiento: deberá obtenerse previamente el consentimiento escrito del sujeto fuente o en su caso de sus representantes legales para el tratamiento de muestras con fines de investigación o de datos genéticos de carácter personal.

e) Calidad de los datos: los datos obtenidos de los análisis genéticos no podrán ser tratados ni cedidos con fines distintos a los previstos en esta Ley.

## CAPÍTULO II

### ANÁLISIS GENÉTICOS Y TRATAMIENTO DE DATOS GENÉTICOS DE CARÁCTER PERSONAL

#### Artículo 46. *Indicación de los análisis genéticos*

En los términos previstos en el artículo 1.2, los análisis genéticos se realizarán para la identificación del estado de afectado, de no afectado o de portador de una variante genética que pueda predisponer al desarrollo de una enfermedad específica de un individuo, o condicionar su respuesta a un tratamiento concreto.

#### Artículo 47. *Información previa a la realización de análisis genéticos con fines de investigación en el ámbito sanitario*

Sin perjuicio de lo establecido en la legislación sobre protección de datos de carácter personal, antes de que el sujeto preste el consentimiento en los términos previstos en el artículo 48, deberá recibir la siguiente información por escrito:

- 1.º Finalidad del análisis genético para el cual consiente.
- 2.º Lugar de realización del análisis y destino de la muestra biológica al término del mismo, sea aquél la disociación de los datos de identificación de la muestra, su destrucción, u otros destinos, para lo cual se solicitará el consentimiento del sujeto fuente en los términos previstos en esta Ley.
- 3.º Personas que tendrán acceso a los resultados de los análisis cuando aquéllos no vayan a ser sometidos a procedimientos de disociación o de anonimización.
- 4.º Advertencia sobre la posibilidad de descubrimientos inesperados y su posible trascendencia para el sujeto, así como sobre la facultad de éste de tomar una posición en relación con recibir su comunicación.
- 5.º Advertencia de la implicación que puede tener para sus familiares la información que se llegue a obtener y la conveniencia de que él mismo, en su caso, transmita dicha información a aquéllos.
- 6.º Compromiso de suministrar consejo genético, una vez obtenidos y evaluados los resultados del análisis.

#### Artículo 48. *Consentimiento*

1. Será preciso el consentimiento expreso y específico por escrito para la realización de un análisis genético.
2. En el ámbito sanitario se podrán obtener y analizar muestras de personas fallecidas siempre que pueda resultar de interés para la protección de la salud, salvo que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente en vida y así se acredite. A tal fin serán consultados los documentos de instrucciones previas y, en su defecto, el criterio de los familiares más próximos del fallecido.

El acceso de los familiares biológicos a la información derivada del análisis genético del fallecido se limitará a los datos genéticos pertinentes para la protección de la salud de aquéllos.

3. Para acceder a un cribado genético será preciso el consentimiento explícito y por escrito del interesado. El Comité de Ética de la Investigación determinará los supuestos en los que el consentimiento podrá expresarse verbalmente. En todo caso, cuando el cribado incluya enfermedades no tratables o los beneficios sean escasos o inciertos, el consentimiento se obtendrá siempre por escrito.

4. La realización de análisis genéticos sobre preembriones *in vivo* y sobre embriones y fetos en el útero requerirá el consentimiento escrito de la mujer gestante.

El análisis genético de un preembrión *in vitro* no transferido se regirá por lo establecido en la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida.

#### Artículo 49. *Derecho a la información y derecho a no ser informado*

1. El sujeto fuente será informado de los datos genéticos de carácter personal que se obtengan del análisis genético según los términos en que manifestó su voluntad, sin perjuicio del derecho de acceso reconocido en la legislación sobre protección de datos de carácter personal, que podrá suponer la revocación de la previa manifestación de voluntad libre otorgada.

2. Cuando el sujeto fuente haya ejercido el derecho a no ser informado de los resultados de un análisis genético sólo se suministrará la información que sea necesaria para el seguimiento del tratamiento prescrito por el médico y aceptado por el paciente. Cuando esta información sea necesaria para evitar un grave perjuicio para la salud de sus familiares biológicos, se podrá informar a los afectados o a su representante legalmente autorizado. En todo caso, la comunicación se limitará exclusivamente a los datos necesarios para estas finalidades.

#### Artículo 50. *Acceso a los datos genéticos por personal sanitario*

1. Los profesionales sanitarios del centro o establecimiento donde se conserve la historia clínica del paciente tendrán acceso a los datos que consten en la misma en tanto sea pertinente para la asistencia que presten al paciente, sin perjuicio de los deberes de reserva y confidencialidad a los que estarán sometidos.

2. Los datos genéticos de carácter personal sólo podrán ser utilizados con fines epidemiológicos, de salud pública, de investigación o de docencia cuando el sujeto interesado haya prestado expresamente su consentimiento, o cuando dichos datos hayan sido previamente anonimizados.

3. En casos excepcionales y de interés sanitario general, la autoridad competente, previo informe favorable de la autoridad en materia de protección de datos, podrá autorizar la utilización de datos genéticos codificados, siempre asegurando que no puedan relacionarse o asociarse con el sujeto fuente por parte de terceros.

#### Artículo 51. *Deber de confidencialidad y derecho a la protección de los datos genéticos*

1. El personal que acceda a los datos genéticos en el ejercicio de sus funciones quedará sujeto al deber de secreto de forma permanente. Sólo con el consentimiento expreso y escrito de la persona de quien proceden se podrán revelar a terceros datos genéticos de carácter personal.

Si no es posible publicar los resultados de una investigación sin identificar a los sujetos fuente, tales resultados sólo podrán ser publicados con su consentimiento.

2. En el caso de análisis genéticos a varios miembros de una familia los resultados se archivarán y comunicarán a cada uno de ellos de forma individualizada. En el caso de personas incapacitadas o menores se informará a sus tutores o representantes legales.

#### Artículo 52. *Conservación de los datos*

1. Los datos genéticos de carácter personal se conservarán durante un período mínimo de cinco años desde la fecha en que fueron obtenidos, transcurrido el cual el interesado podrá solicitar su cancelación.

2. Si no mediase solicitud del interesado, los datos se conservarán durante el plazo que sea necesario para preservar la salud de la persona de quien proceden o de terceros relacionados con ella.

3. Fuera de estos supuestos, los datos únicamente podrán conservarse, con fines de investigación, de forma anonimizada, sin que sea posible la identificación del sujeto fuente.

#### Artículo 53. *Análisis genéticos en preembriones, embriones o fetos*

Los resultados de los análisis genéticos realizados en material embrionario o fetal estarán sometidos a los principios de protección de datos y de confidencialidad establecidos en esta Ley. El mismo criterio regirá en relación con cualquier otra muestra biológica que pueda contener información genética de la persona que aportó su propio material biológico para la obtención de aquél.

#### Artículo 54. *Cribado genético*

1. Los cribados genéticos estarán dirigidos a detectar una enfermedad o riesgo grave para la salud en el individuo participante o en su descendencia, con la finalidad de tratar precozmente la enfermedad u ofrecer el acceso a medidas preventivas.

2. Las autoridades sanitarias determinarán, basándose en criterios objetivos, la pertinencia del cribado genético en atención a las enfermedades a prevenir o tratar. Velarán, asimismo, por que se garantice el acceso universal y equitativo de la población para la cual está indicado el cribado, por la organización y planificación del programa, así como por la calidad de las pruebas de cribado, de las pruebas diagnósticas de segundo nivel y de las prestaciones preventivas y terapéuticas que se ofrezcan.

3. Para la realización del cribado se tendrán en cuenta los aspectos psico-sociales y su integración en el sistema sanitario. Asimismo, el programa específico de cribado de que se trate será evaluado por el comité de ética del centro donde se realice.

4. Se establecerán los procedimientos apropiados para el seguimiento y evaluación continuada del programa.

5. La participación en un cribado genético se ofrecerá a todos los miembros de la población a la que va dirigido, para lo cual será preciso el consentimiento por escrito previo de cada sujeto afectado en los términos previstos en los artículos 4 y 48.3.

6. La información previa a dicho consentimiento se hará por escrito y se referirá a:

- a) Las características y objetivos que se persiguen con el cribado.
- b) La naturaleza voluntaria de la participación.
- c) La validez y fiabilidad de las pruebas de cribado y de las pruebas diagnósticas de segundo nivel.
- d) La posibilidad de obtener falsos positivos y, en consecuencia, la necesidad de confirmar o descartar el diagnóstico.
- e) Los períodos de tiempo que transcurrirán entre las distintas etapas del proceso del cribado.
- f) Las posibilidades existentes de tratamiento y prevención de la enfermedad una vez diagnosticada.
- g) Las incomodidades, riesgos y acontecimientos adversos que podrán derivarse del proceso diagnóstico, incluyendo los asociados a la toma de muestras y a las medidas terapéuticas o preventivas que ofrezca el programa.

7. Será de aplicación a las pruebas empleadas con ocasión de los cribados genéticos el régimen establecido por esta Ley para los análisis genéticos.

#### Artículo 55. *Consejo genético*

1. Cuando se lleve a cabo un análisis genético con fines sanitarios será preciso garantizar al interesado un asesoramiento genético apropiado, en la forma en que reglamentariamente se determine, respetando en todo caso el criterio de la persona interesada.

2. El profesional que realice o coordine el consejo genético deberá ofrecer una información y un asesoramiento adecuados, relativos tanto a la trascendencia del diagnóstico genético resultante, como a las posibles alternativas por las que podrá optar el sujeto a la vista de aquél.

#### Artículo 56. *Requisitos de calidad*

Todo el proceso de consejo genético y de práctica de análisis genéticos con fines sanitarios deberá ser realizado por personal cualificado y deberá llevarse a cabo en centros acreditados que reúnan los requisitos de calidad que reglamentariamente se establezcan al efecto.

#### Artículo 57. *Acreditación de centros de análisis genéticos*

La autoridad autonómica o estatal competente acreditará los centros, públicos o privados, que puedan realizar análisis genéticos y que, en todo caso, habrán de cumplir lo dispuesto en los artículos 46 a 57 de esta Ley.

### CAPÍTULO III

#### UTILIZACIÓN DE MUESTRAS BIOLÓGICAS HUMANAS CON FINES DE INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA

#### Artículo 58. *Obtención de las muestras*

1. La obtención de muestras biológicas con fines de investigación biomédica podrá realizarse únicamente cuando se haya obtenido previamente el consentimiento

escrito del sujeto fuente y previa información de las consecuencias y los riesgos que pueda suponer tal obtención para su salud. Dicho consentimiento será revocable.

2. El consentimiento del sujeto fuente será siempre necesario cuando se pretendan utilizar con fines de investigación biomédica muestras biológicas que hayan sido obtenidas con una finalidad distinta, se proceda o no a su anonimización.

No obstante lo anterior, de forma excepcional podrán tratarse muestras codificadas o identificadas con fines de investigación biomédica sin el consentimiento del sujeto fuente, cuando la obtención de dicho consentimiento no sea posible o represente un esfuerzo no razonable en el sentido del artículo 3.i) de esta Ley. En estos casos se exigirá el dictamen favorable del Comité de Ética de la Investigación correspondiente, el cual deberá tener en cuenta, como mínimo, los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de una investigación de interés general.
- b) Que la investigación se lleve a cabo por la misma institución que solicitó el consentimiento para la obtención de las muestras.
- c) Que la investigación sea menos efectiva o no sea posible sin los datos identificativos del sujeto fuente.
- d) Que no conste una objeción expresa del mismo.
- e) Que se garantice la confidencialidad de los datos de carácter personal.

3. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 7, podrá fijarse una compensación económica por las molestias físicas, los gastos y otros inconvenientes que puedan derivarse de la toma de la muestra.

4. Cuando, por razones de salud, el sujeto fuente o su familia lo necesiten podrán hacer uso de las muestras, siempre que estén disponibles y no se encuentren anonimizadas.

5. La obtención de muestras biológicas de menores de edad y personas incapacitadas con fines de investigación biomédica, estará sometida a las siguientes condiciones:

- a) Que se adopten las medidas necesarias para garantizar que el riesgo de la intervención sea mínimo para el sujeto fuente.
- b) Que de la investigación se puedan obtener conocimientos relevantes sobre la enfermedad o situación objeto de investigación, de vital importancia para entenderla, paliarla o curarla.
- c) Que estos conocimientos no puedan ser obtenidos de otro modo.
- d) Que se cuente con la autorización por parte de los representantes legales del menor o de la persona incapacitada o que, en su caso, existan garantías sobre el correcto consentimiento de los sujetos fuente.

6. En los estudios de diversidad genética se respetarán siempre las tradiciones locales y étnicas, evitando en todo caso prácticas de estigmatización y discriminación.

#### Artículo 59. *Información previa a la utilización de la muestra biológica*

1. Sin perjuicio de lo previsto en la legislación sobre protección de datos de carácter personal, y en particular, en el artículo 45 de esta Ley, antes de emitir el consentimiento para la utilización de una muestra biológica con fines de investigación biomédica que no vaya a ser sometida a un proceso de anonimización, el sujeto fuente recibirá la siguiente información por escrito:

- a) Finalidad de la investigación o línea de investigación para la cual consiente.
- b) Beneficios esperados.

c) Posibles inconvenientes vinculados con la donación y obtención de la muestra, incluida la posibilidad de ser contactado con posterioridad con el fin de recabar nuevos datos u obtener otras muestras.

d) Identidad del responsable de la investigación.

e) Derecho de revocación del consentimiento y sus efectos, incluida la posibilidad de la destrucción o de la anonimización de la muestra y de que tales efectos no se extenderán a los datos resultantes de las investigaciones que ya se hayan llevado a cabo.

f) Lugar de realización del análisis y destino de la muestra al término de la investigación: disociación, destrucción, u otras investigaciones, y que en su caso, comportará a su vez el cumplimiento de los requerimientos previstos en esta Ley. En el caso de que estos extremos no se conozcan en el momento, se establecerá el compromiso de informar sobre ello en cuanto se conozca.

g) Derecho a conocer los datos genéticos que se obtengan a partir del análisis de las muestras donadas.

h) Garantía de confidencialidad de la información obtenida, indicando la identidad de las personas que tendrán acceso a los datos de carácter personal del sujeto fuente.

i) Advertencia sobre la posibilidad de que se obtenga información relativa a su salud derivada de los análisis genéticos que se realicen sobre su muestra biológica, así como sobre su facultad de tomar una posición en relación con su comunicación.

j) Advertencia de la implicación de la información que se pudiera obtener para sus familiares y la conveniencia de que él mismo, en su caso, transmita dicha información a aquéllos.

k) Indicación de la posibilidad de ponerse en contacto con él/ella, para lo que podrá solicitársele información sobre el modo de hacerlo.

2. En el caso de utilización de muestras que vayan a ser anonimizadas, el sujeto fuente recibirá la información contenida en los apartados a), b), c) y d) de este artículo.

#### Artículo 60. *Consentimiento sobre la utilización de la muestra biológica*

1. El consentimiento sobre la utilización de la muestra biológica se otorgará, bien en el acto de obtención de la muestra, bien con posterioridad, de forma específica para una investigación concreta.

2. El consentimiento específico podrá prever el empleo de la muestra para otras líneas de investigación relacionadas con la inicialmente propuesta, incluidas las realizadas por terceros. Si no fuera éste el caso, se solicitará al sujeto fuente que otorgue, si lo estima procedente, un nuevo consentimiento.

3. El consentimiento podrá ser revocado, totalmente o para determinados fines, en cualquier momento. Cuando la revocación se refiera a cualquier uso de la muestra, se procederá a su inmediata destrucción, sin perjuicio de la conservación de los datos resultantes de las investigaciones que se hubiesen realizado con carácter previo.

#### Artículo 61. *Conservación y destrucción de las muestras*

1. En el caso de que la muestra sea conservada, el sujeto fuente será informado por escrito de las condiciones de conservación, objetivos, usos futuros, cesión a terceros y condiciones para poder retirarlas o pedir su destrucción. No obstante, las muestras biológicas utilizadas en investigación biomédica se conservarán únicamente en

tanto sean necesarias para los fines que justificaron su recogida, salvo que el sujeto fuente haya otorgado su consentimiento explícito para otros usos posteriores.

2. Lo indicado en el apartado anterior se entiende aplicable en tanto los datos de identificación de la muestra no hayan sido sometidos a su anonimización de conformidad con lo previsto en esta Ley.

#### Artículo 62. *Informe del Comité de Ética de la Investigación*

Será preciso, en todo caso, el informe favorable del Comité de Ética de la Investigación correspondiente al centro para la obtención y utilización de muestras biológicas para investigación biomédica y para estudios de biodiversidad, en particular cuando se haya previsto la utilización de muestras biológicas procedentes de personas fallecidas o cuando se pretenda la incorporación de una muestra biológica a una línea de investigación no relacionada con aquella para la que se obtuvo inicialmente consentimiento.

### CAPÍTULO IV

#### BIOBANCOS. NOTAS DE DESARROLLO. DESARROLLADO POR DECRETO 143/2008, DE 3 OCTUBRE

#### Artículo 63. *Interés científico*

La autorización de la creación de un biobanco requerirá que su organización, objetivos y medios disponibles justifiquen su interés biomédico.

#### Artículo 64. *Autorización*

1. Será competencia del Ministro de Sanidad y Consumo la creación de bancos nacionales de muestras biológicas que se estimen convenientes en razón del interés general.

2. Para la constitución de otros biobancos será precisa la autorización de la autoridad competente de la Comunidad Autónoma correspondiente.

#### Artículo 65. *Titularidad*

1. La persona física o jurídica, pública o privada, que ostente la titularidad de un biobanco será el responsable del mismo.

2. Si se produjera el cambio de titularidad de la persona responsable del biobanco, o la modificación o ampliación de los objetivos de aquél, se comunicará tal circunstancia a la autoridad competente, que, en su caso, otorgará una nueva autorización.

#### Artículo 66. *Organización del biobanco*

1. El biobanco deberá contar con un director científico, un responsable del fichero y estará adscrito a sendos comités externos, uno científico y otro de ética, respectivamente, que asistirán al director del biobanco en sus funciones.

2. El director del biobanco tendrá las siguientes obligaciones:

- a) Velar por el cumplimiento de la legislación vigente.
- b) Mantener un registro de actividades del biobanco.

c) Garantizar la calidad, la seguridad y la trazabilidad de los datos y muestras biológicas almacenadas y de los procedimientos asociados al funcionamiento del biobanco.

d) Elaborar un informe anual de actividades, que pondrán a disposición de la autoridad que dio la autorización para creación del biobanco.

e) Atender las consultas o reclamaciones que puedan dirigirse al biobanco.

f) Elaborar el documento de buena práctica del biobanco.

g) Elaborar la memoria descriptiva que recoja las características de las colecciones, los criterios de inclusión y los propósitos para los cuales se constituye la colección, la forma en que se ha reunido la colección histórica, y la información que puede asociarse a las muestras.

3. El responsable del fichero atenderá las solicitudes de ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación u oposición formuladas por los sujetos fuente, de conformidad con lo dispuesto en la normativa vigente sobre protección de datos de carácter personal.

#### Artículo 67. *Registro Nacional de Biobancos*

1. Una vez constituido el biobanco según el procedimiento anterior, la autoridad competente procederá a su registro en el Registro Nacional de Biobancos para Investigación Biomédica, bajo la dependencia del Instituto de Salud Carlos III. Previamente habrán de inscribirse en la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con la legislación vigente. Los datos de este Registro se basarán en los que sean proporcionados por las autoridades competentes para autorizar los biobancos.

2. Cualquier persona o establecimiento público o privado que tengan una o más colecciones ordenadas de muestras o material biológico humano procedentes de personas identificadas o identificables, deberán inscribirlas, asimismo, en el Registro Nacional de Biobancos. Dicho requisito será independiente de su inscripción en los registros de otras instituciones debido a su especial naturaleza o finalidad.

3. El Ministerio de Sanidad y Consumo certificará la naturaleza y alcance de la colección una vez inscrita.

4. No estarán sometidas a la indicada inscripción las colecciones mantenidas por personas físicas para usos exclusivamente personales, ni las muestras, aunque estén ordenadas como colección, que se hayan obtenido para la realización de los análisis pertinentes con fines diagnósticos y, en su caso, de tratamiento del sujeto fuente, y que no se mantengan almacenados durante un período de tiempo superior al cumplimiento de estos objetivos.

#### Artículo 68. *Inspecciones y medidas de control*

La autoridad competente llevará a cabo inspecciones periódicas para garantizar que los biobancos cumplen las condiciones de instalación, organización y funcionamiento con las que fueron autorizados.

#### Artículo 69. *Obtención y cesión de muestras*

1. La obtención de muestras se realizará de acuerdo con lo previsto en el capítulo III de este título.

2. Las muestras almacenadas en el biobanco serán cedidas a título gratuito a terceros que las precisen con fines de investigación biomédica. Sólo se cederán muestras

para las solicitudes que procedan de proyectos de investigación que han sido científicamente aprobados. La solicitud contendrá información acerca del proyecto a desarrollar, compromiso explícito del centro solicitante y/o de los investigadores que participen en el proyecto de no utilizar el material solicitado para un uso diferente del señalado en el mismo. Llevará el visto bueno de los comités científico y ético del banco.

3. Podrán repercutirse con la cesión de cada muestra los costes de obtención, mantenimiento, manipulación, envío y otros gastos de similar naturaleza relacionados con las muestras. En cualquier caso la cantidad de muestra cedida será la mínima necesaria para la realización del proyecto.

4. La obtención, transporte, almacenamiento, manipulación y envío de muestras se hará en condiciones de bioseguridad, de conformidad con la legislación aplicable.

5. La denegación total o parcial por el biobanco de la entrega de las muestras que se le soliciten con fines de investigación biomédica requerirá una decisión motivada de la persona responsable, para lo que tendrá a la vista los informes previos respectivos del director científico y de los comités científico y ético que se mencionan en el artículo 66.1.

6. La cesión de muestras podrá ir acompañada de la información clínica asociada, en cuyo caso los datos estarán protegidos según lo dispuesto en la Ley de Autonomía del Paciente y la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal.

#### Artículo 70. *Derechos de los sujetos fuente*

1. Será de aplicación para las muestras biológicas depositadas en biobancos lo dispuesto en los artículos del capítulo III del presente título relativos a la obtención, información previa, consentimiento, confidencialidad, cesión, conservación de datos y muestras, acceso a los datos y derecho a no ser informado.

2. No obstante lo establecido en el apartado anterior, las muestras biológicas que se incorporen a los biobancos podrán utilizarse para cualquier investigación biomédica, en los términos que prescribe esta Ley, siempre que el sujeto fuente o, en su caso, sus representantes legales hayan prestado su consentimiento en estos términos.

#### Artículo 71. *Clausura o cierre del biobanco*

1. La autoridad competente podrá decidir, de oficio o a instancia de parte y mediante resolución motivada, la clausura o el cierre del biobanco en los casos en los que no se cumplan los requisitos sobre su creación, organización y funcionamiento establecidos en esta Ley, o cuando su titular manifieste la voluntad de no continuar con su actividad.

2. En dicha resolución se indicará, asimismo, el destino de las muestras almacenadas en el biobanco que vaya a ser clausurado o cerrado.

## TÍTULO VI

### **Infraacciones, sanciones y compensaciones por daños**

#### Artículo 72. *Disposiciones generales*

1. Las infracciones que establece esta Ley relativas a la obtención y uso de células y tejidos de origen humano, a la utilización de procedimientos invasivos en la investigación biomédica, así como a los datos genéticos de carácter personal, serán objeto de las sanciones administrativas correspondientes, previa instrucción del opor-

tuno expediente, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan concurrir.

2. La potestad sancionadora regulada en esta Ley se ejercerá, en lo no previsto en la misma, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

3. Cuando, a juicio de la Administración, la infracción pudiera ser constitutiva de delito o falta, el órgano administrativo dará traslado al Ministerio Fiscal, absteniéndose aquél de proseguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado.

La sanción penal excluirá la imposición de sanción administrativa cuando aquella se imponga por los mismos hechos y en función de los mismos intereses públicos protegidos, si bien deberán exigirse las demás responsabilidades que se deduzcan de otros hechos o infracciones concurrentes.

De no haberse estimado la existencia de delito o falta, la administración continuará el expediente sancionador tomando como base, en su caso, los hechos que los tribunales hayan considerado probados.

4. Las medidas administrativas que hubieran sido adoptadas para salvaguardar el derecho a la protección de la salud y la seguridad de las personas se mantendrán en tanto la autoridad judicial se pronuncie sobre las mismas.

5. Las infracciones muy graves prescribirán a los tres años; las graves, a los dos años, y las leves, a los seis meses. Las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los tres años; las impuestas por faltas graves, a los dos años, y las impuestas por faltas leves, al año.

#### Artículo 73. *Responsabilidades*

1. De las diferentes infracciones será responsable su autor.

2. Cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en esta Ley corresponda a varias personas conjuntamente, responderán de forma solidaria de conformidad con lo dispuesto en el artículo 130.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. La misma Norma será aplicable a los directores de los centros o servicios por el incumplimiento de las referidas obligaciones por parte de los profesionales biomédicos dependientes de aquéllos.

#### Artículo 74. *Infracciones*

1. Las infracciones se calificarán como leves, graves, o muy graves, atendiendo a la lesividad del hecho, a la cuantía del eventual beneficio obtenido, a la alteración sanitaria y social producida y a su grado de intencionalidad.

2. Además de las contempladas en la Ley General de Sanidad, la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal, la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida, la Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Documentación Clínica y en aquellas otras normas establecidas por las Comunidades Autónomas, a los efectos de esta Ley se consideran como infracciones leves, graves y muy graves, las siguientes:

A) Son infracciones leves:

Las que comporten el incumplimiento de cualquier obligación o la vulneración de cualquier prohibición establecidas en esta Ley, siempre que en razón de los crite-

rios contemplados en este artículo no proceda su calificación como infracciones graves o muy graves.

B) Son infracciones graves:

a) La inobservancia de las prescripciones, condiciones, requisitos y autorizaciones previas que se establecen en esta Ley para el funcionamiento de los registros previstos en esta Ley.

b) La omisión de datos, consentimientos y referencias exigidas por esta Ley.

c) La ausencia de suministro de datos a la autoridad sanitaria que corresponda para el funcionamiento de los registros previstos en esta Ley, de los datos correspondientes.

d) La ruptura de las condiciones de confidencialidad de los datos de los donantes establecidas en esta Ley.

e) El incumplimiento de la gratuidad de la donación de preembriones, embriones y fetos, en los términos establecidos en la Ley.

f) El incumplimiento de las normas y garantías establecidas para el traslado de células y tejidos de origen embrionario humano entre países.

C) Son infracciones muy graves:

a) La realización de cualquier intervención dirigida a la introducción de una modificación en el genoma de la descendencia.

b) Mantener el desarrollo *in vitro* de los permisiones más allá del límite de 14 días siguientes a la fecundación del ovocito, descontando de ese tiempo el que pudieran haber estado crioconservados.

c) Mantener embriones o fetos vivos fuera del útero con cualquier fin distinto a la procreación.

d) La extracción de células o tejidos de embriones o fetos en desarrollo, de la placenta o de sus envolturas con fines que no sean diagnósticos o terapéuticos en el propio interés de aquéllos, salvo en los casos previstos en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

e) El incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 33.

f) La producción de híbridos interespecíficos que utilicen material genético humano, a salvo de lo previsto en la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida.

g) La inobservancia de las prescripciones, condiciones, requisitos o autorizaciones previas que se establecen en esta Ley para la obtención y uso de células y tejidos de origen embrionario humano u otro funcionalmente semejante.

#### Artículo 75. Sanciones

1. Las infracciones leves contra lo previsto en esta Ley serán sancionadas con multa de hasta 600 euros, las graves con multa desde 601 euros hasta 10.000 euros, y las muy graves desde 10.001 euros hasta 1.000.000 de euros.

2. La cuantía de la sanción que se imponga, dentro de los límites indicados, se graduará teniendo en cuenta el riesgo generado, la repercusión social de la infracción, el beneficio que haya reportado al infractor la conducta sancionada y la previa comisión de una o más infracciones contra esta Ley.

3. En todo caso, cuando la cuantía de la multa resulte inferior al beneficio obtenido por la comisión de la infracción, la sanción será aumentada hasta el doble del importe en que se haya beneficiado el infractor.

4. Si un mismo hecho fuera constitutivo de dos o más infracciones tipificadas en esta u otras Leyes, se tomará en consideración únicamente aquella que comporte la mayor sanción.

5. Las cuantías de las multas serán revisadas y actualizadas periódicamente por el Gobierno, teniendo en cuenta la variación de los índices de precios al consumo.

6. Sin perjuicio de las sanciones previstas en este artículo, las infracciones graves o muy graves llevarán aparejadas la revocación de la autorización concedida para la investigación o actividad de que se trate.

Asimismo, en casos especialmente graves podrá acordarse la exclusión de autorización de cualquiera de las actividades reguladas en esta Ley por un período de uno a cinco años. Para la imposición de esta medida se tendrán en cuenta el riesgo generado, la repercusión social de la infracción, el beneficio que haya reportado al infractor la conducta sancionada y la previa comisión de una o más infracciones contra esta Ley.

#### Artículo 76.

Los órganos competentes ejercerán las funciones de control e inspección, de oficio o a instancia de parte, así como la instrucción y resolución de expedientes sancionadores.

## TÍTULO VII

### El Comité de Bioética de España

#### Artículo 77. *Naturaleza del Comité*

Se crea el Comité de Bioética de España, como órgano colegiado, independiente y de carácter consultivo, sobre materias relacionadas con las implicaciones éticas y sociales de la Biomedicina y Ciencias de la Salud.

Estará adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo, que designará su sede.

#### Artículo 78. *Funciones*

1. Son funciones del Comité de Bioética de España:

a) Emitir informes, propuestas y recomendaciones para los poderes públicos de ámbito estatal y autonómico en asuntos con implicaciones éticas relevantes.

b) Emitir informes, propuestas y recomendaciones sobre materias relacionadas con las implicaciones éticas y sociales de la Biomedicina y Ciencias de la Salud que el Comité considere relevantes.

c) Establecer los principios generales para la elaboración de códigos de buenas prácticas de investigación científica, que serán desarrollados por los Comités de Ética de la Investigación.

d) Representar a España en los foros y organismos supranacionales e internacionales implicados en la Bioética.

e) Elaborar una memoria anual de actividades.

f) Cualesquiera otras que les encomiende la normativa de desarrollo de esta Ley.

2. Los informes, propuestas, recomendaciones y demás documentos elaborados por el Comité de Bioética de España podrán ser publicados para general conocimiento

y difusión, con pleno respeto a los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos.

3. El Comité de Bioética de España colaborará con otros comités estatales y autonómicos que tengan funciones asesoras sobre las implicaciones éticas y sociales de la Biomedicina y Ciencias de la Salud y fomentará la comunicación entre ellos, sin perjuicio de sus competencias respectivas.

#### Artículo 79. *Composición y designación de sus miembros*

1. El Comité estará constituido por un número máximo de doce miembros, elegidos entre personas acreditadamente cualificadas del mundo científico, jurídico y bioético. En su composición deberá procurarse la presencia equilibrada de las distintas disciplinas implicadas en las reflexiones bioéticas.

2. Los miembros del Comité serán nombrados por el Ministro de Sanidad y Consumo, de la forma siguiente:

a) Seis miembros, a propuesta de las Comunidades Autónomas, según lo acordado a tal efecto en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

b) Seis miembros propuestos por la Administración General del Estado en la proporción siguiente:

- 1.º Uno por el Ministerio de Justicia.
- 2.º Uno por el Ministerio de Educación y Ciencia.
- 3.º Uno por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.
- 4.º Tres por el Ministerio de Sanidad y Consumo.

3. El Presidente del Comité será nombrado de entre sus miembros por el Ministro de Sanidad y Consumo.

4. El Secretario del Comité será un funcionario con rango de Subdirector General perteneciente al Instituto de Salud Carlos III, que actuará con voz y sin voto.

#### Artículo 80. *Duración del mandato y ejercicio del cargo*

1. Los miembros del Comité tendrán un mandato de cuatro años renovables por una sola vez, salvo que sustituyan, antes de la expiración del plazo, a otro miembro previamente designado, en cuyo caso su mandato lo será por el tiempo que reste hasta completar cuatro años contados desde el nombramiento del miembro originario, sin perjuicio de la posibilidad de renovación.

2. La renovación de los miembros se realizará por mitades cada dos años, salvo la primera, que será por sorteo.

3. Los miembros del Comité cesarán por las causas siguientes:

a) Expiración de su mandato.

b) Renuncia, que surtirá efectos por la mera notificación al Ministro de Sanidad y Consumo.

c) Separación acordada por el Ministro de Sanidad y Consumo, previa audiencia del interesado, por incapacidad permanente para el ejercicio de su función, incumplimiento grave de sus obligaciones, incompatibilidad sobrevenida o procesamiento por delito doloso. A estos efectos, el auto de apertura del juicio oral se asimilará al auto de procesamiento.

4. Los miembros del Comité actuarán con independencia de las autoridades que los propusieron o nombraron y no podrán pertenecer a los órganos de gobierno de la

Administración del Estado, Comunidades Autónomas o corporaciones locales, así como a las Cortes Generales o Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

Artículo 81. *Funcionamiento*

1. El Comité funcionará en Pleno y en Comisión Permanente. La composición y funciones de ambos órganos se determinarán reglamentariamente.
2. El funcionamiento del Pleno y de la Comisión Permanente se desarrollará en un reglamento interno, que aprobará el propio Comité en Pleno.
3. En dicho Reglamento se incluirán, al menos, los siguientes aspectos:
  - a) Frecuencia de sus reuniones, que como mínimo serán trimestrales.
  - b) Procedimientos deliberativos y de toma de decisiones.
  - c) Extensión y límites del deber de confidencialidad de sus miembros.
  - d) Independencia de los miembros y conflictos de intereses.
  - e) Procedimiento de elección del Presidente.

## TÍTULO VIII

### **Promoción y coordinación de la investigación biomédica en el Sistema Nacional de Salud**

Artículo 82. *Iniciativa Sectorial de Investigación en Salud*

1. En la elaboración de la Iniciativa Sectorial de Investigación en Salud, integrada en el Plan de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica, el Ministerio de Sanidad y Consumo tendrá en cuenta las propuestas presentadas por las Comunidades Autónomas para el establecimiento de las áreas prioritarias, de acuerdo a las necesidades de salud de la población y a los objetivos de mejora en los servicios sanitarios y de salud pública.

En el ejercicio de sus competencias, las Comunidades Autónomas podrán establecer sus propios planes de investigación biomédica y dispondrán, a través de la Iniciativa Sectorial de Investigación en Salud, de un marco de referencia estatal para la mejor utilización de los recursos existentes y la adaptación estratégica de la investigación a los planes nacionales de actuación sanitaria.

2. En la elaboración de la Iniciativa Sectorial de Investigación en Salud se tendrán en cuenta los recursos humanos, materiales y presupuestarios necesarios para asegurar la financiación regular de la promoción y el desarrollo de la investigación científica y técnica de calidad en biomedicina.

Artículo 83. *Fomento de la actividad investigadora del Sistema Nacional de Salud*

1. Las actividades de investigación habrán de ser fomentadas en todo el sistema sanitario como elemento fundamental para el progreso del mismo.

2. El Instituto de Salud Carlos III contribuirá a la vertebración de la investigación en el Sistema Nacional de Salud en los términos previstos en el artículo 48 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, y fomentará y coordinará la investigación en biomedicina mediante la realización de investigación básica y aplicada, el impulso de la investigación epidemiológica y en salud pública, acreditación y prospectiva científica y técnica, control sanitario, asesoramiento científico-técnico y formación y educación sanitaria en biomedicina.

3. En el ámbito de la regulación sobre investigación recogida en el capítulo IV de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, el Ministerio de Sanidad y Consumo y las Comunidades Autónomas fomentarán la intervención de los hospitales como núcleos vertebradores de la investigación en forma cooperativa y de red. En las redes de investigación podrán participar los centros de atención primaria.

4. En la ejecución de la investigación biomédica y en ciencias de la salud del Sistema Nacional de Salud podrán participar organismos públicos de investigación dependientes de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas, sean o no pertenecientes al Sistema Nacional de Salud, universidades y empresas e instituciones de carácter público o privadas sin ánimo de lucro que realicen actividades de investigación y desarrollo tecnológico.

Los programas incluidos en la investigación biomédica podrán ser ejecutados asimismo en colaboración con instituciones extranjeras de carácter internacional.

5. Los organismos, empresas e instituciones a las que se refiere el apartado anterior, podrán contratar para colaborar en la ejecución de las actividades de investigación y desarrollo tecnológico correspondientes a la Iniciativa Sectorial en Investigación, personal científico, expertos en desarrollo tecnológico y otros especialistas relacionados con actividades de I+D, en las condiciones establecidas en el artículo 17 de la Ley 13/1986, de 14 de abril, de Fomento y Coordinación General de la Investigación Científica y Técnica.

*Artículo 84. Fomento y coordinación de la formación investigadora del personal del Sistema Nacional de Salud*

1. Las Administraciones públicas apoyarán la formación en el ámbito de la investigación biomédica mediante el desarrollo de las medidas que se señalan en esta Ley, la ejecución de programas de becas y ayudas y la mejora de sus condiciones de trabajo.

2. El Consejo Nacional de Especialidades en Ciencias de la Salud promoverá la investigación y la innovación tecnológica y metodológica en la formación sanitaria especializada.

*Artículo 85. Carrera investigadora en los centros del Sistema Nacional de Salud*

1. Las Administraciones públicas fomentarán, en el marco de la planificación de sus recursos humanos, la incorporación a los servicios de salud de personal investigador en régimen estatutario.

En el supuesto de centros acogidos a las nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud de la Ley 15/1997, de 25 de abril, la incorporación de personal investigador se realizará en el régimen jurídico que corresponda.

En ambos supuestos dicha incorporación se realizará a través de los procedimientos legalmente establecidos.

2. Los centros del Sistema Nacional de Salud podrán contratar personal laboral temporal dedicado a actividades de investigación con arreglo a las siguientes condiciones:

a) Investigadores en formación, que serán licenciados o ingenieros una vez obtenido el Diploma de Estudios Avanzados o documento administrativo que lo sustituya de acuerdo con la nueva estructura de enseñanzas adaptada al Espacio Europeo de Educación Superior, por un período máximo de dos años, que deberán ser los siguientes a la obtención de dicho diploma, de conformidad con el Real

Decreto 63/2006, de 27 de enero, por el que se aprueba el estatuto del personal investigador en formación.

b) Investigadores en perfeccionamiento, que serán doctores o especialistas que han superado la formación sanitaria especializada y que serán contratados para tareas de investigación en las condiciones previstas en el artículo 17.1.b) de la Ley de Coordinación General de la Investigación Científica y Técnica.

3. La selección y contratación de dicho personal deberá someterse a los principios de pública concurrencia, mérito y capacidad y de evaluación científica independiente propios de la comunidad científica.

4. Las actividades realizadas de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2 de este artículo, se incluirán en los baremos de méritos para la obtención de plazas de personal facultativo en las instituciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud. Asimismo se tendrán en cuenta en la promoción profesional de los profesionales del Sistema Nacional de Salud que desarrollan actividad asistencial.

5. Las Administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, podrán incluir la actividad investigadora como parte del sistema de reconocimiento del desarrollo profesional del personal estatutario, de acuerdo con lo previsto en el artículo 37 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias.

6. En el ámbito de los respectivos servicios de salud se arbitrarán las medidas necesarias para facilitar la compatibilidad de la actividad asistencial y la científica en las profesiones sanitarias, de conformidad con la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas.

#### Artículo 86. *Movilidad del personal investigador*

1. Se fomentará la movilidad y el intercambio de investigadores vinculados a la investigación en salud de distintos centros en el marco nacional y del espacio europeo de investigación y de los acuerdos de cooperación recíproca con otros Estados.

Los funcionarios pertenecientes a cuerpos o escalas de investigación podrán ser autorizados a realizar labores relacionadas con la investigación científica y tecnológica fuera del ámbito orgánico al que estén adscritos, mediante los mecanismos de movilidad previstos en la normativa de función pública.

2. Siempre que una empresa de base tecnológica sea creada a partir de patentes o de resultados generados por proyectos de investigación financiados total o parcialmente con fondos públicos y realizados en centros de investigación, los funcionarios o personal estatutario que fundamente su participación en los mencionados proyectos, podrán solicitar la autorización para incorporarse a dicha empresa, mediante una excedencia temporal.

El Gobierno regulará las condiciones y el procedimiento para la concesión de dicha excedencia que, en todo caso, sólo podrá concederse por un límite máximo de cinco años. Durante este período, los excedentes tendrán derecho a la reserva del puesto de trabajo y a su cómputo a efectos de antigüedad. Si con anterioridad al último mes previo a la finalización del período por el que se hubiera concedido la excedencia el funcionario o personal estatutario no solicitara el reingreso al servicio activo, será declarado de oficio en situación de excedencia voluntaria por interés particular.

#### Artículo 87. *Adscripción temporal de especialistas*

El Ministerio de Sanidad y Consumo, previa autorización del organismo correspondiente, podrá adscribir con carácter temporal, a tiempo completo o parcial, personal científico, expertos en investigación clínica y desarrollo tecnológico, que presten

servicios en departamentos ministeriales, Comunidades Autónomas, universidades, organismos públicos de investigación y entidades públicas. Dicha adscripción se articulará de conformidad con la normativa del régimen jurídico del personal funcionario o laboral que le sea aplicable, en cada caso.

La adscripción a tiempo parcial del personal mencionado anteriormente será compatible con el desempeño, igualmente en régimen de prestación a tiempo parcial, del puesto de trabajo que viniera ocupando. También podrán contratar, por tiempo no superior a la duración de la Iniciativa Sectorial de Investigación en Salud, a cualquier tipo de personal no adscrito al sector público, conforme a lo establecido en el artículo 15.1, párrafo *a*), del Estatuto de los Trabajadores, y de conformidad con lo dispuesto en las correspondientes Ofertas de Empleo Público.

#### Artículo 88. *Institutos y redes de investigación*

El Sistema Nacional de Salud colaborará con otras instituciones y organizaciones implicadas en la investigación para la utilización conjunta de infraestructuras científicas y el desarrollo de proyectos de investigación. A tal efecto, se promoverá la configuración de institutos de investigación biomédica en el seno de los centros del Sistema Nacional de Salud mediante la asociación de grupos de investigación.

A los efectos de la participación en las convocatorias del Ministerio de Sanidad y Consumo, la capacidad investigadora de dichos institutos podrá ser certificada por el propio Ministerio de Sanidad y Consumo, a propuesta del Instituto de Salud Carlos III o de las Comunidades Autónomas, por el procedimiento que se establezca reglamentariamente.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 42.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el plazo de resolución y notificación en el procedimiento de certificación a que se refiere este artículo será de doce meses.

#### Artículo 89. *Cooperación entre los sectores público y privado*

1. Con el fin de incrementar la implicación del sector privado en la Investigación Biomédica y en Ciencias de la Salud, se establecerán procedimientos de participación de entidades privadas que desarrollen actividades de investigación o de desarrollo tecnológico en la ejecución de las acciones de investigación del Sistema Nacional de Salud.

2. Para el cumplimiento del objetivo del apartado primero los centros del Sistema Nacional de Salud, las instituciones y organismos públicos de investigación biomédica y en ciencias de la salud y las universidades podrán celebrar convenios con entidades privadas que realicen actividades de investigación científica y desarrollo tecnológico. En estos convenios se podrá establecer la posibilidad de que el personal de estas entidades privadas participe en la ejecución de programas o proyectos de investigación del Sistema Nacional de Salud. En ningún caso, esta participación generará derecho al acceso a la función pública o al servicio de la Administración pública mediante una vinculación laboral o de otro tipo.

3. Las Administraciones públicas promoverán entornos propicios para el desarrollo de iniciativas privadas y fomentarán la creación de nuevas oportunidades empresariales que surjan del propio Sistema Nacional de Salud, incluida la constitución de sociedades de capital-riesgo orientadas a la inversión en investigación biomédica.

4. Asimismo, se adoptarán medidas que contribuyan a favorecer los adecuados retornos al Sistema Nacional de Salud, en atención a las inversiones realizadas en el ámbito de la investigación biomédica.

#### Artículo 90. *Financiación*

1. Para la financiación de las actuaciones mencionadas en los artículos anteriores cuya gestión corresponda al Ministerio de Sanidad y Consumo se utilizarán los instrumentos de financiación previstos en el Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica. Dicha financiación irá a cargo de las partidas presupuestarias de este Ministerio, sin perjuicio de los acuerdos de cofinanciación existentes o que se establezcan en el futuro con entidades públicas y privadas.

2. La financiación de las actuaciones mencionadas en el artículo anterior que gestione el Ministerio de Sanidad y Consumo se adecuará a lo previsto en el Plan Nacional de I+D+i, incluso cuando los fondos provengan de tarifas fijadas legalmente, y con cargo a partidas presupuestarias del citado departamento ministerial, sin perjuicio de la existencia de acuerdos de cofinanciación con entidades públicas o privadas.

#### Disposición adicional primera. *Utilización de células y tejidos humanos con fines terapéuticos*

La utilización con fines terapéuticos de cualquier material biológico de origen humano a los que hace referencia esta Ley, se regirá, según corresponda por la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, y demás disposiciones que las desarrollen, sin perjuicio de lo previsto en el Título II de esta Ley en aquellos supuestos en que resulte de aplicación.

#### Disposición adicional segunda. *Fomento de la investigación biomédica por el Instituto de Salud Carlos III*

##### Uno. Medio instrumental.

1. El Instituto de Salud Carlos III tendrá la consideración de medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración General del Estado y de sus organismos y entidades de derecho público, en las materias que constituyen sus fines, y realizará los trabajos, servicios, estudios, proyectos, asistencias técnicas, obras y cuantas actuaciones le encomienden dichos organismos en la forma establecida en la presente disposición.

2. El importe a pagar por los trabajos, servicios, estudios, proyectos y demás actuaciones realizadas por medio del Instituto de Salud Carlos III se determinará aplicando a las unidades ejecutadas las tarifas que hayan sido fijadas, en función del coste del servicio, por resolución del Ministro de Sanidad y Consumo a propuesta de la Dirección del Instituto de Salud Carlos III.

La compensación que proceda en los casos en los que no exista tarifa se establecerá asimismo por resolución del Ministro de Sanidad y Consumo.

3. En los supuestos previstos en el artículo 17.1 de la Ley de Fomento y Coordinación General de la Investigación Científica y Técnica, no será exigible la clasificación como contratista del Instituto de Salud Carlos III para ser adjudicatario de contratos con las Administraciones públicas.

Dos. Centros propios de investigación.

El Instituto de Salud Carlos III promoverá la investigación en áreas temáticas prioritarias mediante la constitución de unidades de investigación con la forma jurídica de fundación o cualquier otra adecuada a la naturaleza de las funciones que vayan a realizar. Estas unidades tendrán el carácter de centros propios de dicho Instituto.

Las aportaciones financieras otorgadas globalmente a dichos centros para su funcionamiento no se entenderán incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

Tres. Centros virtuales de investigación en forma de red.

El Instituto de Salud Carlos III establecerá los mecanismos para que las redes a las que se refiere el artículo 51 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, que superen los criterios de calidad e idoneidad, tras ser evaluadas convenientemente, puedan convertirse en centros virtuales de investigación en forma de red, con personalidad jurídica propia.

Disposición adicional tercera. *Formación de postgrado en Salud en el marco del Espacio Europeo de Educación Superior*

La Escuela Nacional de Sanidad podrá impartir cursos de postgrado en Salud en el Marco del Espacio Europeo de Educación Superior.

Disposición transitoria primera. *Comisión de Seguimiento y Control de la Donación y Utilización de Células y Tejidos Humanos*

Entretanto se crea la Comisión de Garantías para la Donación y Utilización de Células y Tejidos Humanos prevista en el artículo 37 y siguientes de esta Ley, asumirá sus funciones previstas en el artículo 38, velando por el cumplimiento de las garantías y requisitos establecidos en el artículo 34 y 35 de esta norma legal, la Comisión de Seguimiento y Control de la Donación y Utilización de Células y Tejidos Humanos a la que se refiere el Real Decreto 2132/2004, de 29 de octubre, por el que se establecen los requisitos y procedimientos para solicitar el desarrollo de proyectos de investigación con células troncales obtenidas de preembriones sobrantes.

Disposición transitoria segunda. *Muestras almacenadas con anterioridad*

Las muestras biológicas obtenidas con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley podrán ser tratadas con fines de investigación biomédica cuando el sujeto fuente haya dado su consentimiento o cuando las muestras hayan sido previamente anonimizadas. No obstante, podrán tratarse muestras codificadas o identificadas con fines de investigación biomédica sin el consentimiento del sujeto fuente, cuando la obtención de dicho consentimiento represente un esfuerzo no razonable en el sentido que se indica en el párrafo *i*) del artículo 3 de esta Ley, o no sea posible porque el sujeto fuente hubiera fallecido o fuera ilocalizable. En estos casos se exigirá el dictamen favorable del Comité de Ética de la Investigación correspondiente, el cual deberá tener en cuenta, como mínimo, los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de una investigación de interés general.
- b) Que la investigación sea menos efectiva o no sea posible sin los datos identificativos del sujeto fuente.
- c) Que no conste una objeción expresa del mismo.
- d) Que se garantice la confidencialidad de los datos de carácter personal.

Disposición transitoria tercera. *Comités Éticos de Investigación Clínica*

Los Comités Éticos de Investigación Clínica dejarán de existir a partir del momento en que se constituyan los Comités de Ética de la Investigación. Hasta que dichos Comités se constituyan, los Comités Éticos de Investigación Clínica que estén en funcionamiento en los centros que realicen investigación biomédica, podrán asumir las competencias de aquéllos.

Disposición derogatoria única. *Derogación normativa*

Queda derogada la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos u Órganos, y cuantas disposiciones que, cualquiera que sea su rango, sean contrarias a lo establecido en esta Ley. Asimismo, quedan derogados los apartados 5 y 6 del artículo 45, y los artículos 46, 47 y 50 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud; el título VII y los capítulos II y III del título VI de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la disposición adicional segunda de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida; y los artículos 10 y 11 del Estatuto del Centro Nacional de Trasplantes y Medicina Regenerativa, aprobado por Real Decreto 176/2004, de 30 de enero.

Disposición final primera. *Título competencial*

Esta Ley se aprueba al amparo del artículo 149.1.15.<sup>a</sup> y 16.<sup>a</sup> de la Constitución Española, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica y en materia de bases y coordinación general de la sanidad.

El Estado y las Comunidades Autónomas adoptarán, en el ámbito de sus respectivas competencias, las medidas necesarias para garantizar la efectividad de esta Ley.

Disposición final segunda. *Aplicación supletoria*

En lo no previsto en esta Ley serán de aplicación la Ley 41/2002, de 14 noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, siempre que no sea incompatible con los principios de esta Ley, y la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Disposición final tercera. *Desarrollo reglamentario*

Se faculta al Gobierno para dictar cuantas disposiciones resulten necesarias para el desarrollo y ejecución de esta Ley, y en particular para establecer:

- a) Las normas de intercambio y circulación, interna, intracomunitaria y extracomunitaria, de material biológico de origen humano con fines de investigación.
- b) Los requisitos básicos de acreditación y autorización de los centros, servicios y equipos biomédicos relativos a la obtención y utilización de cualquier material biológico de origen humano con fines de investigación biomédica.
- c) El funcionamiento y desarrollo de la Comisión de Garantías para la Donación y Utilización de Células y Tejidos Humanos, que sustituirá a la vigente Comisión de Seguimiento y Control de Donación y Utilización de Células y Tejidos Humanos.

d) El funcionamiento y organización del Registro Nacional de Biobancos para Investigación Biomédica, el cual estará adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo.

Disposición final cuarta.

El punto 2 de la letra A) del anexo de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, queda redactado en los siguientes términos:

«2. Fecundación *in vitro* e inyección intracitoplásmica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones».

Disposición final quinta. *Entrada en vigor*

La presente Ley entrará en vigor al día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

# SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

## Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

GEMA MARTÍNEZ GALINDO

Doctora en Derecho. Abogada

### CONSTITUCIÓN

#### ARTÍCULO 14

##### *Derecho a la igualdad en la aplicación de la ley*

«Importa recordar una vez más que, según es doctrina constitucional consolidada, que está resumida entre otras muchas en la más reciente STC 184/2007, de 10 de septiembre (FJ 2), para poder comprobar la lesión del principio de igualdad en la aplicación judicial de la ley es preciso que concurren los siguientes requisitos:

a) La acreditación de un *tertium comparationis*, puesto que el juicio de igualdad sólo puede realizarse sobre la comparación entre la Sentencia impugnada y las precedentes resoluciones del mismo órgano judicial dictadas en casos sustancialmente iguales pero 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. Esta exigencia permite valorar si la divergencia de criterio expresada por el juzgador es fruto de la libertad de apreciación del órgano jurisdiccional en el ejercicio de su función juzgadora (art. 117.3 CE) y consecuencia de una diferente apreciación jurídica de los supuestos sometidos a su decisión, o, por el contrario, un cambio de valoración del caso puramente arbitrario, carente de fundamentación suficiente y razonable.

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) Finalmente la ausencia de toda motivación que justifique en términos generalizables el cambio de criterio, bien lo sea para separarse de una línea doctrinal previa y consolidada, bien lo sea con quiebra de un antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició. Como también está dicho en esa misma doctrina, la razón de esta exigencia estriba en que el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, en conexión con el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), obliga a que un mismo órgano jurisdiccional no pueda

cambiar caprichosamente el sentido de sus decisiones adoptadas con anterioridad en casos sustancialmente iguales sin una argumentación razonada de dicha separación que justifique que la solución dada al caso responde a una interpretación abstracta y general de la norma aplicable y no a una respuesta ad personam, singularizada. Lo que negativamente significa que no podrá apreciarse la lesión de este derecho fundamental cuando el cambio de criterio responda a una vocación de generalidad, ya sea porque en la resolución se explicitan las razones que lo motivan o porque así se deduzca de otros elementos de juicio externos, como pueden ser significativamente 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».

(STC 31/2008, de 25 de febrero. Recurso de amparo núm. 6739/2004. Ponente: D. Pascual Sala Sánchez. «BOE» 28-3-2008).

### *Prohibición de discriminación*

«Como ha señalado con reiteración este Tribunal al analizar el artículo 14 CE, dicho precepto, además de recoger en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley, contiene en el segundo la prohibición de una serie de motivos de discriminación. Esta referencia expresa a concretas razones de discriminación 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 (por todas, 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; 17/2003, de 30 de enero, FJ 3; 161/2004, de 4 de octubre, FJ 3; 182/2005, de 4 de julio, FJ 4; 41/2006, de 13 de febrero, FJ 6, o 3/2007, de 15 de enero, FJ 2). Por ello, bien con carácter general en relación con el listado de los motivos o razones de discriminación expresamente prohibidos por el artículo 14 CE, bien en relación con alguno de ellos en particular, hemos venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos peyorativos en los que operan como factores determinantes los motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe, al tratarse de características expresamente excluidas como causas de discriminación por el artículo 14 CE (STC 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4, y las que en ella se citan).

A diferencia de los casos que habitualmente ha abordado nuestra jurisprudencia, relativos por lo común a factores de discriminación expresamente citados en el artículo 14 CE o, aun no recogidos de forma expresa, históricamente reconocibles de modo palmario como tales en la realidad social y jurídica (como la orientación sexual, STC 41/2006, de 13 de febrero), en esta ocasión se cuestiona la posible discriminación por causa de un factor no listado en el precepto constitucional, cual es el estado de salud del trabajador; en concreto, la existencia de una enfermedad crónica que se discute si resulta o no incapacitante para la actividad profesional del trabajador. Se hace por ello preciso determinar si dicha causa puede o no subsumirse en la cláusula genérica de ese precepto constitucional (“cualquier otra condición o circunstancia personal o social”), teniendo en cuenta que, como se sabe, no existe en el artículo 14 CE una intención tipificadora cerrada (SSTC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 3; 31/1984, de 7 de marzo, FJ 10; y 37/2004, de 11 de marzo, FJ 3).

Para ello debemos partir de la consideración de que, como es patente, no todo criterio de diferenciación, ni todo motivo empleado como soporte de decisiones cau-

santes de un perjuicio, puede entenderse incluido sin más en la prohibición de discriminación del artículo 14 CE, pues, como indica acertadamente la Sentencia de suplicación citando jurisprudencia del Tribunal Supremo, en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta. De ahí que, para determinar si un criterio de diferenciación no expresamente listado en el artículo 14 CE debe entenderse incluido en la cláusula genérica de prohibición de discriminación por razón de “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, resulte necesario analizar la razonabilidad del criterio, teniendo en cuenta que lo que caracteriza a la prohibición de discriminación, frente al principio genérico de igualdad, es la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes (art. 10 CE).

Así como los motivos de discriminación citados expresamente en el artículo 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecido ya ex Constitutione, tal juicio deberá ser realizado inexcusablemente en cada caso en el análisis concreto del alcance discriminatorio de la multiplicidad de condiciones o circunstancias personales o sociales que pueden ser eventualmente tomadas en consideración como factor de diferenciación, y ello no ya para apreciar la posibilidad de que uno de tales motivos pueda ser utilizado excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica sin afectar a la prohibición de discriminación, como ha admitido este Tribunal en el caso de los expresamente identificados en la Constitución (así, en relación con el sexo, entre otras, SSTC 103/1983, de 22 de noviembre, FJ 6; 128/1987, de 26 de julio, FJ 7; 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 2; 126/1997, de 3 de julio, FJ 8; y en relación con la raza, STC 13/2001, de 29 de enero, FJ 8), sino para la determinación misma de si la diferenciación considerada debe ser analizada desde la prohibición de discriminación del artículo 14 CE, en la medida en que responda a un criterio de intrínseca inadmisibilidad constitucional análoga a la de los allí contemplados, o con la perspectiva del principio genérico de igualdad, principio que, como es sabido, resulta en el ámbito de las relaciones laborales matizado por “la eficacia del principio de la autonomía de la voluntad que, si bien aparece fuertemente limitado en el Derecho del trabajo, por virtud, entre otros factores, precisamente del principio de igualdad, subsiste en el terreno de la relación laboral” (STC 197/2000, de 24 de julio, FJ 5)».

(STC 62/2008, de 26 de mayo. Recurso de amparo núm. 3912/2005. Ponente: D.<sup>a</sup> María Emilia Casas Baamonde. «BOE» 26-6-2008).

## ARTÍCULO 17.1

### *Diferencia entre prisión provisional y pena de prisión*

«En efecto, dijimos entonces y hemos de reiterar ahora que: “[l]a prisión provisional es una medida cautelar de naturaleza personal, que tiene como primordial finalidad la de asegurar la disponibilidad física del imputado con miras al cumplimiento de la sentencia condenatoria, que eventualmente pueda ser dictada en su contra, impidiendo de este modo que dicho sujeto pasivo de la imputación pueda sustraerse a la acción de la justicia, [de forma que n]o es en modo alguno una especie de pena anticipada”. Abundando en esta línea añadíamos que “[l]a distinta funcionalidad de la medida cautelar (en que consiste la prisión provisional) y de la pena permite, sin nin-

guna violencia lógica, que un mismo hecho (la privación de libertad), cumpla materialmente una doble función, sin que, por ello, y en lo que concierne a la primera, puede negarse su realidad material, ni alterarse la normal aplicación de su límite temporal”. Y concluíamos afirmando, a los efectos que a este recurso de amparo interesan, que: “[d]el hecho de que el tiempo de privación de libertad, sufrido por la prisión provisional, se abone en su totalidad para el cumplimiento de la pena, no se deriva, a modo de una consecuencia lógica necesaria, la de que el tiempo de cumplimiento de una pena, impuesta en una causa distinta de la que se acordó la prisión provisional, y coincidente con dicha medida cautelar, prive de efectividad real a esa medida cautelar” (FJ 4; doctrina que se reitera en la STC 71/2000, de 13 de marzo, FJ 5)».

(STC 57/2008, de 28 de abril. Recurso de amparo núm. 5899/2003. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas. «BOE» 4-6-2008).

### *Prisión provisional. Motivación y revisión de las resoluciones sobre prisión preventiva y libertad provisional*

«Ni la situación de prisión preventiva, ni la de libertad provisional, ni la cuantía de la fianza que permite acceder a la misma, constituyen situaciones jurídicas intangibles o consolidadas y por ello inmodificables, sino que, de conformidad con lo previsto en el artículo 539 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrím), “los autos de prisión y libertad provisionales serán reformables durante todo el curso de la causa”. Dicho precepto faculta, indiscutiblemente, a los órganos judiciales a modificar una situación anterior (de prisión o de libertad) “cuantas veces sea procedente” y a modificar la cuantía de la fianza “en lo que resulte necesario para asegurar las consecuencias del juicio”. Como recordábamos en la STC 66/1997, de 7 de abril, FJ 1, la incidencia del paso del tiempo en el sustento de la medida de prisión provisional “obliga a posibilitar en todo momento el replanteamiento procesal de la situación personal del imputado y, por así expresarlo, a relativizar o circunscribir el efecto de firmeza de las resoluciones judiciales al respecto con la integración del factor tiempo en el objeto del incidente”.

(.../...)

(Se) ha de partir de la consolidada jurisprudencia de este Tribunal en esta materia:

a) Este Tribunal ha declarado que la libertad provisional, con o sin fianza, en cuanto medida cautelar de naturaleza personal que implica una restricción de la libertad personal, debe ser contrastada con el criterio general que deriva del derecho fundamental a la libertad (SSTC 56/1997, de 17 de marzo, FJ 9; 14/2000, de 17 de enero, FJ 7; y ATC 312/2003, de 29 de septiembre, FJ 4).

Asimismo, hemos afirmado que la legitimidad constitucional de las resoluciones judiciales que acuerdan la imposición de una fianza, cuando sustituye la prisión provisional o permite eludirla, no depende de su adecuación al derecho a la libre disposición de los bienes, sino a la libertad personal, dado que la no prestación de fianza habilita para el ingreso en prisión o para su mantenimiento (SSTC 127/1984, de 28 de diciembre, FJ 5; 14/2000, de 17 de enero, FJ 7; 169/2001, de 16 julio, FJ 4.b; AATC 336/1995, de 11 de diciembre; 158/2000, de 15 de junio, FJ 2; y 312/2003, de 29 de septiembre, FJ 4).

b) En relación con la prisión provisional, desde la STC 128/1995, de 26 de junio, hemos venido afirmando que se trata de 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).

c) Las decisiones relativas a la adopción y mantenimiento de la 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 aquella 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 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 este dato 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; y 35/2007, de 12 de febrero, FJ 2). 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. La simple referencia a lo avanzado de la tramitación carece como tal de fuerza argumentativa para afirmar la posibilidad de que el imputado huya”.

d) 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; y 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; y 29/2001, de 29 de enero, FJ 2). Por ello, el análisis de la insuficiencia de motivación desde el enfoque 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.

e) Finalmente, hemos de recordar también que es a la jurisdicción ordinaria a la que compete en exclusiva determinar en cada caso la concurrencia y valoración de los antecedentes fácticos justificativos de la medida cautelar, única que goza 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 adecuadamente 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; y 35/2007, de 12 de febrero, FJ 2)».

(STC 65/2008, de 29 de mayo. Recurso de amparo núm. 4940/2004. Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. «BOE» 26-6-2008. En sentido similar y mismo «BOE», STC 66/2008, de 29 de mayo).

## ARTÍCULO 17.4

### *Habeas corpus*

«En las SSTC 61/2003, de 24 de marzo (FJ 2), y 224/1998, de 24 de noviembre (FJ 2), hemos reiterado que la legitimación originaria para instar el procedimiento de *habeas corpus*, en cuanto acción específica dirigida a proteger la libertad personal de

quien ha sido ilegalmente privado de ella, reside, como prescribe el artículo 3.a LOHC, en la persona física privada de libertad, y que si bien es cierto que en el caso enjuiciado el privado de libertad, promotor del amparo, no instó por sí mismo el mentado procedimiento, no es menos cierto que actuó en su nombre, tácitamente apoderado al efecto, el Letrado del turno de oficio que le asistía en su calidad de detenido. Esta circunstancia condujo a entender que se había solicitado el procedimiento por quien, como el privado de libertad, tiene legitimación para ello, si bien, instrumentalmente y dada su situación, lo efectuase en su nombre el Letrado designado por el turno de oficio para asistirle como detenido. Dijimos entonces que si el Juez competente albergaba alguna duda sobre la existencia del oportuno mandato conferido a su Letrado por el detenido, debió, para disiparla, realizar las comprobaciones oportunas y, como esencial, acordar la comparecencia de la persona privada de libertad para oírlo, entre otras, acerca de tal circunstancia. Al no hacerlo así, la denegación *a limine litis* de la sustanciación del procedimiento de *habeas corpus*, no se acomodó a la función que al órgano judicial incumbe de guardián de la libertad personal.

En la misma línea, debemos ahora afirmar que resulta ínsita al contenido de la asistencia letrada al detenido la facultad del Abogado de suscitar, en nombre de aquél, el procedimiento de *habeas corpus*; sustentándose tal habilitación en la relevancia del derecho fundamental a cuya garantía sirve el procedimiento, la perentoriedad de la pretensión, las limitaciones fácticas inherentes a la situación de privación de libertad y el principio antiformalista que la exposición de motivos de la Ley reguladora del *habeas corpus* destaca como inspirador de su regulación.

(.../...)

Hemos tenido ya oportunidad de pronunciarnos 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. Conforme a nuestra doctrina, el procedimiento de *habeas corpus*, previsto en el inciso final del citado artículo y desarrollado por la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, 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 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; y 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).

De acuerdo con la específica naturaleza y finalidad constitucional de este procedimiento, y teniendo en cuenta su configuración legal, adquiere especial relevancia la distinción, explícitamente prevista en los artículos 6 y 8 LOHC, entre el juicio de admisibilidad y el juicio de fondo sobre la licitud de la detención objeto de denuncia. Y ello porque, en el trámite de admisión, no se produce la puesta a disposición judi-

cial de la persona cuya privación de libertad se reputa ilegal, tal y como pretende el artículo 17.4 CE, ya que la comparecencia ante el Juez de dicha persona sólo se produce, de acuerdo con el párrafo 1 del artículo 7 LOHC, una vez que el Juez ha decidido la admisión a trámite mediante el Auto de incoación. De ese modo, aun cuando la Ley Orgánica reguladora del procedimiento de *habeas corpus* permita realizar un juicio de admisibilidad previo sobre la concurrencia de los requisitos para su tramitación, posibilitando denegar la incoación del procedimiento, previo dictamen del Ministerio Fiscal, la legitimidad constitucional de tal resolución liminar debe reducirse a los supuestos en los cuales 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 todas, STC 303/2006, de 23 de octubre, FJ único).

Por ello, si se da el presupuesto de la privación de libertad y se cumplen los requisitos formales para la admisión a trámite, no es lícito denegar la incoación del *habeas corpus*. No es posible fundamentar la improcedencia de la inadmisión de este procedimiento en la afirmación de que el recurrente no se encontraba ilícitamente privado de libertad, precisamente porque el contenido propio de la pretensión formulada en el *habeas corpus* es el de determinar la licitud o ilicitud de dicha privación. Conforme a la citada jurisprudencia de este Tribunal, las inadmisiones a *limine* de las solicitudes de *habeas corpus* argumentadas en la legalidad de la detención, como ha sucedido en el presente caso, han de considerarse como una vulneración del artículo 17.4 CE».

(STC 37/2008, de 25 de febrero. Recurso de amparo núm. 4007/2006. Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. «BOE» 28-3-2008)

## ARTÍCULO 18.1

### *Derecho al honor*

«Como hemos señalado reiteradamente (SSTC 180/1999, de 11 de octubre, FJ 4; y 52/2002, de 25 de febrero, FJ 5) el honor constituye un “concepto jurídico normativo cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento”. Ello no significa que este Tribunal haya renunciado a definir su contenido constitucional abstracto al afirmar que este 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 (por todas, SSTC 185/1989, de 13 de noviembre, FJ 4; 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 3; 180/1999, de 11 de octubre, FJ 4; y 52/2002, de 25 de febrero, FJ 5). Pero aunque existen supuestos en los que la lesión del derecho al honor puede descartarse de entrada, su contenido indeterminado y el hecho de entrar habitualmente en conflicto con otros derechos fundamentales (sobre todo con los amparados en el artículo 20 CE) convierten a la ponderación judicial en un método interpretativo prácticamente consubstancial a la concreción del ámbito de protección del derecho al honor y a la concreción de su ámbito de protección... Como suele ser habitual, pues, en los conflictos entre particulares que afectan al artículo 18.1 CE, la concurrencia de otros derechos fundamentales y el carácter no absoluto, sino principal y, por lo tanto, apriorístico, de todos ellos hacen de la ponderación judicial el método interpretativo materialmente empleado para resolver dichos conflictos, otorgando prevalencia a uno de ellos a la luz de las circunstancias del caso”.

(.../...)

El dato fisiológico de la muerte no puede ser soslayado tratándose de un derecho como el del honor, que en alguna ocasión hemos calificado de personalísimo (STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 3) y que, a diferencia de lo que sucede con la inti-

midad, el artículo 18.1 CE no se extiende a la familia. Con la muerte de las personas su reputación se transforma en gran medida, vinculándose sobre todo a la memoria o al recuerdo por parte de sus allegados. De ahí que no pueda postularse que su contenido constitucional y la intensidad de su protección sean los mismos que en el caso de las personas vivas. En este sentido cabe recordar cómo en la ya mencionada STC 43/2004, de 23 de marzo, relativa a un reportaje en que se aludía a la participación de un familiar de los recurrentes en el Consejo de Guerra que condenó a muerte a un conocido político de la Segunda República, este Tribunal no negó la posibilidad de acudir en amparo en defensa del honor del familiar fallecido. Pero también reconoció que el paso del tiempo diluye necesariamente la potencialidad agresiva sobre la consideración pública o social de los individuos en el sentido constitucional del término y, por consiguiente, “la condición obstativa de la personalidad frente al ejercicio de las libertades del artículo 20 CE” (FJ 5). Como sucedió en esta Sentencia, es en la ponderación del derecho al honor con dichas libertades y no en la identificación de los derechos en conflicto donde debe tenerse en cuenta, pues, el dato del fallecimiento de la persona cuya reputación se considera ofendida».

(STC 51/2008, de 14 de abril. Recurso de amparo núm. 5351/2004. Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» 14-5-2008).

## ARTÍCULO 20

### *Derecho a la libertad de expresión y a comunicar información*

«Nuestra jurisprudencia viene distinguiendo entre los derechos que garantizan la libertad de expresión, cuyo objeto son los pensamientos, ideas y opiniones (concepto amplio que incluye las apreciaciones y los juicios de valor) y, por otra parte, el derecho a comunicar información, que se refiere a la difusión de aquellos hechos que merecen ser considerados noticiables. Esta distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, de otro, tiene decisiva importancia a la hora de determinar la legitimidad del ejercicio de esas libertades, pues, mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor, por su misma naturaleza, no se prestan a una demostración de exactitud, y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, en cambio, la legitimidad del derecho de información por expreso mandato constitucional, que ha añadido al término “información”, en el texto del artículo 20.1.d) CE, el adjetivo “veraz” (SSTC 4/1996, de 16 de enero, FJ 3; 232/2002, de 9 de diciembre, FJ 2, ó 181/2006, de 19 de junio, FJ 4).

Hemos admitido que en los casos reales que la vida ofrece no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la simple narración de unos hechos, pues a menudo el mensaje sujeto a escrutinio consiste en una amalgama de ambos.

(.../...)

Ha señalado reiteradamente este Tribunal que 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 (por todas, SSTC 105/1990, de 6 de junio, FJ4; 42/1995, de 13 de febrero, FJ 2; 112/2000, de 5 de mayo, FJ 6; 99/2002, de 6 de mayo, FJ 5; 181/2006, de 19 de junio, FJ 5; 9/2007, de 15 de enero, FJ 4; y 139/2007, de 4 de junio de 2007, FJ 6).

En ese sentido, es preciso recordar que, como hemos señalado con reiteración, la libertad de expresión no es sólo la manifestación de pensamientos e ideas, sino que comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquél contra quien se dirige (SSTC 6/2000, de 17 de enero, FJ 5; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 7; y 181/2006, de 19 de junio, FJ 5), pues “así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe ‘sociedad democrática’” (SSTEDH de 23 de abril de 1992, *Castells c. España*, § 42, y de 29 de febrero de 2000, *Fuentes Bobo c. España*, § 43). Lo que no reconoce el artículo 20.1.a) CE es un pretendido derecho al insulto, que sería incompatible con la norma fundamental (SSTC 204/1997, de 25 de noviembre, FJ 2; 174/2006, de 5 de junio, FJ 4, o 181/2006, de 19 de junio, FJ 5, entre tantas otras).

(STC 56/2008, de 14 de abril. Recurso de amparo núm. 2732/2006. Ponente. D. Pascual Sala Sánchez. «BOE» 14-5-2008).

### *Derecho a la libertad de información*

«Para el análisis de la posible lesión del derecho a la libertad de información [art. 20.1.d) CE] conviene, en primer término, recordar sintéticamente las líneas generales de la doctrina de este Tribunal dictada en procesos de amparo en los que nos ha correspondido realizar el necesario juicio de ponderación entre el citado derecho fundamental y el también fundamental derecho al honor (art. 18.1 CE). Al respecto este Tribunal ha elaborado un cuerpo consolidado de doctrina en los casos en que existe tal conflicto, coincidente en lo sustancial con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el artículo 10.1 del Convenio europeo de derechos humanos. Dicha doctrina parte de la posición especial que en nuestro Ordenamiento ocupa la libertad de información, puesto que a través de este derecho no sólo se protege un interés individual sino que su tutela entraña el reconocimiento y garantía de la posibilidad de existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático (STC 21/2000, de 31 de enero, FJ 4 y las allí citadas).

Ahora bien, como se sabe, hemos condicionado la protección constitucional de la libertad de información a que ésta se refiera a hechos con relevancia pública, en el sentido de noticiables, y a que dicha información sea veraz (resume la idea la reciente STC 139/2007, de 4 de junio, FJ 7).

Por lo que se refiere a la cuestión relativa al interés público de los hechos, hemos de señalar que la relevancia pública de la información no ha sido propiamente objeto de controversia en el proceso a quo, por lo que es en la veracidad de la noticia donde debe centrarse el debate, y así se ha venido planteando, en efecto, desde la instancia. En esta línea, es de recordar la doctrina de este Tribunal sobre la veracidad como característica necesaria de la información que constituye objeto del derecho fundamental garantizado en el artículo 20.1.d) CE (entre tantas otras, por ejemplo, SSTC 19/1996, de 12 de febrero; 54/2004, de 15 de abril; 61/2004, de 19 de abril, o 53/2006, de 27 de febrero):

a) En la doctrina de este Tribunal sobre la veracidad se parte de que este requisito no va dirigido a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, sino a negar la protección constitucional a los que transmiten como hechos verdaderos, bien simples rumores, carentes de toda constatación, bien meras invenciones o insinuaciones sin comprobar su realidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente; todo ello sin perjuicio de que su total exactitud pueda ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado. La razón de ello se encuentra en que, como hemos señalado en muchas ocasiones, cuando la Constitución requiere que la información

sea 'veraz' no es que prive de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas sino que establece un deber de diligencia sobre el informador a quien se le puede y debe exigir que lo que transmite como 'hechos' haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos. De este modo, el requisito de la veracidad deberá entenderse cumplido en aquellos casos en los que el informador haya realizado con carácter previo a la difusión de la noticia una labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información y que la referida indagación la haya efectuado con la diligencia que es exigible a un profesional de la información.

b) Recuerdan aquellos pronunciamientos, en segundo lugar, que esa diligencia no puede precisarse a priori y con carácter general, pues depende de las características concretas de la comunicación de que se trate, por lo que su apreciación dependerá de las circunstancias del caso. En este sentido, hemos establecido algunos criterios que deben tenerse en cuenta para el cumplimiento de este requisito constitucional, señalando que el nivel de diligencia exigible adquirirá su máxima intensidad cuando la noticia que se divulga pueda suponer por su propio contenido un descrédito en la consideración de la persona a la que la información se refiere. De igual modo ha de ser un criterio que debe ponderarse el del respeto a la presunción de inocencia, lo mismo que debe valorarse a efectos de comprobar si el informador ha actuado con la diligencia que le es constitucionalmente exigible cuál sea el objeto de la información, pues no es lo mismo la ordenación y presentación de hechos que el medio asume como propia o la transmisión neutra de manifestaciones de otro, sin descartarse tampoco la utilización de otros muchos criterios que pueden ser de utilidad a estos efectos, como son, entre otros, el carácter del hecho noticioso, la fuente que proporciona la noticia, las posibilidades efectivas de contrastarla, etc.

c) En tercer lugar, como dijera nuestra STC 19/1996, de 12 de febrero, las personas que ejercen funciones públicas, o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, deben soportar un cierto mayor riesgo de injerencia en sus derechos de la personalidad que las personas privadas. Ello es así porque en la base de toda sociedad democrática está la formación de una opinión pública libre y plural que, en principio y salvo excepcionales limitaciones, puede tener acceso a la información que afecta al funcionamiento de las instituciones públicas.

d) Es también destacable, por su trascendencia en el presente caso, que lo relevante para la veracidad informativa no es que a posteriori se pruebe en un proceso la realidad de los hechos, sino el grado de diligencia observado para su comprobación con anterioridad a la publicación de aquéllos.

e) Finalmente, convendrá recordar que no es canon de la veracidad la intención de quien informa, sino su diligencia, de manera que la forma de narrar y enfocar la noticia no tiene que ver ya propiamente con el juicio de la veracidad de la información, por más que sí deba tenerse en cuenta para examinar si, no obstante ser veraz, su fondo y su forma pueden resultar lesivos del honor de un tercero».

(STC 68/2008, de 23 de junio. Recurso de amparo núm. 5323/2004. Ponente: D.ª Elisa Pérez Vera. «BOE» 24-7-2008).

## ARTÍCULO 24.1

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Acceso a la jurisdicción y acceso a los recursos*

«Derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE): forma parte de la misma el derecho de acceso al recurso previsto en el Ordenamiento jurídico y en los términos

que prevean las normas del mismo. El control por esta jurisdicción constitucional de amparo del respeto a esta vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva es diferente y más intenso, coincidente con el derecho de acceso a la jurisdicción, cuando de lo que se trata es del derecho de acceso al recurso de la persona que ha sido penalmente condenada. Por “[r]azones materiales evidentes, derivadas de la entidad de lo que se ventila en tal tipo de remedios procesales” (STC 88/1997, de 5 de mayo, FJ 2), nuestro control no se limita a analizar si la denegación de acceso al recurso es arbitraria, fruto de un error patente o consecuencia de una interpretación manifiestamente irrazonable de las normas que regulaban tal acceso, sino, más allá, si por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revela una clara desproporción entre los fines que las causas de inadmisión del recurso preservan y los intereses que sacrifican (por todas, SSTC 88/1997, de 5 de mayo, FJ 2; 11/2003, de 27 de enero, FJ 3; 43/2007, de 26 de febrero, FJ 2). La segunda línea tradicional de nuestra jurisprudencia que anunciábamos se refiere ahora al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE): la revisión de la Sentencia penal condenatoria constituye una garantía constitucional del condenado, si bien la Constitución, interpretada conforme a los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos fundamentales ratificados por España (art. 10.2 CE), no impone que tal revisión comporte una nueva valoración de la pruebas, ni con ello la reiteración de la práctica de las mismas ante el órgano judicial revisor cuando así lo demanden las garantías de inmediación y contradicción.

En efecto, “así como el acceso a la jurisdicción es un elemento esencial del contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), el sistema de recursos frente a las diferentes resoluciones judiciales se incorpora al meritado derecho fundamental en la concreta configuración que reciba en cada una de las leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales, salvo en lo relativo a las Sentencias penales condenatorias (por todas, SSTC 37/1995, FJ 5; 211/1996, FJ 2; 62/1997, FJ 2; 162/1998, FJ 3; 218/1998, FJ 2 y 23/1999, FJ 2)” (STC 121/1999, de 28 de junio, FJ 3). A su vez dos son “las ideas esenciales” que vertebran la configuración constitucional de la garantía del recurso de quien ha sido condenado penalmente (STC 123/2005, de 12 de mayo, FJ 6). La primera se refiere a su propia existencia como garantía constitucional, pues si bien el derecho a tal recurso “no tiene un reconocimiento constitucional expreso, queda integrado en el derecho a un proceso con todas las garantías recogido en el artículo 24.2 CE, toda vez que dicha exigencia, establecida en el artículo 14.5 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (en adelante PIDCP), ha quedado incorporada a las garantías constitucionales que disciplinan el proceso penal a través de la previsión del artículo 10.2 CE sobre que las normas relativas a derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con dicho texto (por todas, entre las primeras, STC 42/1982, de 5 de julio, FJ 3; y, entre las más recientes, SSTC 80/2003, de 28 de abril, FJ 2, y 105/2003, de 2 de junio, FJ 2)”. La segunda directriz constitucional relativa al recurso penal se refiere, siguiendo también lo afirmado en la Sentencia de Pleno STC 123/2005, a que “del propio tenor literal del artículo 14.5 PIDCP, al establecer que “[t]oda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la Ley”, se desprende que no establece propiamente una doble instancia, sino una sumisión del fallo condenatorio y de la pena a un Tribunal superior, sumisión que habrá de ser conforme a lo prescrito por la Ley, por lo que ésta, en cada país, fijará sus modalidades (SSTC 76/1982, de 14 de diciembre, FJ 5, y 70/2002, de 3 de abril, FJ 7)” (STC 123/2005, FJ 6). Así, para la condena por determinados delitos, esta sumisión la procura en nuestro Ordenamiento el recurso de casación (SSTC 37/1988, de 3 de marzo, FJ 5; 123/2005, FJ 6) “siguiendo un modelo

estricto de revisión de la legalidad de la condena y la pena contenida en la sentencia impugnada y no de repetición íntegra del juicio” (STC 123/2005, FJ 7): “este Tribunal ya ha admitido y reiterado la aptitud de la casación penal para cumplir las exigencias del derecho al recurso contra sentencias penales condenatorias, señalando que ‘existe una asimilación funcional entre el recurso de casación y el derecho a la revisión de la declaración de culpabilidad y la pena declarado en el artículo 14.5 PIDCP, siempre que se realice una interpretación amplia de las posibilidades de revisión en sede casacional y que el derecho reconocido en el Pacto se interprete, no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena, en el caso concreto. 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. Esta interpretación es perfectamente posible a la vista del tenor literal del Pacto y conforme a la efectuada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con los artículos 6.1 CEDH y 2 del Protocolo núm. 7 del citado Convenio (STEDH de 13 de febrero de 2001, caso Krombach c. Francia, que declara conforme al artículo 2 del Protocolo 7 el modelo de casación francés, en el que se revisa sólo la aplicación del Derecho)’ (SSTC 70/2002, de 3 de abril, FJ 7, y 105/2003, de 2 de junio, FJ 2, entre otras)” (STC 123/2005, FJ 7)».

(STC 48/2008, de 11 de marzo. Recurso de amparo núm. 2784/2004. Ponente. D.<sup>a</sup> María Emilia Casas Baamonde. «BOE» 15-4-2008).

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Cosa juzgada. Intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes*

«Hemos declarado que una de las proyecciones del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 CE consiste en el derecho a que las resoluciones judiciales alcancen la eficacia querida por el ordenamiento, lo que significa tanto el derecho a que las resoluciones judiciales se ejecuten en sus propios términos como el respecto a su firmeza y a la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas, sin perjuicio, naturalmente, de su revisión o modificación a través de los cauces extraordinarios legalmente reconocidos. En otro caso, es decir, si se desconociera el efecto de la cosa juzgada material se privaría de eficacia a lo que se decidió con firmeza en el proceso, lesionándose así la paz y seguridad jurídica de quien se vio protegido judicialmente por una sentencia dictada en un proceso anterior entre las mismas partes (entre otras, SSTC 159/1987, de 26 de octubre, FJ 2; 135/1994, de 9 de mayo, FJ 2; 198/1994, de 4 de julio, FJ 3; 59/1996, de 15 de abril, FJ 2; 43/1998, de 24 de febrero, FJ 3; 53/2000, de 28 de febrero, FJ 6; 55/2000, de 28 de febrero, FJ 4; 207/2000, de 24 de julio, FJ 2; 309/2000, de 18 de diciembre, FJ 3; y 151/2001, de 2 de julio, FJ 3).

Por ello, el derecho a la tutela judicial efectiva protege y garantiza la eficacia de la cosa juzgada material, tanto en su aspecto negativo o excluyente de nuevos pronunciamientos judiciales con idéntico objeto procesal al ya resuelto en sentencia firme, como en su aspecto positivo o prejudicial, impidiendo que los Tribunales, en un proceso seguido entre los mismos sujetos, puedan desconocer o contradecir las situaciones jurídicas declaradas o reconocidas en una sentencia que haya adquirido firmeza.

Igualmente, este Tribunal tiene dicho que la determinación del alcance que quepa atribuir a la cosa juzgada constituye una cuestión que corresponde a la estricta com-

petencia de los órganos judiciales, por lo que sus decisiones en esta materia sólo son revisables por la jurisdicción constitucional si resultan incongruentes, arbitrarias o irrazonables (SSTC 242/1992, de 21 de diciembre, FJ 3; 92/1993, de 15 de marzo, FJ 3; 135/1994, de 9 de mayo, FJ 2; 43/1998, de 24 de febrero, FJ 4; y 135/2001, de 18 de julio, FJ 6, por todas).

(STC 17/2008, de 31 de enero. Recurso de amparo núm. 3323/2005. Ponente: D. Manuel Aragón Reyes. «BOE» 29-2-2008).

«Este Tribunal ha reiterado que el principio non bis in idem se configura como un derecho fundamental, integrado en el artículo 25.1 CE, con una doble dimensión material y procesal. La material o sustantiva impide que un mismo sujeto sea sancionado en más de una ocasión con el mismo fundamento y por los mismo hechos, toda vez que ello supondría una reacción punitiva desproporcionada que haría quebrar, además, la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones. La procesal o formal proscribire, en su sentido originario, la duplicidad de procedimientos penales en caso de que exista la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento. Ello implica la imposibilidad de proceder a un nuevo enjuiciamiento penal si el primer proceso ha concluido con una resolución de fondo con efecto de cosa juzgada, ya que, en el ámbito de lo definitivamente resuelto por un órgano judicial, no cabe iniciar un nuevo procedimiento, pues se menoscabaría la tutela judicial dispensada por la anterior decisión firme y se arroja sobre el reo la carga y la gravedad de un nuevo enjuiciamiento. Por tanto, la falta de reconocimiento del efecto de cosa juzgada puede ser el vehículo a través del cual se ocasiona dicha lesión. Igualmente, se ha destacado que este Tribunal Constitucional tiene competencia para revisar el pronunciamiento de los órganos judiciales sobre la existencia de la triple identidad requerida de sujeto, hecho y fundamento, 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, pero siempre dentro del respeto a los límites de la jurisdicción de amparo, de modo tal que se han de comparar los ilícitos sancionados, partiendo de la acotación de los hechos realizada por los órganos judiciales, y tomando como base la calificación jurídica de estos hechos realizada en la resolución judicial, 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 (por todas, STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 5)».

(STC 91/2008, de 21 de julio. Recurso de amparo núm. 6206/2006. Ponente: D. Pablo Pérez Tremps. «BOE» 19-8-2008).

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a la doble instancia penal (recurso de casación)*

«Conviene empezar afirmando que, en efecto, «el mandato del citado artículo 14.5 PIDCP (Pacto internacional de derechos civiles y políticos), aun cuando no tiene un reconocimiento constitucional expreso, obliga a considerar que entre las garantías del proceso penal a las que se refiere la Constitución en su artículo 24.2 se encuentra la del recurso ante un Tribunal superior y que, en consecuencia, deben ser interpretadas en el sentido más favorable a la existencia de un recurso de ese género todas las

normas del Derecho procesal penal de nuestro Ordenamiento (SSTC 76/1982, de 14 de diciembre, FJ 5; 70/2002, de 3 de abril, FJ 7, entre otras). No obstante, aunque dicho mandato se ha incorporado a nuestro Derecho interno a través de la previsión del artículo 10.2 CE sobre que las normas relativas a derechos fundamentales y a las libertades públicas que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con dicho texto (SSTC 80/2003, de 28 de abril, FJ 2; 105/2003, de 2 de junio, FJ 2), no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes (SSTC 51/1985, de 10 de abril, FJ 3; 30/1986, de 20 de febrero, FJ 2). En su virtud, reconociéndose la libre capacidad normativa de que dispone el legislador para la configuración de estos recursos, hemos ido delimitando un cuerpo de doctrina, fundamentalmente a partir de la STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 7, que determina que “existe una asimilación funcional entre el recurso de casación y el derecho a la revisión de la declaración de culpabilidad y la pena declarado en el artículo 14.5 PIDCP, siempre que se realice una interpretación amplia de las posibilidades de revisión en sede casacional y que el derecho reconocido en el Pacto se interprete no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto. 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” (en el mismo sentido, SSTC 80/2003, de 28 de abril, FJ2, 105/2003, de 2 de junio, FJ 2, y 116/2006, de 24 de abril, FJ 5).

(.../...) También ha tenido oportunidad este Tribunal de afirmar (así en la STC 296/2005, de 21 de noviembre, FJ 3) que “la ausencia de un instrumento de revisión de la Sentencia condenatoria en apelación [ahora, en casación], no supone la ausencia de una garantía procesal de rango constitucional. No forma parte esencial de la que incorpora el artículo 14.5 PIDCP como instrumento de interpretación del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) la constituida por la existencia en todo caso tras una condena penal de la posibilidad de un pronunciamiento posterior de un Tribunal superior, pronunciamiento que podría ser el tercero en caso de que la resolución inicial fuera absolutoria o incluso en caso de que la revisión aumentase la pena inicialmente impuesta. Lo que en este contexto exige el contenido de la garantía, que se ordena tanto al ejercicio de la defensa como a la ausencia de error en la decisión judicial, es que en el enjuiciamiento de los asuntos penales se disponga de dos instancias”. Con la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, elegida ahora por el recurrente, conviene resaltar que ya el ATC 318/1995, de 22 de noviembre, FJ 2, afirmó que “desde un punto de vista teleológico, lo que subyace en el contexto finalístico del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, es la interdicción de la indefensión, y dicha indefensión, desde un enjuiciamiento general, no se produce cuando, como en el caso de autos, las pretensiones del actor han sido examinadas y resueltas conforme a Derecho por dos órganos judiciales distintos, tras lo cual, difícilmente podría hablarse de un fallo irreflexivo o sorpresivo, por lo que no existe razón para que la condena en segunda instancia tenga que abrir un nuevo ciclo de justicia ordinaria” (en el mismo sentido ATC 306/1999, de 13 de diciembre, FJ 5, citado por el Fiscal en su escrito de alegaciones). Con tal perspectiva, este Tribunal también ha afirmado que “ninguna vulneración comporta per se la declaración de un pronunciamiento condenatorio en segunda instancia, sin que por ello resulte constitucionalmente necesaria la previsión de una nueva instancia de revisión en una cadena de nuevas instancias que podría no tener fin” (por todas, STC

104/2006, de 3 de abril, FJ 8). Toda esta doctrina es coherente, además, con la previsión del artículo 2 del Protocolo núm. 7 al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 22 de noviembre de 1984, firmado y pendiente de ratificación por España, que considera que el derecho a que la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior podrá ser exceptuado, entre otros casos, para quien haya sido declarado culpable y condenado a resultas de un recurso contra su absolución. Si bien este Tribunal ha interpretado que tal posibilidad no debe entenderse en rigor como una excepción al derecho de acceso al recurso en materia penal que proclama el artículo 14.5 PIDCP, sino más bien como una delimitación de su contenido esencial, siendo necesario resaltar para una mejor comprensión de nuestra doctrina al respecto que los instrumentos procesales que abundan en las garantías de defensa de las partes y en las de acierto judicial, como es la previsión de nuevos recursos frente a decisiones previas, pueden colisionar con otros intereses de rango constitucional, como son la seguridad jurídica y la celeridad en la Administración de la Justicia, y pueden también perder parte de su virtualidad tutelar al separar excesivamente en el tiempo el juicio y el hecho enjuiciado (así, STC ya citada 296/2005, de 21 de noviembre, FJ 3)».

(STC 60/2008, de 26 de mayo. Recurso de amparo núm. 4309/2004. Ponente: D. Pascual Sala Sánchez. «BOE» 26-6-2008).

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a obtener una resolución fundada en Derecho*

«Resulta preciso establecer que el canon aplicable en este caso es el propio del artículo 24.1 CE, que, de conformidad con nuestra reiterada doctrina, conlleva el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, que 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 o razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos fundamentadores de la decisión (SSTC 158/1997, de 18 de marzo, FJ 2; 25/1000, 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). Este último aspecto no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que 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). Pero la fundamentación en Derecho sí conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable ni 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; 325/2005, de 12 de diciembre, FJ 2)».

(STC 105/2008, de 15 de septiembre. Recurso de amparo núm. 6679/2006. Ponente: D.<sup>a</sup> María Emilia Casas Baamonde. «BOE» 10-10-2008).

«Reiterada doctrina constitucional sobre el reconocimiento de este derecho fundamental, en su dimensión de derecho a obtener una resolución judicial motivada y congruente, en el concreto ámbito del procedimiento sancionador penitenciario, doctrina que se sintetiza en la STC 268/2006, de 11 de septiembre (FFJJ 2 y 3), y que en

lo que ahora interesa implica que 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. También hemos reiterado 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».

(STC 5/2008, de 21 de enero. Recurso de amparo núm. 1314/2005. Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. «BOE» 15-2-2008. En sentido similar STC 77/2008, de 7 de julio. «BOE» 24-7-2008).

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Error patente*

«Conforme a nuestra jurisprudencia, un error de los órganos judiciales sobre las bases fácticas que han servido para fundamentar su decisión es susceptible de producir una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, si bien no cabe otorgar relevancia constitucional a toda inexactitud o equivocación, sino que para que se produzca aquella lesión es necesario que concurran determinados requisitos. En concreto, que se trate de un error patente en la determinación y selección del material de hecho o del presupuesto sobre el que se asienta su decisión, produciendo efectos negativos en la esfera jurídica del ciudadano, siempre que se trate de un error que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, y que sea determinante de la decisión adoptada, constituyendo el soporte único o básico (ratio decidendi) de la resolución, de forma que no pueda saberse cuál hubiera sido el criterio del órgano judicial de no haber incurrido en dicho error (por todas, entre otras muchas, SSTC 245/2005, de 10 de octubre, FJ 4; 6/2006, de 16 de enero, FJ 4; 150/2006, de 22 de mayo, FJ 2; 180/2007, de 10 de septiembre, FJ 2)».

(STC 21/2008, de 31 de enero. Recurso de amparo núm. 7598/2006. Ponente: D. Javier Delgado Barrio. «BOE» 29-2-2008).

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Incongruencia de las resoluciones judiciales*

«La doctrina de este Tribunal en relación con la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que supone el dictado de una resolución judicial incongruente es tan prolija como lineal en su significación. Para evitar una exposición exhaustiva de la misma baste reproducir la síntesis efectuada en la STC 40/2006, de 13 de febrero, en la cual afirmábamos que:

“La congruencia viene referida desde un punto de vista procesal al deber de decidir por parte de los órganos judiciales resolviendo los litigios que a su consideración se sometan, a su potestas en definitiva, exigiendo que el órgano judicial ofrezca respuesta a las distintas pretensiones formuladas por las partes a lo largo del proceso, a

todas ellas, pero sólo a ellas, evitando que se produzca un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido (SSTC 124/2000, de 16 de mayo, FJ 3; 114/2003, de 16 de junio, FJ 3; ó 174/2004, de 18 de octubre, FJ 3; entre muchas otras). Recordaba en ese sentido la STC 130/2004, de 19 de julio, que desde pronunciamientos aún iniciales, como la STC 20/1982, de 5 de mayo (FFJJ 1 a 3), hemos definido en una constante y consolidada jurisprudencia el vicio de incongruencia como aquel desajuste entre el fallo judicial y los términos en los que las partes han formulado su pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso en los escritos esenciales del mismo. Al conceder más, menos o cosa distinta a lo pedido, el órgano judicial incurre en las formas de incongruencia conocidas como *ultra petita*, *citra petita* o *extra petita partium*. Son muy numerosas las decisiones en las que este Tribunal ha abordado la relevancia constitucional del vicio de incongruencia de las resoluciones judiciales, precisando cómo y en qué casos una resolución incongruente puede lesionar el derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1 CE. Se ha elaborado así un cuerpo de doctrina consolidado que puede sistematizarse, a los efectos que a este amparo interesan, en los siguientes puntos:

a) El vicio de incongruencia, entendido como desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en los que discurrió la controversia procesal. El juicio sobre la congruencia de la resolución judicial precisa de la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso delimitado por sus elementos subjetivos —partes— y objetivos —causa de pedir y *petitum*. Ciñéndonos a estos últimos, la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre, sin que las resoluciones judiciales puedan modificar la causa petendi, alterando de oficio la acción ejercitada, pues se habrían dictado sin oportunidad de debate, ni de defensa, sobre las nuevas posiciones en que el órgano judicial sitúa el *thema decidendi*.

b) Dentro de la incongruencia hemos venido distinguiendo, de un lado, la incongruencia omisiva o *ex silentio*, que se produce cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, y sin que sea necesaria, para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen por las partes como fundamento de su pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales. De otro lado, la denominada incongruencia por exceso o *extra petitum*, que se produce cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes, e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones. En este sentido ha de recordarse que el principio *iura novit curia* permite al Juez fundar el fallo en los preceptos legales o normas jurídicas que sean de pertinente aplicación al caso, aunque los litigantes no las hubieren invocado, y que el juzgador sólo está vinculado por la esencia y sustancia de lo pedido y discutido en el pleito, no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formuladas por los litigantes, de forma que no exis-

tirá incongruencia extra petitum cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una de ellas que, aun cuando no fuera formal y expresamente ejercitada, estuviera implícita o fuera consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso. Más concretamente, desde la perspectiva constitucional, este Tribunal ha venido declarando reiteradamente que, para que la incongruencia por exceso adquiera relevancia constitucional y pueda ser constitutiva de una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), se requiere que la desviación o desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones, por conceder más de lo pedido (ultra petitum) o algo distinto de lo pedido (extra petitum), suponga una modificación sustancial del objeto procesal, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes, de forma que la decisión judicial se haya pronunciado sobre temas o materias no debatidas oportunamente en el proceso y respecto de las cuales, por consiguiente, las partes no tuvieron la oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando o exponiendo las alegaciones que tuvieran por conveniente en apoyo de sus respectivas posiciones procesales.

En algunas ocasiones, tiene declarado este Tribunal, ambos tipos de incongruencia pueden presentarse unidas, dándose la llamada incongruencia por error, que es aquella en la que concurren al unísono las dos anteriores clases de incongruencia. En efecto, se trata de supuestos en los que, por error de cualquier género sufrido por el órgano judicial, no se resuelve sobre la pretensión o pretensiones formuladas por las partes en la demanda o sobre los motivos del recurso, sino que equivocadamente se razona sobre otra pretensión absolutamente ajena al debate procesal planteado, dejando al mismo tiempo aquélla sin respuesta (por todas, SSTC 15/1999, de 22 de febrero, FJ 2; 124/2000, de 16 de mayo, FJ 3; 182/2000, de 10 de julio, FJ 3; 213/2000, de 18 de septiembre, FJ 3; 211/2003, de 1 de diciembre, FJ 4; 8/2004, de 9 de febrero, FJ 4”).

Por lo demás, en la misma Sentencia, con cita de la STC 100/2004, de 2 de junio, recordábamos que:

“[L]a necesidad de distinguir entre las que son meras alegaciones o argumentaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones y estas últimas en sí mismas consideradas, pues si con respecto a las primeras puede no ser necesaria una respuesta explícita y pormenorizada de todas ellas y, además, la eventual lesión del derecho fundamental deberá enfocarse desde el prisma del derecho a la motivación de toda resolución judicial, respecto de las segundas la exigencia de respuesta congruente se muestra con todo rigor siempre y cuando la pretensión omitida haya sido llevada al juicio en el momento procesal oportuno. La anterior reflexión, de la que puede ser exponente la STC 141/2002, de 17 de junio, cobra especial relevancia en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, en la cual es su propia norma reguladora (art. 43 LJCA de 1956) la que ordena a los Tribunales de esta jurisdicción que fallen ‘dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de las alegaciones deducidas para fundamentar el recurso y la oposición’, mandato este redactado en términos semejantes en el artículo 33 LJCA de 1998, al ordenar que el enjuiciamiento se produzca ‘dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición’”».

(STC 44/2008, de 10 de marzo. Recurso de amparo núm. 4423/2005. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez. «BOE» 15-4-2008).

«Sin necesidad de reiterar nuestra doctrina sobre la incongruencia omisiva, nos limitaremos a recordar que sólo viola el artículo 24.1 CE aquella incongruencia en

virtud de la cual el órgano judicial deja sin contestar las pretensiones de las partes sometidas a su conocimiento, siempre que el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como una desestimación tácita y que, en consecuencia, no existe una incongruencia omisiva cuando la falta de respuesta judicial se refiere a pretensiones cuyo examen venga subordinado a la decisión que se adopte respecto de otras también planteadas en el proceso que, al ser de enjuiciamiento preferente —por su naturaleza o por conexión procesal—, hacen innecesario un pronunciamiento sobre aquellas otras (por todas, STC 138/2007, de 4 de junio)».

(STC 87/2008, de 21 de julio. Recurso de amparo núm. 8486/2005. Ponente: D.ª María Emilia Casas Baamonde. «BOE» 19-8-2008).

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Nulidad de Sentencias absolutorias*

«Este Tribunal ha reiterado que la prohibición de incurrir en *bis in idem* procesal o doble enjuiciamiento penal queda encuadrada en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), concretándose en la imposibilidad de proceder a un nuevo enjuiciamiento penal si el primer proceso ha concluido con una resolución de fondo firme con efecto de cosa juzgada y que, por tanto, en rigor, no cabe entender concurrente un doble proceso cuando el que pudiera ser considerado como primero ha sido anulado en virtud del régimen de recursos legalmente previsto (por todas, SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3, ó 218/2007, de 8 de octubre, FJ 4).

Este Tribunal también ha destacado la singularidad que plantea, a los efectos de la interdicción del *bis in idem*, la anulación de sentencias penales absolutorias con orden de retroacción de actuaciones, por la diferencia que existe entre la acusación y los acusados desde la perspectiva de los derechos fundamentales en juego dentro del proceso penal. Así, se ha incidido, en los casos en que se recurre en amparo sentencias penales absolutorias, en que no cabe la retroacción de actuaciones cuando se estimen vulnerados derechos fundamentales de carácter sustantivo de la acusación, ya que ello impone al acusado absuelto la carga de un nuevo enjuiciamiento que no está destinado a corregir una vulneración en su contra de normas procesales con relevancia constitucional. A pesar de ello, también se ha puesto de relieve que el reconocimiento de este diferente status constitucional entre acusaciones y acusados no implica negar a la acusación particular la protección constitucional dispensada por el artículo 24 CE, por lo que, ponderando el reforzado estatuto constitucional del acusado y la necesidad de no excluir de las garantías del artículo 24 CE a la acusación particular, este Tribunal ha establecido la posibilidad de anular una resolución judicial penal materialmente absolutoria, con orden de retroacción de actuaciones, sólo en aquellos caso en que se haya producido la quiebra de una regla esencial del proceso en perjuicio de la acusación, ya que, en tal caso, propiamente no se puede hablar de proceso ni permitir que la sentencia absolutoria adquiera el carácter de inatacable (por todas, STC 4/2004, de 16 de enero, FJ 4).

En aplicación de esta doctrina, hemos estimado en la práctica de la jurisdicción de amparo que se deben anular pronunciamientos absolutorios con retroacción de actuaciones en los siguientes supuestos citados en la STC 4/2004, de 16 de enero, FJ 4: “por haberse inadmitido una prueba de la acusación relevante y decisiva cerrándose la causa sin practicarla (STC 116/1997, de 23 de junio), por haberse negado el acceso a los recursos contra el archivo de la causa, habiendo mostrado el recurrente su voluntad inequívoca de personarse en el proceso penal (STC 16/2001, de 29 de enero), porque se sustanció el recurso de queja dando lugar al Auto de sobreseimiento libre sin contradicción del querellante (STC 178/2001, de 17 de septiembre), 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 un elemento que no había sido objeto de debate contradictorio (STC 215/1999, de 29 de noviembre), o por haber admitido el órgano de apelación la pretensión de legitimación del actor y entrar en el fondo sin juicio oral en el que las partes hubieran podido ejercer su derecho de defensa sobre la cuestión de fondo (STC 168/2001, de 16 de julio)”. A estos supuestos cabe añadir el de la STC 218/2007, de 8 de octubre, en la que también este Tribunal anuló una sentencia absolutoria, acordando retroacción de actuaciones para un nuevo enjuiciamiento, en un supuesto en el que en vía judicial, a pesar de haberse reconocido que se había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la acusación, sin embargo, el órgano judicial de casación no anuló la sentencia absolutoria para que la acusación fuera restablecida en su derecho a través de la retroacción de actuaciones. Igualmente, pueden destacarse, en esta misma línea, las SSTC 169/2004, de 6 de octubre, 246/2004, de 20 de diciembre, 192/2005, de 18 de julio, y 115/2006, de 24 de abril, en las que se confirmó la constitucionalidad de las decisiones judiciales de anular sentencias absolutorias por defectuosa motivación en las actas de votación de los Tribunales de Jurado con orden de celebración de nuevo juicio.

Por su parte, la STC 4/2004, de 16 de enero, ante un supuesto en que se había acordado la anulación de una sentencia absolutoria y la retroacción para celebrar nueva vista oral por haberse extraviado el acta del juicio oral, consideró vulnerados los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) del acusado, argumentando que, sin haberse producido ninguna infracción procesal causante de indefensión en la acusación particular, no se podía adoptar una decisión de anulación y retroacción, teniendo en cuenta que el recurso no se sustentó en la vulneración de garantías procesales ni en él se solicitaba dicha anulación (FJ 5)».

(STC 23/2008, de 11 de febrero. Recurso de amparo núm. 805/2003. Ponente: D. Pablo Pérez Tremps. «BOE» 14-3-2008).

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Reforma peyorativa*

«Conviene recordar que, en un cuerpo de doctrina ya bien consolidado, este Tribunal ha ido delimitando el concepto de reforma peyorativa al referirlo a una incongruencia que lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva. Así, en la reciente STC 204/2007, de 24 de septiembre, FJ 3, con cita de las SSTC 50/2007, de 12 de marzo, y 87/2006, de 27 de marzo, recogíamos la doctrina sentada al respecto, recordando que:

“[E]n la STC 310/2005, de 12 de diciembre, FJ 2, la denominada reforma peyorativa tiene lugar cuando la parte recurrente, en virtud de su propio recurso, ve empeorada o agravada la situación jurídica creada o declarada en la resolución impugnada, de modo que lo obtenido con la decisión judicial que resuelve el recurso es un efecto contrario al perseguido por el recurrente, que era, precisamente, eliminar o aminorar el gravamen sufrido con la resolución objeto de impugnación (SSTC 9/1998, de 13 de enero, FJ 2; 232/2001, de 10 de diciembre, FJ 5) ... Desde las primeras resoluciones de este Tribunal hemos afirmado que la prohibición de la reforma peyorativa, aunque no esté expresamente enunciada en el artículo 24 CE, tiene una dimensión constitucional, pues representa un principio procesal que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva a través del régimen de garantías legales de los recursos, que deriva, en todo caso, de la prohibición constitucional de indefensión (entre otras, SSTC 54/1985, de 18 de abril, FJ 7; ó 28/2003, de 10 de febrero, FJ 3). Es, además, una proyección de la

congruencia en el segundo o posterior grado jurisdiccional, que impide al órgano judicial ad quem exceder los límites en que esté planteado el recurso, acordando una agravación de la Sentencia impugnada que tenga origen exclusivo en la propia interposición de éste (STC 17/2000, de 31 de enero, FJ 4) pues, de admitirse que los órganos judiciales pueden modificar de oficio en perjuicio del recurrente la resolución por él impugnada, se introduciría un elemento disuasorio para el ejercicio del derecho a los recursos legalmente establecidos en la ley, incompatible con la tutela judicial efectiva que vienen obligados a prestar los órganos judiciales (SSTC 114/2001, de 7 de mayo, FJ 4; 28/2003, de 10 de febrero, FJ 3). Así pues, la reforma peyorativa sólo adquiere relevancia constitucional en tanto se manifiesta como forma de incongruencia determinante de una situación de indefensión (entre otras, SSTC 15/1987, de 11 de febrero, FJ 3; ó 241/2000, de 16 de octubre, FJ 3). En tal sentido, hemos advertido, no obstante, que no cualquier empeoramiento de la situación inicial del recurrente es contrario al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, sino sólo aquel que resulte del propio recurso del recurrente, sin mediación de pretensión impugnatoria de la otra parte, y con excepción del daño que derive “de la aplicación de normas de orden público, cuya recta aplicación es siempre deber del Juez, con independencia de que sea o no pedida por las partes” (SSTC 15/1987, de 11 de febrero, FJ 3; 40/1990, de 12 de marzo, FJ 1; 153/1990, de 15 de octubre, FJ 4; y 241/2000, de 16 de octubre, FJ 2)”.

(STC 41/2008, de 10 de marzo. Recurso de amparo núm. 6914/2004. Ponente. D. Roberto García-Calvo y Montiel. «BOE» 15-4-2008).

### *Derecho a la tutela judicial efectiva y seguridad jurídica. Pronunciamientos judiciales contradictorios*

«Como se recuerda, entre otras, en la STC 34/2003, de 25 de febrero, FJ 4, este Tribunal ha señalado en diversas ocasiones que la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulte que unos mismos hechos ocurrieron o no ocurrieron es incompatible con el principio de seguridad jurídica que, como una exigencia objetiva del Ordenamiento, se impone al funcionamiento de todos los órganos del Estado en el artículo 9.3 CE —en cuanto dicho principio integra también la expectativa legítima de quienes son justiciables a obtener para una misma cuestión una respuesta inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia—, y vulneraría, asimismo, el derecho a una tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24.1 CE pues no resultan compatibles la efectividad de dicha tutela y la firmeza de los pronunciamientos judiciales contradictorios (SSTC 77/1983, de 3 de octubre, FJ 4; 62/1984, de 21 de mayo, FJ 5; 158/1985, de 26 de noviembre, FJ 4; 35/1990, de 1 de marzo, FJ 3; 30/1996, de 26 de febrero, FJ 5; 50/1996, de 26 de marzo, FJ 3; 190/1999, de 25 de octubre, FJ 4). Y ello porque, en la realidad jurídica, esto es, en la realidad histórica relevante para el Derecho, no puede admitirse que algo es y no es, que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron (STC 24/1984, de 23 de febrero, FJ 3), cuando la contradicción no deriva de haberse abordado unos mismos hechos desde perspectivas jurídicas diversas (SSTC 30/1996, de 26 de febrero, FJ 5, 50/1996, de 26 de marzo, FJ 3), y es claro que unos hechos idénticos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado, pues a ello se oponen principios elementales de lógica jurídica y extrajurídica (SSTC 77/1983, de 3 de octubre, FJ 4; 24/1984, de 23 de febrero, FJ 3; 158/1985, de 26 de noviembre, FJ 4; 151/2001, de 2 de julio, FJ 4, entre otras muchas).

No obstante, también se ha sostenido que esta doctrina no conlleva que en todo caso los órganos judiciales deban aceptar siempre de forma mecánica los hechos declarados por otra jurisdicción, sino que una distinta apreciación de los hechos debe

ser motivada y por ello cuando un órgano judicial vaya a dictar una resolución que pueda ser contradictoria con lo declarado por otra resolución judicial debe exponer las razones por las cuales, a pesar de las apariencias, tal contradicción no existe a su juicio (STC 158/1985, de 26 de noviembre, FJ 6). Como ha señalado la STC 151/2001, de 2 de julio, FJ 4, “aunque es verdad que unas mismas pruebas pueden conducir a considerar como probados o no probados los mismos hechos por los Tribunales de Justicia, también lo es que, afirmada la existencia de los hechos por los propios Tribunales de Justicia no es posible separarse de ellos sin acreditar razones ni fundamentos que justifiquen tal apartamiento”. De ahí que, de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, unos mismos hechos, cuando la determinación de los mismos exija una previa calificación jurídica, puedan ser apreciados de forma distinta en diferentes resoluciones judiciales sin incurrir por ello en ninguna vulneración constitucional si el órgano judicial que se aparta de la apreciación de los hechos efectuada anteriormente en otra resolución judicial expone de modo razonado los motivos por los que se aparta de aquella primera calificación».

(STC 16/2008, de 31 de enero. Recurso de amparo núm. 2140/2005. Ponente: D.<sup>a</sup> Elisa Pérez Vera. «BOE» 29-2-2008).

«Este Tribunal ya se ha pronunciado con anterioridad sobre la compatibilidad con la Constitución del dictado de resoluciones contradictorias en órdenes jurisdiccionales distintos, diferenciando en función del extremo sobre el que se proyecte la contradicción. Así, conforme a nuestra doctrina, como regla general carece de relevancia constitucional que puedan alcanzarse resultados contradictorios entre decisiones provenientes de órganos judiciales integrados en distintos órdenes jurisdiccionales cuando esta contradicción tiene como soporte el haber abordado bajo ópticas distintas unos mismos hechos sometidos al conocimiento judicial, pues en estos casos los resultados contradictorios son consecuencia de los criterios informadores del reparto de competencias llevado a cabo por el legislador entre los diversos órdenes jurisdiccionales. Ahora bien, no todos los supuestos de eventuales contradicciones entre resoluciones judiciales emanadas de órdenes jurisdiccionales distintos carecen de relevancia constitucional, pues ya desde la STC 77/1983, de 3 de octubre, declaramos que “unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado”, lo que sucede cuando la contradicción no deriva de haberse abordado unos mismos hechos desde perspectivas jurídicas diversas (SSTC 30/1996, de 26 de febrero, FJ 5, 50/1996, de 26 de marzo, FJ 3), sino que reside precisamente en que “unos mismos hechos ocurrieron o no ocurrieron, o que una misma persona fue su autor y no lo fue”, pues ello repugna a los más elementales criterios de la razón jurídica y vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 62/1984, de 21 de mayo, FJ 5; 158/1985, de 26 de noviembre, FJ 4; 30/1996, de 27 de febrero, FJ 5; 50/1996, de 26 de marzo, FJ 3; 59/1996, de 15 de abril, FJ 2, y 179/2004, de 18 de octubre, FJ 10)».

(STC 109/2008, de 22 de septiembre. Recurso de amparo núm. 8426/2005. Ponente. D. Guillermo Jiménez Sánchez. «BOE» 10-10-2008).

## ARTÍCULO 24.2

### *Derecho a la asistencia letrada*

«Requiere traer a colación la reiterada doctrina constitucional sobre el derecho a la asistencia letrada en el procedimiento disciplinario penitenciario, según la cual este derecho es trasladable a dicho procedimiento con ciertas condiciones (STC 316/2006,

de 15 de noviembre), pues no se trata de un derecho a la asistencia letrada, entendida como un derecho pleno a la asistencia de Letrado, incluyendo el derecho a la asistencia jurídica gratuita en caso de necesidad si se carece de medios económicos suficientes para ello, ya que tal derecho, como resulta del artículo 6.3 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH), sólo existe en los procesos judiciales y además no en todos los casos, sino cuando los intereses de la justicia lo requieran (SSTC 2/1987, de 21 de enero, FJ 6; 128/1996, de 9 de julio, FJ 6; 229/1993, de 12 de julio, FJ 2; 83/1997, de 22 de abril, FJ 3; 104/2003, de 2 de junio, FJ 5). En este sentido, este Tribunal tiene declarado que cumple suficientemente con la garantía constitucional del derecho de defensa la posibilidad de asesoramiento prevista en el artículo 242.2.i) del Reglamento penitenciario vigente, de conformidad con el cual el interno puede asesorarse por Letrado, funcionario o cualquier otra persona que designe durante la tramitación del expediente, siempre que en este último caso la solicitud de asesoramiento, en cuanto suponga la comunicación con una tercera persona, sea compatible con las exigencias de seguridad, tratamiento y buen orden del establecimiento que legítimamente deben adoptar los responsables del centro penitenciario (SSTC 104/2003, de 2 de junio, FJ 5; 91/2004, de 19 de mayo, FJ 3). Así pues, el derecho a la asistencia letrada en el procedimiento disciplinario penitenciario tiene sus peculiaridades y limitaciones. Aunque comprende el derecho del interno a asesorarse por Letrado de su elección, pese a que no sea preceptiva su intervención, sin embargo, tanto en la fase administrativa como en la fase del posterior recurso ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria no forma parte de su contenido el derecho a la designación de letrado del turno de oficio (STC 9/1997, de 14 de enero, FJ 3; AATC 145/1999, de 7 de junio; 92/2003, de 24 de marzo).

(STC 42/2008, de 10 de marzo. Recurso de amparo núm. 3482/2005. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas «BOE» 15-4-2008).

### *Derecho a ser informado de la acusación*

«Este Tribunal ha reiterado que las garantías procedimentales previstas en el artículo 24 CE son aplicables, con la matizaciones derivadas de su propia naturaleza, a los procedimientos administrativos sancionadores y, en concreto, al procedimiento disciplinario penitenciario (por todas, STC 5/2008, de 21 de enero, FJ 4). Más en concreto, se ha precisado, que el derecho a conocer la acusación, expresa y autónomamente recogido en el artículo 24.2 CE, constituye el primer elemento del derecho de defensa en el ámbito sancionador, que condiciona a todos los demás, pues mal puede defenderse de algo quien no sabe de qué hechos en concreto se le acusa (por todas, STC 205/2003, de 1 de diciembre, FJ 4). Igualmente, se ha destacado que las infracciones de normas procedimentales sólo alcanzan relevancia constitucional cuando quepa apreciar un perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa de quien las denuncie (por todas, STC 258/2007, de 18 de diciembre, FJ 3)».

(STC 71/2008, de 23 de junio. Recurso de amparo núm. 2515/2005. Ponente: D. Pablo Pérez Tremps. «BOE» 24-7-2008).

### *Derecho a un Juez imparcial*

«Este Tribunal ha reiterado que la imparcialidad judicial forma parte de las garantías básicas del proceso (art. 24.2 CE), constituyendo incluso la primera de ellas, por cuanto condiciona la existencia misma de la función jurisdiccional (por todas, STC 38/2003, de 27 de febrero, FJ 3; 39/2004, de 22 de marzo, FJ 3; 156/2007, de 2 de julio, FJ 6). Junto a la dimensión más evidente de la imparcialidad judicial, que es la

que se refiere a la ausencia de una relación del Juez con las partes que pueda suscitar un interés previo en favorecerlas o perjudicarlas, convive su vertiente objetiva, que es la ahora discutida, que se dirige a garantizar que los Jueces y Magistrados que intervengan en la resolución de una causa se acerquen a la misma sin prevenciones ni prejuicios en su ánimo derivados de una relación o contacto previos con el objeto del proceso.

Ahora bien, como recordábamos en la STC 39/2004, de 22 de marzo, FJ 3, “la determinación de cuáles son las circunstancias concretas 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 hace residenciar 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 inculpación o inculpação del acusado, ya sea ésta indiciaria y provisional, como la que se produce en los Autos de inculpación y procesamiento, ya se efectúe de forma preventiva, como acontece al acordar la adopción de medidas cautelares (STC 310/2000, de 18 de diciembre, FJ 4)”.

En definitiva, a los efectos que aquí interesan y en el ámbito penal, al margen de los supuestos de realización de actividades de instrucción en sentido estricto, nuestra jurisprudencia ha asumido la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (desde STEDH de 24 de mayo de 1989, caso *Hauschildt c. Dinamarca*, § 52), conforme a la cual la realización por el Juez de cualquier decisión previa al enjuiciamiento conectada con la causa no determina la pérdida de su imparcialidad, sino que esto sólo se producirá cuando la actividad jurisdiccional previa haya supuesto la exteriorización de un juicio anticipado de culpabilidad, aunque sea de carácter indiciario o provisional, lo que ha de enjuiciarse en atención a las circunstancias del caso y a los términos empleados en el pronunciamiento previamente emitido.

En aplicación de este criterio, hemos sostenido que no cabe apreciar vulneración en los supuestos de ratificación en segunda instancia de una decisión previa de inculpación, cuando la ratificación se basa en que la imputación se halla razonablemente fundada, en tanto que ello no implica anticipar juicio alguno sobre la responsabilidad penal del acusado, ni cabe apreciar en el caso la existencia de un contacto directo con el acusado ni con las pruebas (SSTC 39/2004, de 22 de marzo, FJ 4; 156/2007, de 2 de julio, FJ 6). Una afirmación que estas Sentencias ponen en conexión con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que llegó a la misma conclusión en la Resolución de inadmisión de 2 de marzo de 2000, caso *Garrido Guerrero c. España*, al entender que, si bien uno de los miembros del órgano de enjuiciamiento formó también parte del órgano que confirmó en apelación el procesamiento, por lo que hizo suyos sus razonamientos, debían considerarse en el supuesto de hecho contemplado los límites del acto de inculpación, su carácter de resolución formal y provisional, que no prejuzgaba en nada la solución del litigio, ni en cuanto a la calificación de los hechos que se discutían, ni en cuanto a la culpabilidad del inculpaado. Recordando también que, sin embargo, la STEDH de 28 de octubre de 1997, caso *Castillo Algar c. España*, consideró vulnerado el derecho a la imparcialidad judicial porque en el caso enjuiciado dos miembros del órgano de enjuiciamiento habían confirmado en apelación el Auto de procesamiento en términos que podían llevar a pensar que hacían suyo el punto de vista adoptado previamente por el Tribunal Supremo (el cual había

revocado una previa decisión de sobreseimiento) de que existían indicios suficientes que permitían concluir que se había cometido un delito.

En definitiva, de la jurisprudencia anteriormente expuesta puede concluirse que lo relevante para poder apreciar la vulneración del derecho al juez imparcial, en supuestos como el que nos ocupa, es comprobar si la decisión adoptada por un Juez que posteriormente conoce de la causa se fundamenta en valoraciones que, aun cuando provisionales, resulten sustancialmente idénticas a las que serían propias de un juicio de fondo sobre la responsabilidad penal, exteriorizando, de ese modo, un pronunciamiento anticipado que prejuzgue la solución del litigio (por todas, SSTC 39/2004, de 22 de marzo, FJ 3; 41/2005, de 28 de febrero, FJ 3; 26/2007, de 12 de febrero, FJ 4)».

(STC 36/2008, de 25 de febrero. Recurso de amparo núm. 925/2006. Ponente: D.<sup>a</sup> Elisa Pérez Vera. BOE 28-3-2008). En sentido similar, STC 64/2008, de 26 de mayo. Recurso de amparo núm. 4316/2006. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez. «BOE» 26-6-2008).

### *Derecho a un proceso con todas las garantías. Derecho a un Juez imparcial*

«Es necesario subrayar que, según doctrina de este Tribunal, la imparcialidad judicial se encuentra dirigida, en efecto, a asegurar que la pretensión sea decidida por un tercero ajeno a las partes y a los intereses en litigio y que se someta exclusivamente al Ordenamiento jurídico como criterio de juicio. Esta sujeción estricta a la Ley supone que la libertad de criterio en que estriba la independencia judicial no sea orientada a priori por simpatías o antipatías personales o ideológicas, por convicciones e incluso por prejuicios o, lo que es lo mismo, por motivos ajenos a la aplicación del Derecho. En definitiva, la obligación de ser ajeno al litigio puede resumirse en dos reglas: primera, que el Juez no puede asumir procesalmente funciones de parte; segunda, que no puede realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a su favor o en contra (STC 5/2004, de 16 de enero, FJ 2). Ahora bien, según la misma doctrina, aun cuando es cierto que en este ámbito las apariencias son muy importantes, porque lo que está en juego es la confianza que en una sociedad democrática los Tribunales deben inspirar a los ciudadanos, no basta con que tales dudas o sospechas sobre su imparcialidad surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar caso a caso si las mismas alcanzan una consistencia tal que permitan afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas (SSTC 69/2001, de 17 de marzo, FFJJ 14 y 16; 140/2004, de 13 de septiembre, FJ 4). Por ello la imparcialidad del Juez ha de presumirse y las sospechas sobre su idoneidad han de ser probadas (SSTC 170/1993, de 27 de mayo, FJ 3; 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5) y han de fundarse en causas tasadas e interpretadas restrictivamente sin posibilidad de aplicaciones extensivas o analógicas. En distinto plano hemos afirmado también que, en razón a la subsidiariedad del recurso de amparo, no puede alegarse en esta vía la vulneración del derecho al Juez imparcial sin haberse planteado en tiempo ante los órganos de la jurisdicción ordinaria la recusación del Juez o Magistrado cuya imparcialidad se cuestiona, de forma que no cabe apreciar la lesión del derecho invocado cuando el recurrente tuvo ocasión de ejercer su derecho a recusar y no recusó (SSTC 140/2004, de 13 de septiembre, FJ 4; 28/2007, de 12 de febrero, FJ 3)».

(STC 60/2008, de 26 de mayo. Recurso de amparo núm. 4309/2004. Ponente: D. Pascual Sala Sánchez. «BOE» 26-6-2008).

### *Derecho a un proceso con todas las garantías. Derecho a un Juez ordinario predeterminado por la Ley*

«Respecto a la vulneración del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, ... conviene recordar que este Tribunal tiene declarado, desde la STC 47/1983, de 31 de mayo, que este derecho constitucional, reconocido en el artículo 24.2 CE, exige que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional (SSTC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 17; 32/2004, de 8 de marzo, FJ 4). Exige también que la composición del órgano judicial venga determinada por Ley y que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente (AATC 42/1996, de 14 de febrero, FJ 2, y 102/2004, de 13 de abril, FJ 4). De esta forma se trata de garantizar la independencia e imparcialidad que el derecho en cuestión comporta —y que se recoge expresamente en el art. 14.1 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y en el art. 6.1 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales—, garantía que quedaría burlada si bastase con mantener el órgano y pudieran alterarse arbitrariamente sus componentes, que son quienes, en definitiva, van a ejercitar sus facultades intelectuales y volitivas en las decisiones que hayan de adoptarse (STC 47/1983, de 31 de mayo, FJ 2)».

(STC 60/2008, de 26 de mayo. Recurso de amparo núm. 4309/2004. Ponente: D. Pascual Sala Sánchez. «BOE» 26-6-2008).

### *Derecho a un proceso con todas las garantías. Garantías del proceso penal*

«El *ius ut procedatur* que asiste a la víctima de un delito 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” (por todas, SSTC 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 2; 215/1999, de 29 de noviembre, FJ 1). Así, “el principio de contradicción en el proceso penal, que hace posible el enfrentamiento dialéctico entre las partes, permitiendo así el conocimiento de los argumentos de la contraria y la manifestación ante el Juez o Tribunal de los propios (SSTC 162/1997, de 3 de octubre, FJ 4; 56/1999, de 12 de abril, FJ 4; 79/2000, de 27 de marzo, FJ 3), constituye una exigencia ineludible vinculada al derecho a un proceso público con todas las garantías, para cuya observancia se requiere el deber de los órganos judiciales de posibilitarlo... Del principio de igualdad de armas, lógico corolario del principio de contradicción, se deriva asimismo la necesidad de que las partes cuenten con los mismos medios de ataque y defensa e idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación, a efectos de evitar desequilibrios entre sus respectivas posiciones procesales, sin que sean admisibles limitaciones a dicho principio, fuera de las modulaciones o excepciones que puedan establecerse en fase de instrucción (o sumarial) por razón de la propia naturaleza de la actividad investigadora que en ella se desarrolla, encaminada a asegurar el éxito de la investigación y, en definitiva, la protección del valor constitucional de la justicia (SSTC 66/1989, de 17 de abril, FJ 12; 186/1990, de 15 de noviembre, FJ 5)” (STC 178/2001, de 17 de septiembre, FJ 3).

El derecho a la prueba tiene como primer requisito la legalidad de la petición probatoria, en el doble sentido de que “el medio de prueba esté autorizado por el Ordenamiento (por todas SSTC 236/2002, de 9 de diciembre, FJ 4; 147/2002, de 15 de junio,

FJ 4; 165/2001, de 16 de julio, FJ 2; y 96/2000, de 10 de abril, FJ 2)” (STC 1/2004, de 14 de enero, FJ 2) y de que “la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos (SSTC 149/1987, de 30 de septiembre; 212/1990, de 20 de diciembre; 87/1992, de 8 de junio; 94/1992, de 11 de junio; 1/1996; 190/1997; 52/1998, de 3 de marzo; 26/2000, FJ 2)” (STC 165/2001, de 16 de julio, FJ 2). Cuando la petición se ajusta a las previsiones legales constituye una cuestión que corresponde dilucidar a los órganos judiciales y no a este Tribunal, como si de una nueva instancia se tratase, que reserva su control derivado del amparo del derecho fundamental a los supuestos en los que aquéllos órganos no se pronuncien sobre la admisión de la prueba, o no lo hagan motivadamente, o lo hagan con una motivación arbitraria o irrazonable (por todas, SSTC 165/2001, de 16 de julio, FJ 2; 1/2004, de 14 de enero, FJ 2)».

(STC 48/2008, de 11 de marzo. Recurso de amparo avogado núm. 2784/2004. Ponente. D.<sup>a</sup> María Emilia Casas Baamonde. «BOE» 15-4-2008).

### *Derecho a un proceso con todas las garantías. Valoración de las pruebas en segunda instancia penal*

«Ni la STC 167/2002 ni las numerosas Sentencias posteriores que han aplicado y perfilado su doctrina en torno a la garantías procesales de inmediación y contradicción han cuestionado por restrictivo el sistema que nuestro Ordenamiento jurídico establece como sistema de apelación penal, según la propia denominación legal. No es el objeto de nuestra doctrina el análisis constitucional de los supuestos en los que se puede apelar, o las razones por las que puede hacerse, o los casos en los que la revisión debe conformar la práctica y la valoración de la prueba. Su objeto es, sencilla pero trascendentalmente, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el de afirmar que, para justificar una condena, no cabe valorar una prueba de cargo sin inmediación, y tampoco sin contradicción y publicidad (SSTEDH de 8 de febrero de 2000, asunto Stefanelli contra San Marino, § 20, en el que el Tribunal observa que el procedimiento oral no se desarrolla ante el Magistrado llamado a resolver; de 18 de mayo de 2004, asunto Destrehem contra Francia, § 43, en el que se afirma que el Tribunal de apelación apreció declaraciones de testigos sin interrogarlos), puesto que éstas constituyen garantías esenciales de la “corrección de la valoración” (SSTC 112/2005, de 9 de mayo, FJ 2; 141/2006, de 8 de mayo, FJ 3; ATC 467/2006, de 20 de diciembre, FJ 3). Es precisamente en este sentido en el que el problema constitucional de la garantía de inmediación se ha planteado en nuestra doctrina jurisdiccional como un “límite” para la revisión de la valoración de la prueba por el órgano llamado a decidir el recurso de apelación (SSTC 197/2002, de 28 de octubre, FJ 2; 192/2004, de 2 de noviembre, FJ 2) derivado “del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, en particular del principio de inmediación que rige el proceso penal” (STC 192/2004, FJ 2). Así, la STC 167/2002, perfilando tal límite, concluye que “en casos de apelación de sentencias absolutorias, cuando aquélla se funda en la apreciación de la prueba, si en la apelación no se practican nuevas pruebas, no puede el Tribunal ad quem revisar la valoración de las practicadas en la primera instancia, cuando por la índole de las mismas es exigible la inmediación y la contradicción” (FJ 1).

La ratio de la decisión que adoptamos en nuestra STC 167/2002 de que “ha resultado vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías” es, por tanto, que la Audiencia Provincial había procedido “a revisar y corregir la valoración y ponderación que el Juzgado de lo Penal había efectuado de las declaraciones de los recurrentes en amparo, sin respetar los principios de inmediación y contradicción” (FJ 11). A

la misma conclusión y por la misma razón se llega en numerosas Sentencias posteriores: “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); así, “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).

La doctrina que parte de la STC 167/2002 no comporta que deban practicarse necesariamente nuevas pruebas en apelación cuando los recurrentes cuestionen los hechos declarados como probados, cuestión que sólo al legislador corresponde decidir en su competencia de configuración de los recursos penales, sino únicamente que al órgano judicial le está vedada la valoración de las pruebas personales que no se hayan practicado ante él: que “en el ejercicio de las facultades que el artículo 795 LECrim otorga al Tribunal ad quem deben respetarse en todo caso las garantías constitucionales establecidas en el artículo 24.2 CE” (FJ 11). Esta mención al ámbito de la apelación diseñado por el artículo 795 LECrim (hoy 790 LECrim) constituye un presupuesto constante de la doctrina de la exigencia de intermediación en la valoración de las pruebas (SSTC 197/2002, de 28 de octubre, FJ 4; 198/2002, de 28 de octubre, FJ 3; 40/2004, de 22 de marzo, FJ 5; 78/2005, de 4 de abril, FJ 2; 307/2005, de 12 de diciembre, FJ 5). No sobra señalar al respecto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tras partir de que el artículo 6 del Convenio europeo de derechos humanos no compele a los Estados a establecer tribunales de apelación o de casación (STEDH de 26 de julio de 2002, asunto *Metfah* y otros contra Francia, § 41), señala que el modo de aplicación del mismo a la apelación depende de las singularidades del procedimiento en cuestión y que en todo caso ha de tomarse en cuenta en su conjunto el proceso tramitado según el Ordenamiento jurídico interno y la tarea que en él desarrolla el Tribunal de apelación (SSTEDH de 26 de mayo de 1988, asunto *Ekbatani* contra Suecia; de 29 de octubre de 1991, asunto *Jan-Ake Andersson* contra Suecia, §§ 22 y 27; de 29 de octubre de 1991, asunto *Fejde* contra Suecia, § 26; de 27 de junio de 2000, asunto *Constantinescu* contra

Rumanía, § 53; de 6 de julio de 2004, asunto Dondarini contra San Marino, § 27), singularmente si le corresponde declarar los hechos probados (SSTEDH de 26 de mayo de 1988, asunto Ekbatani contra Suecia, § 31; de 18 de octubre de 2006, asunto Hermi contra Italia, § 61). De este modo, cuando se ha celebrado ya audiencia pública en la primera instancia, la falta de debates públicos en apelación puede justificarse por las peculiaridades del procedimiento en cuestión, teniendo en cuenta la naturaleza del sistema de apelación interno, el alcance de los poderes de la jurisdicción de apelación, la manera en que los intereses del demandante han sido realmente satisfechos y protegidos ante ella, y sobre todo la naturaleza de las cuestiones que tenía que resolver (STEDH de 27 de junio de 2000, asunto Constantinescu contra Rumanía, § 53; también STEDH de 8 de febrero de 2000, asunto Cooke contra Austria, § 35). Así, en el asunto Arnarsson contra Islandia (STEDH de 15 de julio de 2003) se parte de que el hecho de que el Tribunal Supremo islandés estuviera facultado para revocar una sentencia absolutoria sin citar al demandante y a los testigos y sin interrogarles en persona no infringe por sí mismo el derecho a que la causa sea oída equitativamente por el Tribunal ex artículo 6 del Convenio (§ 32).

En la STC 167/2002, en suma, este Tribunal no ha venido a cuestionar por constitucionalmente insuficiente el ámbito de la apelación penal en nuestro Ordenamiento jurídico, sino sólo a exigir que en su desarrollo se observen las garantías constitucionales y, en concreto, las de inmediación y contradicción en la valoración de las pruebas de cargo cuando tal valoración se haya de producir conforme a las previsiones legales. De este modo infringe el artículo 24.2 CE el órgano judicial que modifique el *factum* de sentido absolutorio por otro de sentido condenatorio (ATC 467/2006, de 20 de diciembre, FJ 3) valorando pruebas sin la garantía de inmediación, sea porque el órgano judicial entienda que la ley le impide la práctica de la prueba, sea porque no aprecie como oportuna o necesaria tal práctica.

Hemos señalado también, obviamente, que la de inmediación no es la única garantía constitucional del proceso que debe respetarse en fase de apelación. Deben respetarse todas las garantías del proceso, pues sin ellas no se dan los presupuestos mínimos para la defensa y para la corrección de las constataciones y valoraciones judiciales. En relación con “una nueva y distinta valoración de las declaraciones de testigos y acusados” por parte de los órganos de apelación “con base en la cual se revoca una Sentencia absolutoria y se dicta la Sentencia condenatoria”, la STC 94/2004, de 24 de mayo, mencionaba “las condiciones de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad” (FJ 2).

La preservación de tales garantías podrá comportar desde la perspectiva de las garantías constitucionales que, cuando proceda legalmente la práctica de prueba de cargo en apelación para que el órgano de apelación proceda con inmediación y contradicción a la valoración de la misma, deban practicarse otro tipo de pruebas imprescindibles para confrontar las primeras y, singularmente, la declaración del acusado, pues “cuando el Tribunal de apelación ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de Derecho, y en especial cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que la apelación no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible” (STC 167/2002, FJ 10). La práctica de tales pruebas, que podría no estar expresamente prevista en la ley, se anudará así constitucionalmente a otras que sí lo están, y será posible si el órgano judicial así lo entiende desde una interpretación no irrazonable de la ley. Lo que en ningún caso será constitucionalmente lícito es la práctica y valoración de pruebas sin las garantías constitucionales mínimas, cosa que sucederá, como ya se ha señalado, si el órgano valora una prueba personal a la que no ha asistido o que, por

la ausencia de otra que se solicitaba en contraposición a la misma, no posibilitaba su adecuada contradicción».

(STC 48/2008, de 11 de marzo. Recurso de amparo avogado núm. 2784/2004. Ponente. D.<sup>a</sup> María Emilia Casas Baamonde. «BOE» 15-4-2008. En el mismo sentido y mismo «BOE», SSTC 28/2008, de 11 de febrero, «BOE» 14-3-2008; 36/2008, de 25 febrero, y 64/2008, de 26 de mayo).

### *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 178/2007, de 23 de julio, FJ 2, que recoge y sistematiza nuestra 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 38/2008, de 25 de febrero. Recurso de amparo núm. 10743/2006. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo. «BOE» 28-3-2008. En sentido similar: STC 94/2008, de 21 de julio. «BOE» 19-8-08).

### *Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa*

«Este Tribunal ha elaborado una consolidada doctrina constitucional, que puede sintetizarse en los siguientes términos:

a) El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa es un derecho fundamental de configuración legal, en la delimitación de cuyo contenido constitucionalmente protegido coadyuva de manera activa el legislador, en particular al establecer las normas reguladoras de cada concreto orden jurisdiccional y de cada proceso, 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, 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.

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 la pertinencia de las pruebas solicitadas, debiendo motivar razonablemente la denegación de las pruebas propuestas, de modo que puede resultar vulnerado este derecho en caso de denegación o inejecución imputables al órgano judicial cuando se inadmiten o inejecutan mediante una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable. Por supuesto, una vez admitidas y practicadas las pruebas declaradas pertinentes, a los órganos judiciales 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, 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 CE.

c) Es también doctrina reiterada de este Tribunal la de 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 los que la prueba es decisiva en términos de defensa, puesto que, de haberse practicado la prueba omitida, o si se hubiera practicado correctamente la admitida, la resolución final del proceso hubiese podido ser distinta en el sentido de resultar favorable a quien denuncia la infracción del derecho fundamental.

En concreto, para que se produzca violación del indicado derecho fundamental, este Tribunal ha exigido reiteradamente que concurran dos circunstancias: por una parte, la denegación o inejecución han de ser imputables al órgano judicial; y, por otra, la prueba denegada o impracticada ha de ser decisiva en términos de defensa, debiendo justificar el recurrente en su demanda la indefensión sufrida. 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 la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de las 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 (por todas, SSTC 247/2004, de 20 de diciembre, FJ 3; 23/2007, de 12 de febrero, FJ 6; 94/2007, de 7 de mayo, FJ 3; 185/2007, de 10 de septiembre, FJ 2; 240/2007, de 10 de diciembre, FJ 2).

(.../...)

En modo alguno resulta ocioso señalar al respecto, como se recuerda en la STC 291/2006, de 9 de octubre (FJ 4), que el derecho a la prueba comprende el derecho a la admisión y práctica de la prueba que sea pertinente, habiendo sido considerada la pertinencia en la doctrina constitucional como la relación entre los hechos que se pretenden probar y el *thema decidendi*, habiendo definido también el legislador procesal civil en términos similares la prueba pertinente como la que “guarda relación con lo que sea el objeto del proceso” (art. 283.1 LEC), el cual, por otro lado, ha caracterizado como pruebas inútiles aquellas que, en ningún caso, pueden contribuir a esclarecer los hechos controvertidos (art. 283.3 LEC)».

(STC 22/2008, de 31 de enero. Recurso de amparo núm. 10216/2006. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas. «BOE» 29-2-2008).

### *Presunción de inocencia*

«Ciertamente, la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales, sean administrativas, pues el ejercicio del *ius puniendi* en sus diversas manifestaciones está condicionado por el artículo 24.2 CE al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones. En tal sentido, el derecho a la presunción de inocencia comporta que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponde a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia, y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio [SSTC 76/1990, de 26 de abril, FJ 8.b); y 169/1998, de 21 de julio, FJ 2]. De entre los contenidos que incorpora el derecho fundamental ahora invocado, resulta de todo punto aplicable al procedimiento administrativo sancionador la exigencia de un acervo probatorio suficiente, recayendo sobre la Administración pública actuante la carga probatoria tanto de la comisión del ilícito como de la participación del acusado, sin que a éste pueda exigírsele una probatio diabólica de los hechos negativos (por todas, STC 45/1997, de 11 de marzo, FJ 4). Sin perjuicio de lo cual, es obligado recordar que no corresponde a este Tribunal la revisión de la valoración del material probatorio efectuada por la Administración, sino sólo llevar a cabo una supervisión externa de la razonabilidad del discurso que enlaza la actividad probatoria con el relato fáctico resultante (SSTC 117/2002, de 20 de mayo, FJ 9 *ab initio*; 131/2003, de 30 de junio, FJ 7; y 74/2004, de 22 de abril, FJ 4).

En relación con los datos obtenidos mediante el funcionamiento de cinemómetros, hemos señalado en el ATC 193/2004, de 26 de mayo, que “gozan de una presunción *iuris tantum* de veracidad siempre que dichos aparatos hayan sido fabricados y hayan superado los controles establecidos por la normativa técnica vigente en cada momento, y así resulte acreditado, además, mediante las correspondientes certificaciones de naturaleza técnica” (FJ 5). Esta normativa técnica estaba constituida esencialmente, en el momento de los hechos, por la Orden del Ministerio de Obras

Públicas, Transportes y Medio Ambiente de 11 de febrero de 1994, reguladora del control metrológico del Estado para los instrumentos destinados a medir la velocidad de circulación de vehículos a motor, norma reglamentaria ésta que tiene su apoyo en la Ley 3/1985, de 18 de marzo, de metrología, desarrollada por el Real Decreto 1616/1985, de 11 de septiembre, por el que se establece el control metrológico que realiza la Administración del Estado. La referida presunción puede, lógicamente, ser destruida mediante la práctica de las pertinentes pruebas. “Ahora bien, dada la peculiar naturaleza de este tipo de aparatos, caracterizados por su gran precisión y fiabilidad desde un punto de vista técnico, y los exhaustivos controles técnicos a los que reglamentariamente están sometidos para asegurar su satisfactoria operatividad (y que el artículo 2 de la indicada Orden de 11 febrero de 1994 enumeraba: ‘aprobación de modelo’, ‘verificación primitiva’, ‘verificación después de reparación o modificación’ y ‘verificación periódica’), es necesario, para que la práctica de la prueba solicitada resulte pertinente, que existan unas dudas mínimamente razonables sobre la corrección de su funcionamiento, por, entre otros supuestos imaginables, resultar de manera evidente una manipulación externa del aparato. No constituye, sin embargo, una duda razonable para poner en cuestión la fiabilidad de este tipo de dispositivos la simple apreciación del conductor, sin ningún tipo de corroboración mínimamente objetiva, de que según el velocímetro de su vehículo circulaba a una velocidad inferior a la señalada en el cinemómetro” (FJ 5 del mencionado ATC 193/2004, de 26 de mayo)».

(STC 40/2008, de 10 de marzo. Recurso de amparo núm. 6545/2004. Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. «BOE» 15-4-2008).

### *Presunción de inocencia. Valor probatorio de las declaraciones de coimputados*

«Este Tribunal ha reiterado que las declaraciones de los coimputados carecen de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas por otros datos externos. La exigencia de corroboración se concreta, por una parte, en que no ha de ser plena, sino mínima y, por otra, en 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 dejarse al análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no. Igualmente, este Tribunal ha afirmado que los diferentes elementos de credibilidad objetiva de la declaración —como pueden ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento o no de la declaración, o su coherencia interna— carecen de relevancia como factores de corroboración, siendo necesario que existan datos externos a la versión del coimputado que la corroboren, no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados. Por último, también se ha destacado que la declaración de un coimputado no puede entenderse corroborada, a estos efectos, por la declaración de otro coimputado y que los elementos cuyo carácter corroborador ha de ser valorado por este Tribunal son exclusivamente los que aparezcan expresados en las resoluciones judiciales impugnadas como fundamentos probatorios de la condena (por todas, STC 230/2007, de 5 de noviembre, FJ 3)».

(STC 91/2008, de 21 de julio. Recurso de amparo núm. 6206/2006. Ponente: D. Pablo Pérez Tremps. «BOE» 19-8-08. En el mismo sentido y «BOE», STC 102/2008, de 28 de julio).

### *Presunción de inocencia. Prueba indiciaria*

«El examen de la denunciada vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) requiere traer a colación, aun sucintamente, la reiterada doctrina de este Tribunal, reproducida, entre otras, en las SSTC 137/2005, de 23 de mayo (FJ 2), 300/2005, de 21 de noviembre (FJ 3), 328/2006, de 20 de noviembre (FJ 5), y 117/2007, de 21 de mayo (FJ 3), sobre el mencionado derecho fundamental y los requisitos constitucionalmente exigibles a la prueba indiciaria para desvirtuar dicha presunción.

a) Como venimos afirmando desde la STC 31/1981, de 28 de julio, 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 los mismos. De modo que, como se declara en la STC 189/1998, de 28 de septiembre, “sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, por ilógico o por insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado” (FJ 2).

Constituye también doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el artículo 117.3 CE, sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta, porque el recurso de amparo no es un recurso de apelación, ni este Tribunal una tercera instancia. De este modo hemos declarado con especial contundencia que el examen de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia ha de partir “de la radical falta de competencia de esta jurisdicción de amparo para la valoración de la actividad probatoria practicada en un proceso penal y para la evaluación de dicha valoración conforme a criterios de calidad o de oportunidad” (STC 137/2005, de 23 de mayo, FJ 2).

b) Por otro lado, según venimos sosteniendo desde la STC 174/1985, de 17 de diciembre, a falta de prueba directa de cargo también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: 1) el hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados; 2) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados; 3) para que se pueda controlar la razonabilidad de la inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; 4) y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, en palabras de las STC 169/1989, de 16 de octubre (FJ 2), “en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes” (SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 4; 124/2001, de 4 de junio, FJ 12; 300/2005, de 21 de noviembre, FJ 3).

El control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o cohesión (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable la inferencia cuando sea

excesivamente abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso el Tribunal Constitucional ha de ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio. Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento “cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada” (STC 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 24)».

(STC 111/2008, de 22 de septiembre. Recurso de amparo núm. 7424/2006. Ponente. D. Vicente Conde Martín de Hijas. «BOE» 10-10-08).

### *Principio acusatorio*

«Sobre la lesión del principio acusatorio (art. 24.2 CE) conviene recordar que este Tribunal ha señalado que, entre las garantías que incluye dicho principio, se encuentra la de que “nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse”, habiendo precisado a este respecto que por “cosa” 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, pues el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica” (SSTC 4/2002, de 14 de enero, FJ 3; 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 5; 71/2005, de 4 de abril, FJ 3). 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, no pudiendo el Tribunal apreciar hechos o circunstancias que no hayan sido objeto de consideración en ésta y sobre los cuales, por tanto, el acusado no haya tenido ocasión de defenderse en un debate contradictorio (SSTC 40/2004, de 22 de marzo, FJ 2; 183/2005, de 4 de julio, FJ 4). Además, este Tribunal ha afirmado que con la perspectiva constitucional del derecho de defensa, lo que resulta relevante es que la condena no se produzca por hechos o perspectivas jurídicas que de facto no hayan sido o no hayan podido ser plenamente debatidas (por todas, STC 87/2001, de 2 de abril, FJ 6). Por otra parte las exigencias del principio acusatorio, entre las que cabe incluir esta congruencia entre acusación y fallo, son de aplicación también en la segunda instancia (STC 35/2004, de 8 de marzo, FJ 2), aunque, en relación con el recurso de casación, no tengan que ser de aplicación de manera idéntica, porque “la estructura contradictoria en esta segunda instancia ya no es predicable de la relación entre quien ejerce una pretensión punitiva (acusación) y quien se defiende de ella (acusado) para que sea resuelta por un órgano judicial dentro de los límites en los que se establezca dicho debate; sino de la relación entre quien ejerce una pretensión de revisión de la legalidad de la resolución (recurrente) y los razonamientos de la resolución impugnada (resolución de primera instancia), para que sea resuelta por un órgano judicial superior dentro de los límites en que se establezca dicho debate” (STC 123/2005, de 12 de mayo, FJ 9). Ello no impide que se aprecie la lesión constitucional alegada por el recurrente si con su actuación “el Tribunal de casación ha impedido de algún modo hacer efectivo su derecho de defensa contradictoria, al no haber tenido conocimiento de los términos de la acusación, o ha comprometido su imparcialidad judicial al asumir funciones acusatorias que le están constitucionalmente vedadas” (STC 170/2006, de 5 de junio, FJ 2)».

(STC 60/2008, de 26 de mayo. Recurso de amparo núm. 4309/2004. Ponente: D. Pascual Sala Sánchez. «BOE» 26-6-2008).

## ARTÍCULO 25.1

*Principio de legalidad en materia sancionadora*

«Requiere traer a colación la reiterada doctrina constitucional sobre el principio de legalidad en materia sancionadora, sintetizada para un supuesto que presenta una sustancial identidad con el ahora enjuiciado en la STC 111/2004, de 12 de julio (FJ 3).

Dijimos entonces, y hemos de reiterar ahora, que la posibilidad de que se produzca una vulneración del artículo 25.1 CE como consecuencia de las pautas interpretativas empleadas para la subsunción de la conducta en el tipo de la infracción ha sido expresamente contemplada por este Tribunal. En referencia a la actuación de los órganos judiciales este Tribunal ha declarado, en unos términos que *mutatis mutandi* pueden hacerse extensivos a las resoluciones dictadas por la Administración en el ejercicio de su potestad sancionadora, que “[p]or lo que a la validez constitucional de la aplicación de las normas sancionadoras se refiere, ésta depende tanto del respeto al tenor literal del enunciado normativo, que marca en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamientos, como de su previsibilidad (SSTC 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4, y 236/1997, de 22 de diciembre, FJ 3), hallándose en todo caso vinculadas por los principios de legalidad y seguridad jurídica, aquí en su vertiente subjetiva (según la expresión utilizada en la STC 237/2000, de 15 de noviembre, FJ 11), que conlleva la evitación de resoluciones que impidan a los ciudadanos ‘programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente’... Concretamente, la previsibilidad de tales decisiones debe ser analizada desde las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional y conforme a modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica (SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 12; 42/1999, de 22 de marzo, FJ 4 y 87/2001, de 2 de abril, FJ 8)” (STC 196/2002, de 28 de octubre, FJ 5). De este modo no solo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada, sino que también son constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico —una argumentación ilógica o indiscutidamente extravagante— o axiológico —una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional— conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios. A fin de aplicar el canon descrito, debe partirse, en principio, de la motivación explícita contenida en las resoluciones recurridas, de forma que cabrá apreciar una vulneración del derecho a la legalidad sancionadora, tanto cuando se constate una aplicación extensiva o analógica de la norma a partir de la motivación de la correspondiente resolución, como cuando la ausencia de fundamentación revele que se ha producido dicha extensión (STC 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4)».

(STC 54/2008, de 14 de abril. Recurso de amparo núm. 2381/2005. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas. «BOE» 14-5-2008).

## ARTÍCULO 25.2

*Derecho de reunión pacífica en Centros penitenciarios*

«La invocación del derecho a la libertad de expresión resulta meramente retórica y debe reconducirse a la del derecho de reunión pacífica. En relación con el ejercicio de este derecho dentro de los centros penitenciarios por parte de los condenados a

prisión, debe incidirse en que, estando previsto en el artículo 25.2 CE que los derechos fundamentales de los internos queden expresamente limitados por la condena, el sentido de la pena o la ley penitenciaria, ya este Tribunal ha destacado que el ejercicio del derecho de reunión en el interior de las prisiones puede quedar limitado por razones de orden y de seguridad constitucionalmente legítimas (STC 119/1996, de 8 de julio, FJ 2). A partir de ello, no cabe admitir la afirmación del recurrente de que las reuniones y concentraciones realizadas por internos dentro de centros penitenciarios no requieren de autorización previa, toda vez que no puede privarse a la Administración penitenciaria de que determine y pondere en cada caso si el pretendido ejercicio de este derecho resulta compatible con la condición de presos en general, con el cumplimiento de su pena privativa de libertad, con la seguridad y buen orden del establecimiento, con la libertad de los demás presos con los que obligadamente conviven los peticionarios y con la correcta prestación por los funcionarios del centro penitenciario de sus restantes servicios y funciones».

(STC 71/2008, de 23 de junio. Recurso de amparo núm. 2515/2005. Ponente: D. Pablo Pérez Tremps. «BOE» 24-7-2008).

## CÓDIGO PENAL

### ARTÍCULO 66

#### *Motivación e individualización de la pena*

«Este Tribunal ha declarado reiteradamente que el deber general de motivación de las sentencias que impone el artículo 120.3 CE, y que se integra en el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE—conforme al cual las decisiones judiciales deben exteriorizar los elementos de juicio sobre los que se basan y su fundamentación jurídica ha de ser una aplicación no irracional, arbitraria o manifiestamente errónea de la legalidad— resulta reforzado en el caso de las sentencias penales condenatorias, por cuanto en ellas el derecho a la tutela judicial efectiva se conecta con otros derechos fundamentales y, directa o indirectamente, con el derecho a la libertad personal (por todas, entre otras muchas, SSTC 43/1997, de 10 de marzo, FJ 6; 108/2001, de 23 de abril, FJ 3; 20/2003, de 10 de febrero, FJ 5; 170/2004, de 18 de octubre, FJ 2; 76/2007, de 16 de abril, FJ 7). Un deber de motivación que incluye no sólo la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, sino también la pena finalmente impuesta en concreto (por todas, SSTC 108/2001, de 23 de abril, FJ 3; 20/2003, de 10 de febrero, FJ 6; 148/2005, de 6 de junio, FJ 4; 76/2007, de 16 de abril, FJ 7).

El fundamento de extender el deber reforzado de motivación a las decisiones judiciales relativas a la fijación de la pena radica en que el margen de discrecionalidad del que legalmente goza el Juez no constituye por sí mismo justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sino que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente por la exigencia de que la resolución esté motivada, pues solo así puede procederse a su control posterior en evitación de toda arbitrariedad. De este modo, también en el ejercicio de las facultades discrecionales que tiene reconocidas legalmente el Juez penal en la individualización de la pena, es exigible constitucionalmente, como garantía contenida en el derecho a la tutela judicial efectiva, que se exterioricen las razones que conducen a la adopción de la decisión (SSTC 20/2003, de 10 de febrero, FJ 6; 136/2003, de 30 de junio, FJ 3; 170/2004, de 18 de octubre, FJ 2; 76/2007, de 16 de abril, FJ 7) y que éstas no sean incoherentes con los elementos objetivos y subjetivos cuya valoración exigen los preceptos legales

relativos a la individualización de la pena (SSTC 148/2005, de 6 de junio, FJ 4; 76/2007, de 16 de abril, FJ 7).

Finalmente, hemos de recordar que dicha obligación reforzada de motivar la concreta pena impuesta cobra especial relieve desde la perspectiva constitucional, y así se ha destacado por nuestra jurisprudencia, cuando la misma sea mayor a la solicitada por las acusaciones, como reflejo del principio acusatorio implícito en el artículo 24 CE (por todas, SSTC 59/2000, de 2 de marzo, FJ 4; 20/2003, de 10 de febrero, FJ 6; 136/2003, de 30 de junio, FJ 3) y en aquellos casos en que se imponga la máxima pena legalmente prevista (SSTC 170/2004, de 18 de octubre, FJ 3; 148/2005, de 6 de junio, FJ 4)».

(STC 21/2008, de 31 de enero. Recurso de amparo núm. 7598/2006. Ponente: D. Javier Delgado Barrio. «BOE» 29-2-2008).

## ARTÍCULO 131

### *Prescripción de los delitos*

«Constituye doctrina reiterada de este Tribunal que la apreciación en cada caso concreto de la concurrencia o no de la prescripción como causa extintiva de la responsabilidad criminal es, en principio, una cuestión de legalidad que en origen corresponde decidir a los Tribunales ordinarios y que carece, por su propio contenido, de relevancia constitucional, lo que no significa que cualquiera que sea la decisión que se adopte en materia de prescripción en un proceso penal sea irrevisable a través del recurso de amparo (por todas, SSTC 63/2001, de 17 de marzo, FJ 7; 63/2005, de 14 de marzo, FJ 2; 82/2006, de 13 de marzo, FJ 10). Y ello porque, como afirmamos en la STC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 3, y recordábamos en la STC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 2, “la prescripción penal, institución de larga tradición histórica y generalmente aceptada, supone una autolimitación o renuncia del Estado al ius puniendi por el transcurso del tiempo, que encuentra también fundamentos en principios y valores constitucionales, pues toma en consideración la función de la pena y la situación del presunto inculcado, su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal; a lo que añadíamos que dicho instituto ‘en general, encuentra su propia justificación constitucional en el principio de seguridad jurídica’, si bien, por tratarse de una institución de libre configuración legal, no cabe concluir que su establecimiento suponga una merma del derecho de acción de los acusadores (STEDH de 22 de octubre de 1996, caso *Stubbings*, § 46 y ss.), ni que las peculiaridades del régimen jurídico que el legislador decida adoptar —delitos a los que se refiere, plazos de prescripción, momento inicial de cómputo del plazo o causas de interrupción del mismo— afecten, en sí mismas consideradas, a derecho fundamental alguno de los acusados”.

Por lo que se refiere a la determinación del canon aplicable para proceder en cada caso a la revisión de una decisión judicial apreciando o negando la existencia de prescripción hemos declarado que es el propio del artículo 24 CE, en cuanto exige para entender otorgada la tutela judicial efectiva que la pretensión sea resuelta mediante una resolución que sea razonada, es decir, basada en una argumentación no arbitraria, ni manifiestamente irrazonable, ni incurso en error patente (SSTC 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 4; 63/2001, de 17 de marzo, FJ 7; 63/2005, de 14 de marzo, FJ 3; 82/2006, de 13 de marzo, FJ 10)».

(STC 79/2008, de 14 de julio. Recurso de amparo núm. 7719/2003. Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» 19-8-2008).

## ARTÍCULO 153

*Constitucionalidad del artículo 153 en relación con el derecho a la igualdad*

«Nuestro análisis relativo a la adecuación constitucional del artículo 153.1 CP desde la perspectiva del artículo 14 CE ha de comenzar recordando que la duda se refiere a la selección legislativa de una determinada conducta para su consideración como delictiva con una determinada pena, y que esta labor constituye una competencia exclusiva del legislador para la que “goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática” (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 9; AATC 233/2004, de 7 de junio, FJ 3; 332/2005, de 13 de septiembre, FJ 4). Es al legislador al que compete “la configuración de los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo” (SSTC 55/1996, FJ 6; 161/1997, FJ 9; 136/1999, de 20 de julio, FJ 23).

El hecho de que el diseño en exclusiva de la política criminal corresponda al legislador (STC 129/1996, de 9 de julio, FJ 4) y que la determinación de las conductas que han de penarse y la diferenciación entre ellas a los efectos de asignarles la pena adecuada para su prevención sea el “el fruto de un complejo juicio de oportunidad que no supone una mera ejecución o aplicación de la Constitución”, demarca “los límites que en esta materia tiene la jurisdicción de este Tribunal ... Lejos ... de proceder a la evaluación de su conveniencia, de sus efectos, de su calidad o perfectibilidad, o de su relación con otras alternativas posibles, hemos de reparar únicamente, cuando así se nos demande, en su encuadramiento constitucional. De ahí que una hipotética solución desestimatoria ante una norma penal cuestionada no afirme nada más ni nada menos que su sujeción a la Constitución, sin implicar, por lo tanto, en absoluto, ningún otro tipo de valoración positiva en torno a la misma” (STC 161/1997, FJ 9). Así, nuestro análisis actual del artículo 153.1 CP no puede serlo de su eficacia o de su bondad, ni alcanza a calibrar el grado de desvalor de su comportamiento típico o el de severidad de su sanción. Sólo nos compete enjuiciar si se han respetado los límites externos que el principio de igualdad impone desde la Constitución a la intervención legislativa».

(STC 59/2008, de 14 de mayo. Cuestión de inconstitucionalidad núm. 5939/2005. Ponente: D. Pascual Sala Sánchez. «BOE» 4-6-2008).

## ARTÍCULOS 173 Y SIGUIENTES

*Torturas o tratos inhumanos o degradantes. Motivación de las resoluciones de sobreseimiento*

«Este Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con las decisiones judiciales de sobreseimiento de instrucciones penales incoadas por denuncias de torturas o de tratos inhumanos o degradantes en las recientes SSTC 224/2007, de 22 de octubre, y 34/2008, de 25 de febrero.

Así, este Tribunal ha destacado en la citada STC 34/2008, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre este particular (por todas, SSTEDH de 16 de diciembre de 2003, Kmetty c. Hungría, § 37, y de 2 de noviembre

de 2004, Martínez Sala y otros c. España, §156), que el derecho a la tutela judicial efectiva de quien denuncia haber sido víctima de torturas o de tratos inhumanos o degradantes exige, según el canon reforzado de motivación, una resolución motivada y fundada en Derecho y acorde con la prohibición absoluta de tales conductas, en que se “ha de tener en cuenta la gravedad de la quiebra de esta prohibición y el tipo de actividad judicial necesaria para preservarla dadas su difícil detectabilidad y la especial dependencia respecto de dicha actividad judicial de la indemnidad de la dignidad de la persona, objeto central de protección de la prohibición. Es de señalar en tal sentido que se trata de una tutela judicial doblemente reforzada que no encuentra parangón en otras demandas de auxilio judicial, pues se pide la tutela judicial frente a la vulneración de un derecho fundamental que constituye un derecho absoluto cuya indemnidad depende esencialmente de dicha tutela judicial” (FJ 6). Del mismo modo, y en relación con lo anterior, también ha señalado en la misma Sentencia que en estos casos “el derecho a la tutela judicial efectiva sólo se satisface si se produce una investigación de lo denunciado que sea a su vez suficiente y efectiva, pues la tutela que se solicita consiste inicialmente en que se indague sobre lo acaecido. Tales suficiencia y efectividad sólo pueden evaluarse con las circunstancias concretas de la denuncia y de lo denunciado, y desde la gravedad de lo denunciado y su previa opacidad, rasgos ambos que afectan al grado de esfuerzo judicial exigido por el artículo 24.1 CE” (FJ 6).

Igualmente, se ha hecho especial incidencia en que si bien esta exigencia no comporta la apertura de la instrucción en todo caso ni impone la realización de todas las diligencias de investigación posibles, “[p]or el contrario, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en este ámbito que no se abra o que se clausee la instrucción cuando existan sospechas razonables de que se ha podido cometer el delito de torturas o de tratos inhumanos o degradantes denunciado, y cuando tales sospechas se revelen como susceptibles de ser despejadas” (STC 34/2008, FJ 6), ya que “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” (STC 224/2007, FJ 3).

Por último, este Tribunal ha señalado que para evaluar si existe una sospecha razonable de tortura y si tal sospecha es disipable, lo que convertiría en inconstitucional ex artículo 24.1 CE el cierre de la investigación, deben tomarse en consideración las circunstancias concretas de cada caso, siendo preciso atender, entre otras circunstancias, a la probable escasez de pruebas existente en este tipo de delitos, lo que debe alentar, por un lado, la diligencia del instructor para la práctica efectiva de las medidas posibles de investigación y, por otro, ante la dificultad de la víctima de aportar medios de prueba sobre su comisión, hacer aplicable el principio de prueba como razón suficiente para que se inicie la actividad judicial de instrucción. Del mismo modo, también se destaca que la cualificación oficial de los denunciados debe compensarse con la firmeza judicial frente a la posible resistencia o demora en la aportación de medios de prueba, con la especial atención a diligencias de prueba cuyo origen se sitúe al margen de las instituciones afectadas por la denuncia, y con la presunción a efectos indagatorios de que las lesiones que eventualmente presente el detenido tras su detención y que eran inexistentes antes de la misma son atribuibles a las personas

encargadas de su custodia. Además, se pone énfasis en que constituye una exigencia de racionalidad que la valoración del testimonio judicial del denunciante, que es un medio de indagación particularmente idóneo de las denuncias por tortura o por tratos inhumanos o degradantes, y de sus declaraciones previas ante los médicos, la policía o los órganos judiciales repare en que el efecto de la violencia ejercida sobre la libertad y las posibilidades de autodeterminación del individuo no deja de producirse en el momento en el que físicamente cesa aquélla y se le pone a disposición judicial, sino que su virtualidad coactiva puede pervivir, y normalmente lo hará, más allá de su práctica (STC 34/2008, FJ 7)».

(STC 52/2008, de 14 de abril. Recurso de amparo núm. 6421/2004. Ponente: D. Pablo Pérez Tremps. «BOE» 14-5-2008. En sentido similar: STC 63/2008, de 26 de mayo, «BOE» 26-6-2008; STC 69/2008, de 23 de junio, «BOE» 24-7-2008 y STC 107/2008, de 22 de septiembre. «BOE» 10-10-2008).

## LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

### ARTICULO 112

#### *Proceso penal: ejercicio de la acción penal y civil*

«Es preciso recordar que, como hemos tenido ocasión de afirmar en diversas ocasiones (así, SSTC 367/1993, de 13 de diciembre, FJ 3; 135/2001, de 18 de junio, FJ 7; y 15/2002, de 28 de enero, FJ 4), en nuestro ordenamiento jurídico el proceso penal no queda limitado al ejercicio y conocimiento de la acción penal; por el contrario, en el proceso penal puede ejercitarse y decidirse también la acción civil dirigida a satisfacer la responsabilidad civil derivada del hecho ilícito que es constitutivo de delito o falta. Además, el legislador, por razones de economía o de oportunidad, considera que el ejercicio de la acción penal lleva aparejado el ejercicio de la acción civil, de forma que salvo que el perjudicado por el hecho delictivo haya renunciado a la acción civil o se haya reservado expresamente esta acción para ejercitarla después de terminado el proceso penal en el correspondiente juicio civil (art. 112 de la Ley de enjuiciamiento criminal: LECrim), la sentencia que ponga fin al proceso penal, en el caso de que sea condenatoria (y excepcionalmente, cuando sea absolutoria en los supuestos del artículo 118 del Código penal) deberá pronunciarse también sobre la responsabilidad civil ex delicto. A este fin, el Ministerio Fiscal está obligado, haya o no acusador particular, a ejercer la acción civil, salvo que el perjudicado haya renunciado o se haya reservado las acciones civiles (art. 108 LECrim).

De este modo, el legislador ha querido que la sentencia penal decida definitivamente toda las consecuencias penales y civiles derivadas del hecho delictivo, salvo el supuesto de renuncia o de reserva de las acciones civiles por parte del perjudicado, pues no existiendo esta renuncia o reserva de acciones el Ministerio Fiscal ostenta una legitimación extraordinaria o por sustitución para ejercer, en nombre de los perjudicados, las acciones civiles que puedan corresponderles, por lo que, ejercitadas estas acciones por el Fiscal, el perjudicado no podrá ya volver a ejercitarlas en un posterior proceso civil, salvo que se trate de cuestiones civiles no discutidas en la previa sentencia penal.

Corolario de lo expuesto es, como señala la citada STC 15/2002, de 28 de enero, FJ 4, invocada por los recurrentes en apoyo de su pretensión, “que la Sentencia penal condenatoria que se haya pronunciado sobre la responsabilidad civil del condenado produce efectos de cosa juzgada en el ulterior proceso civil que pueda plantear el perjudicado, pues la Sentencia penal produce efectos consuntivos de cuantas acciones

penales y civiles se ejercitaron y ventilaron en el proceso penal. Sólo aquellas acciones civiles que no fueron objeto de la Sentencia penal, ya sea porque la Sentencia fue absolutoria, ya sea porque el perjudicado se las reservó para ejercitarlas en un posterior proceso civil, o porque no fueron ejercitadas en el proceso penal, son las que podrán ejercerse y ventilarse en un posterior proceso civil y no quedarán afectadas por la cosa juzgada que produce la Sentencia penal».

(STC 17/2008, de 31 de enero. Recurso de amparo núm. 3323/2005. Ponente: D. Manuel Aragón Reyes. «BOE» 29-2-2008).

## ARTÍCULO 741

### *Pruebas practicadas en el juicio oral*

«Como hemos tenido ocasión de reiterar recientemente —en la STC 92/2006, de 27 de marzo, FJ 2— que, “de acuerdo con la doctrina mantenida en forma constante por este Tribunal a partir de la STC 31/1981, de 28 de julio, únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar Sentencia las practicadas en el juicio oral, tal y como establece el artículo 741 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrím), pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, ha de desarrollarse ante el mismo Juez o Tribunal que debe dictar Sentencia; por el contrario las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 LECrím) que no constituyen en sí mismos pruebas de cargo, pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuido al juzgador. Sólo cuando las diligencias o actuaciones sumariales son de imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral es posible traerlas al mismo como prueba anticipada o preconstituída, puesto que, estando sujeto también el proceso penal al principio de búsqueda de la verdad material, resulta preciso asegurar que no se pierden datos o elementos de convicción. De esta manera la prueba preconstituída o anticipada poseerá virtualidad para destruir la presunción de inocencia siempre y cuando se haya practicado con observancia de las garantías establecidas en la Constitución y en el ordenamiento procesal y haya sido incorporada al juicio oral mediante su lectura, de tal manera que se permita a la defensa del acusado someterla a contradicción, no bastando con la utilización de simples fórmulas de estilo como la consistente en darla por reproducida” (vid. también SSTC 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2, y 80/2003, de 28 de abril, FJ 5). Así, la STC 280/2005, de 7 de noviembre, recordaba que “la validez como prueba de cargo preconstituída de las declaraciones prestadas en fase sumarial se condiciona al cumplimiento de una serie de requisitos que hemos clasificado en materiales (su imposibilidad de reproducción en el acto del juicio oral), subjetivos (la necesaria intervención del Juez de instrucción), objetivos (que se garantice la posibilidad de contradicción y la asistencia letrada al imputado, a fin de que pueda interrogar al testigo) y formales (la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme al artículo 730 LECrím, o a través de los interrogatorios), lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a contradicción en el juicio oral ante el Juez o Tribunal sentenciador (entre otras SSTC 80/1986, de 17 de junio, FJ 1; 40/1997, de 27 de febrero, FJ 2; 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 5; 2/2002, de 14 de enero, FJ 7;

12/2002, de 28 de enero, FJ 4; 155/2002, de 22 de julio, FJ 10; 80/2003, de 28 de abril, FJ 5, y 187/2003, de 27 de octubre, FJ 3) (FJ 2)».

(STC 29/2008, de 20 de febrero. Recursos de amparo acumulados núms. 1907/2003 y 1911/2003. Ponente: D. Pascual Sala Sánchez. «BOE» 14-3-2008).

## ARTÍCULO 954

### *Recurso de revisión*

«Muy tempranamente ya dijimos (STC 50/1982, de 15 de julio, FJ 3) que, sin entrar en el análisis de la significación o independencia que respecto del proceso anterior tiene el recurso de revisión y lo que éste comporta en la difícil colisión entre seguridad y justicia, que está en la base de esta institución, puede afirmarse que la revisión es instrumento que sirve al ejercicio del derecho a obtener la invalidación de la sentencia que ha ganado firmeza, en los casos en que el legislador, en esa colisión comprometida entre seguridad y justicia, abre vías para rescindir un proceso anterior, y que alcanzan a ella las garantías fundamentales contenidas en el artículo 24.1 CE y, por tanto, las de acceso a la revisión y al conocimiento de la pretensión revisora en el proceso debido, asegurando el contenido esencial de este derecho instrumental.

(.../...)

La tensión entre seguridad y justicia, latente en el problema de la revisión de las sentencias firmes, permite considerar que el establecimiento de un plazo para el ejercicio de la acción revisoria, es en sí mismo constitucionalmente legítimo, en cuanto preserva o tiende a preservar un valor o un principio constitucional como es el de la seguridad jurídica, plasmado aquí en la santidad de la cosa juzgada [en el mismo sentido, hemos afirmado que el recurso de revisión es 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) (STC 70/2007, de 16 de abril, FJ 3)».

(STC 13/2008, de 31 de enero. Recurso de amparo núm. 5213/2004. Ponente. D. Roberto García-Calvo y Montiel. «BOE» de 29-2-2008).

## **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*

«Este Tribunal ha destacado la relevancia constitucional que tiene la posibilidad de que el interno se asesore legalmente como garantía para preparar adecuadamente su defensa en el procedimiento disciplinario frente a los cargos que le imputan. Del mismo modo, se ha puesto de manifiesto que la previsión legal de que el asesoramiento se lleve a cabo por cualquier persona que designe el interno debe entenderse en el sentido de que la solicitud de asesoramiento, en cuanto suponga la comunica-

ción con una tercera persona, sea compatible con las exigencias de seguridad, tratamiento y buen orden del establecimiento que legítimamente deben adoptar los responsables del centro penitenciario, lo que determina que, salvo que las decisiones de la Administración impliquen una privación real al interno de la posibilidad de articular su defensa, el establecer condicionamientos a la forma en que ha de procurarse el asesoramiento no puede causar la vulneración del artículo 24.1 CE, y menos aún si de las opciones que el ordenamiento ofrece al interno para recibir asesoramiento, éste opta por aquellas que impiden cumplir los fines de la pena privativa de libertad o las normas de seguridad del centro. Esta última consideración está en relación con la exigencia, también reiterada por este Tribunal, de que para apreciar una indefensión vulneradora del artículo 24.1 CE resulta necesario que la situación en que ésta haya podido producirse no se haya generado por una actitud voluntariamente consentida por el supuestamente afectado o atribuible a su propio desinterés, pasividad, malicia o falta de la necesaria diligencia (por todas, STC 55/2006, de 27 de febrero, FJ 3)».

(STC 71/2008, de 23 de junio. Recurso de amparo núm. 2515/2005. Ponente: D. Pablo Pérez Tremps. «BOE» 24-7-2008).

«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 hemos afirmado que estas garantías deben aplicarse con especial rigor, 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 (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, FJ 3; y 66/2007, de 27 de marzo, FJ 3).

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 24.2 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; 128/1996, de 9 de julio, FJ 6; y 66/2007, de 27 de marzo, FJ 4]. 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; 236/2002, de 9 de diciembre, FJ 4; y 66/2007, de 27 de marzo, FJ 4)».

(STC 5/2008, de 21 de enero. Recurso de amparo núm. 1314/2005. Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. «BOE» 15-2-2008).

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

M.<sup>a</sup> CARMEN FIGUEROA NAVARRO

ABEL TÉLLEZ AGUILERA

Universidad de Alcalá de Henares

## ARTÍCULO 20.5 y 6

*Estado de necesidad y miedo insuperable: Requisitos; inapreciables. Tráfico de drogas: amenazas de atentar contra la vida de familiares del acusado que no han sido probadas, contando tan solo con su versión*

En segundo lugar, alega el recurrente infracción de ley, al amparo del artículo 849.1.º LECrim, por falta de aplicación de los artículos 20.5.º y 6.º, y 21.1.º y 6.º CP, es decir, eximentes completas o incompletas o atenuante por analogía, de estado de necesidad y de miedo insuperable.

1. El motivo tampoco puede prosperar, ya que, dado el cauce casacional elegido, hay que respetar absolutamente el relato que efectúa el *factum*, que, si bien describe con minuciosidad los hechos llevados a cabo por el acusado, «haciéndose cargo, firmando el albarán de entrega, del paquete que contenía una muy elevada cantidad de cocaína de gran pureza, y reconociendo que el paquete era para él, que se hacía responsable del mismo y que se había concertado con una persona desde Colombia para recibirlo en dicho domicilio», no incluye elemento descriptivo alguno que pueda dar soporte a la apreciación de ninguna de las dos circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, cuya aplicación se reclama, rechazando explícitamente, en cambio, en el fundamento jurídico cuarto, la concurrencia de los elementos integrantes de las circunstancias, de acuerdo con la doctrina de esta Sala.

2. Y ello ha de compartirse, dado que este tribunal de casación en innumerables sentencias (cfr. SSTS 1629/2002, de 2 de octubre, y 2003/2002, de 28 de noviembre) ha dicho —y en relación con un supuesto muy similar de transporte por vía aérea desde Venezuela hasta Madrid de cocaína—, que «reiterados y numerosos precedentes de esta Sala Segunda han establecido que la esencia de la eximente de estado de necesidad, completa o incompleta, radica en la existencia de un conflicto entre distintos bienes o intereses jurídicos, de modo que sea necesario llevar a cabo la realización del mal que el delito supone —dañando el bien jurídico protegido por esa figura delictiva— con la finalidad de librarse del mal que amenaza al agente, siendo preciso,

además, que no exista otro remedio razonable y asequible para evitar este último, que ha de ser grave, real y actual».

3. Y de estos elementos merecen destacarse, también, dos conceptos fundamentales que informan el núcleo de esta circunstancia: la proporcionalidad y la necesidad. Respecto de la proporcionalidad del mal causado, se ha establecido (STS de 8 de octubre de 1996) que «si el mal que se pretende evitar es de superior o igual entidad que la gravedad que entraña el delito cometido para evitarlo, y no hay otro remedio humanamente aceptable, la eximente debe ser aplicada de modo completo; si esa balanza comparativa se inclina mínimamente en favor de la acción delictiva y se aprecian en el agente poderosas necesidades, la circunstancia modificativa debe aceptarse con carácter parcial (eximente incompleta); pero si ese escalón comparativo revela una diferencia muy apreciable, no puede ser aplicable en ninguna de sus modalidades.

Y por lo que al elemento de la necesidad se refiere, la apreciación de esta circunstancia exige que el mal que se pretende evitar sea real, grave y actual o inminente, y también la comprobación de que el agente haya agotado todos los medios alternativos lícitos para soslayar ese mal antes de acudir a la vía delictiva, de tal manera que, fracasados aquéllos, no quepa otra posibilidad humanamente razonable que el delito, pues a nadie se le puede exigir la heroicidad o el martirio en este ámbito».

A ello hay que añadir, en cuanto a la eximente incompleta, igualmente reclamada, que esta Sala ha precisado (STS 1412/2002, de 19 de julio) que: «para poder apreciar esta circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, se precisa también que el estado de necesidad sea grave e inminente, y que el que lo alegue haya acreditado haber agotado todos los recursos a su alcance —personales, familiares, profesionales, sociales— para superarlo (cfr. STS de 21 de enero de 1986), debiendo tenerse en cuenta, en todo caso, que se precisa también que el mal que se cause no sea mayor que el que pretende evitarse y que, a este respecto, la jurisprudencia ha declarado que esta circunstancia, en principio, se considera inaplicable, incluso como eximente incompleta, cuando del delito de tráfico de drogas se trata, habida cuenta de la extraordinaria gravedad potencial de las consecuencias de este tipo de conductas penalmente punibles (cfr. STS de 23 de enero de 1998)».

4. Esta Sala, también, ha señalado (STS 2067/2002, de 13 de diciembre) que: «el miedo supone que el sujeto que actúa típicamente se halla sometido a una situación derivada de una amenaza de un mal tenido como insuperable. De esta exigencia resultan las características que debe reunir la situación, esto es, ha de tratarse de una amenaza real, seria e inminente, y su valoración ha de realizarse desde la perspectiva de una persona media, que es la perspectiva que debe utilizarse como baremo para comprobar la superabilidad del miedo.

La aplicación de la circunstancia exige, por tanto, examinar, en cada caso concreto, si el sujeto podía haber actuado de otra forma y se le podría exigir otra conducta distinta de la desarrollada ante la presión del miedo. Si el miedo resultó insuperable, se aplicaría la eximente, y si, por el contrario, existen elementos objetivos que permiten establecer la posibilidad de una conducta o comportamiento distinto, aún reconociendo la presión de las circunstancias, será cuando pueda apreciarse la eximente incompleta» (STS 1095/2001, de 16 de julio).

En todo caso, la doctrina jurisprudencial (STS 1495/99, de 19 de octubre), exige para la aplicación de la eximente —completa o incompleta— de miedo insuperable, la concurrencia de los requisitos de existencia de un temor inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado y que alcance un grado bastante para disminuir notablemente la capacidad electiva (Sentencia de 29 de junio de 1990). Y que, para la apreciación de la eximente incompleta, pueden faltar los requisitos de insuperabilidad del miedo (Sentencia de 29 de septiembre de 1989, carácter inminente de la amenaza y

Sentencia de 12 de febrero de 1981) o que el mal temido fuese igual o mayor, requisito que hoy ya no se exige en el CP 95.

De modo que lo que nunca podrá faltar es la existencia de un temor inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado y que alcance un grado bastante para disminuir notablemente la capacidad electiva.

5. Pues bien, en el presente caso la Sala de instancia razona —de modo compartible— que «no resulta demasiado cuestionable que el anuncio de que se va a atentar contra la vida de una persona allegada, como es la madre de su esposa, ya no digamos si se trata de alguno de sus hijos, podría llegar a calificarse un mal actual y absoluto; real y efectivo; imperioso, grave e inminente; injusto e ilegítimo, tal y como se refleja en la STS de 12-5-03, con remisión a la de 24-11-97; 1-10-99 y 24-1-00; de la misma manera que puede compartirse que tales amenazas pueden alterar enormemente el ánimo de una persona, máxime cuando ya se ha atentado contra la vida de su esposa. Por tanto, si se hubieran dado tales circunstancias sería comprensible que el acusado se aviniera a las pretensiones de los requirentes, ya sea porque se dan los presupuestos de un estado de necesidad, en el que el mal causado no sería superior al que se trata de evitar (no se puede equiparar un atentado genérico contra la salud pública mediante la distribución de sustancias estupefacientes, con la pérdida de una vida concreta), o porque actuó paralizado por el miedo y no le era exigible otra conducta. Al menos, podría apreciarse alguna semielemente para el supuesto de que el sujeto pudiera haber actuado de alguna otra forma».

Y, muy razonablemente, concluye que: «No obstante, a juicio de este tribunal no pueden apreciarse ninguna de las causas de exención, porque como se ha expuesto, ello exigiría dar como cierta la versión del acusado y no ha sido así.

El acusado se ha amparado en la situación que tenía con anterioridad a venir a España, incluso en el acto del juicio se han apreciado signos de labilidad emocional, pero ello no es atribuible al móvil de su conducta y a la falta de libertad en su actuación, sino que tiene su justificación en el hecho de que se enfrenta a una pena importante, teniendo que separarse de su familia (hijas y esposa) cuando sobre todo esta última se halla imposibilitada por los desdichados acontecimientos vividos en Colombia.

A los argumentos ya expuestos para rechazar su versión debe añadirse que si la guerrilla consiguió hacer suyas sus tierras, no parece que tenga demasiado sentido que sigan persiguiéndole en España. Aparte de que si, efectivamente, querían extorcionarle, les bastaba con ponerse en contacto con su suegra o con el resto de su familia y presionarles para que cuando contactaran con el acusado se lo comunicaran, lo cual no tenía por qué ser mediante la utilización de un teléfono móvil.

Consecuentemente el motivo ha de ser desestimado.

(Sentencia núm. 286/2008, de 12 mayo)

## ARTÍCULO 20.7

*Obrar en cumplimiento de un deber. Requisitos de necesidad y proporcionalidad. Violencia innecesaria, superflua y arbitraria en una actuación policial que no obedece a la posible comisión de un delito sino al comportamiento de la víctima en un incidente de tráfico*

Cuarto.—El primer supuesto que contempla la exigencia del artículo 20.7 CP es el del cumplimiento de un deber, es decir, la ejecución de una conducta obligada por el Derecho, que la impone a su autor, y que además es una conducta penalmente típica que supone la lesión o menoscabo de un bien jurídico protegido por la Ley.

Los casos más importantes de cumplimiento de un deber son aquellos relacionados con las obligaciones impuestas a cargos públicos, cuyo efectivo cumplimiento supone la vulneración de un bien jurídico perteneciente a un tercero. Así ocurre con el derecho a la libertad en el caso de la detención o, especialmente, con el derecho a la integridad física cuando las fuerzas y cuerpos de seguridad recurren a la violencia para el cumplimiento de sus funciones. En estos casos ha de atenderse a que los agentes se encuentren en el ejercicio de sus funciones, con exigencias más rigurosas si el agente se encuentra fuera de su demarcación o franco de servicio; que el empleo de la violencia sea necesario, requisito ineludible para la eximente completa o incompleta, y que la empleada sea proporcional a la necesidad de recurrir a ella, lo cual ha de ponerse en relación directa con la importancia o trascendencia de la infracción concreta que se trata de evitar mediante la actuación en cumplimiento del deber, sin perder de vista que no se trata de una mera comparación entre los bienes jurídicos afectados y los males que se les pueden ocasionar, sino de una operación de mayor amplitud en la que del lado del cumplimiento del deber se encuentra la vigencia del derecho frente a su vulneración.

Es obligado conforme a lo antes explicado, concretar aún más los conceptos, siquiera sea porque, si se trata de limitar o cercenar de algún modo bienes jurídicos ajenos, es preciso la mayor meticulosidad en aras precisamente de la seguridad jurídica que los actos enjuiciados en este área pretenden defender.

Que el sujeto activo ha de ser Autoridad o Agente no cabe duda alguna, pero sin embargo ha de precisarse que dicha condición ha de ser también funcional, razón por la cual ha de encontrarse aquél en el ejercicio efectivo del cargo, de manera presente, activa y manifiesta, por lo que la situación puede ser distinta si el Agente, por ejemplo, se encontrare fuera de servicio o del lugar o demarcación en la que tiene conferida su competencia (Sentencias de 24 de enero de 1994 y 20 de febrero de 1992), supuesto en el cual las exigencias para legitimar la actuación del sujeto activo han de ser aún más rigurosas, pues habrá que sopesar no sólo el grado de peligrosidad o de trascendencia insertos implícitamente en la presunta actuación delictiva que se quiere abortar, sino también las obligaciones que intrínsecamente acompañan al Agente de la Autoridad, según la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de 13 de marzo de 1986, como función imprescindible de la representación que ostenta cualquiera que sea el lugar y tiempo (art. 5.4 de la misma).

Tampoco cabe duda de que la actuación policial, en este caso concreto, debe responder a los principios de necesidad y proporcionalidad. Es así pues que si el uso de la fuerza no era necesario para la defensa del orden jurídico, de la seguridad ciudadana, o incluso para prevenir el delito, entonces la actuación queda fuera de la protección legal, queda «extramuros» de la eximente del cumplimiento o ejercicio del deber. El ejercicio correcto de los Agentes implica la mayor garantía del derecho dentro del ámbito de lo que son «intereses ajenos a defender», garantía ya fuera de lugar si falta aquella necesidad.

Tal necesidad puede ser, para aquilatar más el concepto, abstracta o cualitativa y concreta o cuantitativa. La abstracta, *ex ante*, se corresponde con la teoría jurídica antes de producirse el supuesto concreto, es decir hasta que se toma la decisión de actuar por necesidad. Cuando el Agente cree que ha de actuar conforme a su deber. Es el juicio sereno y reflexivo, cuidadoso y legal, al que se refería la sentencia de 16 de mayo de 1983 con objeto de que la defensa del orden jurídico se alcance con el menor daño posible a personas o cosas. Es también, la congruencia y la oportunidad, también obviamente la proporcionalidad, con que se ha de proceder al utilizar el Agente los medios a su alcance, según igualmente dispone el artículo 5.2 de la Ley Orgánica antes citada.

Otra cosa es la necesidad concreta *ex post* en la que, durante la ejecución del deber, se produce una manifiesta inadecuación de los medios utilizados por resultar cuantitativamente excesiva la violencia utilizada en la defensa del orden jurídico, lo que incidiría en la eximente incompleta, precisamente el supuesto de ahora (véase STS de 14 de mayo de 1998).

El elemento de la necesidad o imprescindibilidad de la acción violenta se destaca como factor insustituible para la apreciación de la eximente, pues para el cumplimiento del deber debe hacerse necesario hacer uso de la violencia, porque, sin tal violencia, no les es posible al Agente de la Autoridad cumplir con la obligación que en ese momento le incumbe (véase STS de 5 de noviembre de 2002).

El mismo criterio lo mantiene la STS de 19 de enero de 2005 cuando excluye la aplicación de la eximente, ni siquiera incompleta, «... pues se echa en falta el requisito básico o imprescindible de la “necesidad” de la actuación violenta, ya que, como dice, entre otras, la STS de 21 de septiembre de 1999, para la aplicación de esta circunstancia ha de concurrir en la conducta del sujeto, además de otros aspectos como el de la proporcionalidad en la violencia ejercida (necesidad en concreto) cuya ausencia sí que puede conducir a la apreciación de la eximente incompleta, el que «... “para el cumplimiento del deber concreto en cuyo ámbito está desarrollando su actividad, le sea necesario hacer uso de la violencia (necesidad en abstracto), porque, sin tal violencia, no le fuera posible cumplir con la obligación que en ese momento le incumbe”».

«Necesidad en abstracto» siempre inexcusable para la consideración de la merma o exclusión de la responsabilidad y que aquí no aparece. Antes al contrario, el relato histórico refiere expresamente cómo cuando se producen los hechos el grupo de manifestantes entre los que se encontraba el lesionado “... no intentaba agredir ni estaba en una actitud amenazante hacia los agentes”».

Y, en fin, la STS de 22 de enero del mismo año, señala «Esta Sala —dice la sentencia 871/1998, de 19 de junio, en un caso idéntico— estima que a la vista de la descripción fáctica fijada en la sentencia impugnada, y examinada la actuación policial en concurrencia con los elementos periféricos de la acción, y todas las circunstancias antecedentes, coetáneas y subsiguientes a la misma, procede la estimación de la eximente alegada (...) con el carácter de incompleta, ya que en la discordancia entre la necesidad abstracta o mera necesidad y la concreta que se traduce en el empleo de la fuerza exigible para controlar la situación, la que rebasa la racional legitimidad del medio empleado, origina que opere solamente como incompleta. Entendemos, pues, que hubo extralimitación en el uso del medio empleado, y por tanto, falta proporcionalidad en la actuación del agente de la autoridad en relación con las precauciones que el caso requería». Esto último es precisamente lo que tiene en consideración también el Tribunal *a quo*, en el caso que resolvemos, que dice que el conflicto planteado podía haber sido solucionado con una actitud más *comprendiva* (*sic*), ante la «respuesta inicial descortés y obstructiva respecto del policía actuante», pero que, sin embargo, no aplica circunstancia alguna modificativa de la responsabilidad del acusado, considerando los hechos desprovistos de cualquier relación con la actuación policial legítima inicial, pero con clara extralimitación en el curso de la detención y posteriormente.

Aplicando estos parámetros doctrinales al caso debatido, es palmario que el motivo debe ser desestimado al resultar la violencia empleada manifiestamente innecesaria, superflua y arbitraria. En efecto, se alega en el motivo que la orden recibida por Abelardo de bajar del coche no tenía otro sentido que verificar los indicios que, según los acusados, presentaba de conducir bajo los efectos del alcohol, practicándole la prueba de alcoholemia —como se le hizo en Comisaría, sin rebasar la tasa legalmente permitida.

Lo cierto es que el *factum* no recoge dato alguno de esos supuestos indicios de que Abelardo condujera bajo los efectos del alcohol, sino que, por el contrario, deja

bien claro que la respuesta de aquél al ser reprendido por el incidente en el *stop* «no gustó a su interlocutor», quien, después de insultarle tildándole de «hijo de puta, te vas a enterar» (con la connotación de amenaza y represalia que traduce la última expresión), «... le ordenó que bajara del vehículo a lo que éste se negó». Por ello mismo, el Tribunal *a quo* rechaza expresamente como hechos probados que Abelardo, que su forma de hablar era balbuceante y que tenía el gesto descompuesto y manchas de vómito en el pantalón, así como que en Comisaría vomitó varias veces. De este modo, la versión de los acusados justificativa de la orden de salir del coche y de detenerlo ante la negativa, se diluye en la nada y sustenta la razonada consideración del Tribunal de que el desarrollo de los hechos evidencia que Rodolfo y Evaristo se hallaban en patente estado de enojo por el comportamiento en el tráfico de D. Abelardo y por la ulterior desatención a su reproche hasta el punto de detenerse de camino hacia la Comisaría para recriminarle su proceder y, posteriormente, ante su insatisfactoria respuesta aparcar el vehículo para dirigirle nuevos reproches.

Con independencia de todo ello, existe otra poderosa razón fundamental para la desestimación del motivo.

Pero, sobre todo, porque siendo la negativa a salir del coche lo que decidió a los acusados a sacarlo del mismo violentamente, resulta de extraordinario interés para constatar la innecesariedad de esa violencia el razonamiento de la sentencia de instancia, puesto que, si como refirieron los dos imputados y también el agente, su objeción a salir del automóvil y acatar la orden de detención era que los agentes actuantes no estaban de uniforme, y desconocía su condición de tales, pues tampoco exhibieron la placa hubiera bastado para la efectividad del mandato que desde un principio cualquiera de ellos hubiese avisado a la Comisaría, que se recuerda distaba unos 30 ó 40 metros del lugar en el que estaba estacionado el del Sr. Abelardo, para solicitar la presencia de una patrulla uniformada. Y esta actuación sólo se produjo cuando llegó al lugar el agente y una vez que éste reclamó la presencia de una patrulla, en vez de esperar su llegada, continuaron empleando la fuerza para intentar sacar a Abelardo del vehículo. Todo ello, corroborado por el hecho de que el Tribunal *a quo* concede credibilidad y valora como prueba las declaraciones de Abelardo y los testigos que se han citado, que han sido contestes, coherentes y verosímiles —que además de negar que los Srs. Rodolfo y Evaristo exhibieran las placas han referido que por la vestimenta que llevaban que han descrito como de «caza» y por su comportamiento pensaron que se trataba de personas que venían a agredirles y no de agentes de Policía—, lo que, decididamente, avala el discurso de la sentencia de que la violencia física desplegada se concibe de todo punto innecesaria y fácilmente evitable con la sola presencia de algún policía que con el uniforme o la placa, se hubiera identificado como tal.

(Sentencia núm. 263/2008, de 20 de mayo)

### ARTÍCULO 21.3

*Atenuante de arrebató u obcecación. Situación de repentina y súbita transmutación psíquica, de carácter fugaz y momentáneo, que oscureció su razón y debilitó su voluntad, a consecuencia de un estímulo adecuado*

3. Respecto a la aplicación indebida de la atenuante de arrebató (art. 21-3 CP), como muy cualificada, cuando debió decretarse la absolució, según razona el censurante, la hace derivar de la afirmación contenida en el párrafo 1.º del fundamento pri-

mero de la sentencia que textualmente dice que el acusado «... aprovechando la situación de privación de sentido por el sueño y la embriaguez profunda de la víctima...» la penetró analmente.

Pues bien, el recurrente dice que en tal situación una persona carece de conciencia y voluntad.

Al impugnante no le asiste razón, ya que la sentencia describe la situación en que se hallaba cuando fue abusado sexualmente, pero no el estado del mismo cuando después de salir de la somnolencia y reaccionando al ataque sufrido, que lo despertó, se levantó de la cama y cogió el cuchillo para agredir al abusador. Así pues, debe distinguirse la situación inicial de sueño profundo por la embriaguez, de la cesación de tal situación que se transmuta por otra que, ya en situación de vigilia, el acusado intentó causar la muerte del ofensor. Los actos que desplegó son claramente incompatibles con su realización inconsciente. El censurante se percató plenamente del ataque sufrido y reaccionó (ofuscadamente), pero con una clara intención, como los hechos ocurridos demostraron, de asestar una cuchillada en lugar vital capaz de ocasionar la muerte.

El tribunal de instancia aplicó correctamente el artículo 21-3 CP, al soportar el agente una situación de repentina y súbita transmutación psíquica, de carácter fugaz y momentáneo, que oscureció su razón y debilitó su voluntad, a consecuencia de un estímulo adecuado. Pues bien, tal situación de arrebató, en el contexto en que se produjo, el tribunal la reputó como muy cualificada, por lo que no cometió ningún error *iuris* en el juicio subsuntivo.

(Sentencia núm. 490/2008, de 17 de julio)

## ARTÍCULO 21.4

*Arrepentimiento espontáneo: Inexistencia. Asesinato: salir huyendo después de cometer los hechos, entregándose tres días después cuando ya era conocida la identidad del acusado*

El cuarto motivo, por el mismo cauce procesal que el precedente, denuncia infracción de ley, «por inaplicación del artículo 21.4 del Código Penal», es decir, por no aplicar la “circunstancia atenuante de arrepentimiento espontáneo”.

Reconoce la parte recurrente que «cuando el Sr. Adolfo se entrega al Juzgado ya se ha iniciado la investigación, pero (todavía) no existe ninguna imputación formal contra el mismo»; mas —aduce también—, hay que tener en cuenta que, «en el caso de autos, el Sr. Adolfo confiesa los hechos, admitiendo su participación en los mismos y aporta datos que resultan relevantes para (la) investigación»; destacando, al efecto, que «en tal sentido indica que utilizó como elemento de combustión la gasolina que fue a buscar a su casa; que para su transporte se valió de un recipiente de plástico como es un *dan up*; que para prender fuego utilizó un mechero; que vertió su contenido sobre Gerardo; que previamente habían discutido en el Bar, etc. En fin, se trata de datos objetivamente relevantes y útiles para la investigación y que, por tanto, tienen la suficiente entidad para considerar la confesión del acusado a los efectos de aplicar la atenuante antedicha».

El Tribunal de instancia, por su parte, ha rechazado la estimación de esta atenuante, poniendo de relieve que el fundamento de la misma no es otro que «el dato objetivo de la realización de actos de colaboración en la investigación del delito», destacando, además, el requisito cronológico de que «el reconocimiento de los hechos se verifique antes de que el inculpaado conozca que es investigado procesal o judicialmente por los mismos». Y, a este respecto, pone de relieve que «el acusado huyó tras

la perpetración de los hechos y tan solo se entregó, tres días después, una vez supo que el procedimiento se dirigía contra él, puesto que leyó la noticia que se publicó en los medios de comunicación local. En este sentido, es significativo que en poder del acusado se intervino un periódico que (...) ofrecía datos que inequívocamente le identificaban como el autor de los hechos» (v. F. 4.º).

El cauce procesal elegido exige el pleno respeto de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia y, en ellos, se pone de relieve cómo el acusado huyó tras la comisión del hecho enjuiciado, para entregarse al Juzgado a las 9 horas del día 30 de agosto de 2006; es decir, tres días después de haberlo cometido, cuando el hecho era público y notorio, e, incluso, conocida la identidad del presunto autor, de todo lo cual tenía ya conocimiento el acusado. Sin que, por lo demás, los datos aportados por el mismo puedan considerarse especialmente relevantes para la investigación del hecho, ya que, en sus líneas esenciales, ya eran plenamente conocidos por quienes llevaban a cabo la investigación de los hechos. De ahí que tampoco sería procedente apreciar la concurrencia de una circunstancia atenuante analógica (*vid.* art. 21.6.ª).

Procede, en conclusión, la desestimación de este motivo.

(Sentencia núm. 465/2008, de 7 julio)

## ARTÍCULO 21.5

*Atenuante de reparación del daño. Se admite la reparación moral o simbólica, siempre que el acto reparatorio pueda considerarse significativo en relación con la índole del delito cometido. Requisitos para apreciarla como muy cualificada*

El artículo 21.5 dispone que es circunstancia atenuante la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima o a disminuir sus efectos, exigiendo expresamente que tal conducta tenga lugar en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral. Tal como recuerda la STS núm. 683/2007, de 17 de julio, «la jurisprudencia de esta Sala ha entendido que, con independencia del requisito cronológico, la atenuación se basa en razones de política criminal orientadas a la protección de la víctima, por lo que ha exigido que la reparación sea significativa o de cierta eficacia». Son principalmente razones de política criminal orientadas a la protección de las víctimas de toda clase de delitos, las que sustentan la decisión del legislador de establecer una atenuación en la pena en atención a actuaciones del autor del delito, posteriores al mismo, consistentes en la reparación total o parcial, aunque siempre ha de ser significativa, del daño ocasionado por la conducta delictiva. Ello sin desconocer que también puede ser valorable la menor necesidad de pena derivada del reconocimiento de los hechos que, como una señal de rehabilitación, puede acompañar a la reparación, aunque la atenuante del artículo 21.5.ª no lo exija.

Despojada la conducta de sus elementos subjetivos, en cuanto no se exige un particular sentimiento o actitud de arrepentimiento, lo trascendente para apreciar la atenuante es que la reparación pueda considerarse relevante en atención a las circunstancias del caso y del culpable.

Por otra parte, la reparación no sólo se refiere al resarcimiento de los perjuicios materiales, sino que la jurisprudencia ha admitido la reparación moral o simbólica, siempre que el acto reparatorio pueda considerarse significativo en relación con la índole del delito cometido. En este sentido, entre otras la STS 1002/2004, de 16 de

septiembre; la STS núm. 145/2007, de 28 de febrero; la STS núm. 179/2007, de 7 de marzo; la STS núm. 683/2007, de 17 de julio, y la STS núm. 2/2007, de 16 de enero, en la que se recogía lo que sigue: «En este mismo orden de cosas debemos insistir en que el elemento sustancial de esta atenuante consiste en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, en un sentido amplio de reparación que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el artículo 110 del Código Penal, pues el artículo 110 se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal a la que afecta la atenuante. Cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios, de la reparación moral o incluso de la reparación simbólica (sentencias núm. 216/2001, de 19 febrero, y núm. 794/ 2002, de 30 de abril, entre otras), puede integrar las previsiones de la atenuante».

De otro lado, la jurisprudencia ha exigido que la razón de la atenuación concorra con una especial intensidad para apreciar la atenuante como muy cualificada, habiendo considerado insuficiente el mero resarcimiento ordinario de las responsabilidades civiles la STS núm. 136/2007, de 8 de febrero; o la consignación de la indemnización cuando la causa ya estaba terminada la STS núm. 83/2007, de 2 de febrero. En sentido coincidente la STS núm. 133/2005, de 7 de febrero.

2. En el caso, y con independencia del momento en el que se procedió a la reparación económica, efectuada en su integridad según acuerdo con el lesionado, lo cierto es que según consta en los hechos probados el acusado se disculpó por lo sucedido a satisfacción de aquél.

La Audiencia rechazó el carácter cualificado de la atenuante limitándose a establecer que no aprecia razones suficientes para ello. Sin embargo, esta escueta argumentación no permite prescindir del hecho de que el acusado no se limitó a entregar una cantidad de dinero por el total de la indemnización, sino que llegó antes a un acuerdo con el lesionado al que incorporó una expresa petición de perdón, lo que, no pudiendo tacharse de una actitud meramente formal o insincera, que transformaría lo ocurrido en una mera apariencia sin sustrato real alguno. Sin duda refleja una actitud de reconocimiento del orden jurídico y supone al tiempo una reparación moral, indicativa del esfuerzo por expresar el retorno al orden jurídico, que supera la mera reparación económica y que debe ser tenida en cuenta.

Por lo tanto, el motivo se estima y la atenuante se apreciará como muy cualificada.

(Sentencia núm. 50/2008, de 29 enero)

## ARTÍCULO 138

*Tentativa de homicidio. Animus necandi. La dirección de las puñaladas, dadas las características del arma homicida (25 cms de hoja) su afectación al pecho la intensidad de los golpes y el desencadenamiento de un hemotórax masivo por afectación de la vena pulmonar y las ramas bronquiales es suficiente para encontrar elementos corroboradores de su intención de matar*

1. La parte recurrente viene a sostener que el resultado lesivo causado con el cuchillo que portaba no es constitutivo de un delito de homicidio en grado de tentativa, sino de un delito de lesiones por inexistencia de ánimo de matar.

Tanto el homicidio como las lesiones, son delitos de resultado, por lo que la intención habría que deducirla de una serie de factores, antecedentes, coetáneos y

posteriores, que permitan establecer las bases sobre las que asentar la conclusión más cercana a la voluntad que movió la acción u acciones del acusado.

Con independencia del contexto en el que se produjo la agresión, debemos centrarnos en la acción desarrollada por el acusado, los instrumentos utilizados para atacar a la víctima si como los lugares objeto de las incisiones y heridas que se relatan en el hecho probado.

2. El arma era un cuchillo de 25 cms de longitud de hoja que exhibió al entrar en la tienda de la gasolinera. Se dirigió hacia el interior del mostrador y se lo colocó en el estómago, exigiéndole el dinero que tuviese. Una vez conseguidos 220,05 euros, el acusado propinó tres cuchilladas en el pecho y estómago al empleado, abandonando precipitadamente la gasolinera.

Las incisiones se concretaron en heridas en región deltoidea derecha, herida penetrante en hemitórax derecho con lesión del parenquima pulmonar a nivel del lóbulo medio (afección masivo hemotórax), sección de los músculos pectorales mayor y menor, fractura estallido de la tercera costilla y herida penetrante en hipocondrio derecho con lesión rotura de colon transverso. Éste es el cuadro sobre el que debemos construir la existencia o no de ánimo de matar, sin perjuicio de los días de incapacitación, así como las secuelas que exigen tratamiento psiquiátrico y farmacológico.

3. La jurisprudencia de esta Sala, como ya hemos expuesto, ha llegado a recoger hasta diecisiete indicadores que, algunos por sí solos y otros en conjunción con los demás, proporcionan las claves para dilucidar la cuestión de la existencia de ánimo de matar o de lesionar.

La dirección de las puñaladas, dadas las características del arma homicida (25 cms de hoja) su afectación al pecho la intensidad de los golpes y el desencadenamiento de un hemotórax masivo por afectación de la vena pulmonar y las ramas bronquiales es suficiente para encontrar elementos corroboradores de su intención de matar sin perjuicio de las circunstancias concurrentes en la personalidad y entorno familiar del condenado que examinaremos en sucesivos motivos y que en todo caso solo se podrán conectar con la existencia inequívoca y palmaria de un homicidio en grado de tentativa acabada, ya que la intervención quirúrgica salvadora no evita que la acción se desarrollarse en toda su integridad aunque no hubiera conseguido el resultado que normalmente debía haber producido.

Por lo expuesto ambos motivos deben ser desestimados.

(Sentencia núm. 289/2008, de 20 de mayo)

## ARTÍCULO 149.1

*Lesiones—Dolo indirecto o eventual—Puñetazo en el ojo de la víctima con la mano en la que se lleva un anillo con una piedra incrustada—Previsibilidad del resultado lesivo por la intensidad del golpe hacia un órgano esencial y con objeto peligroso*

El Ministerio Fiscal formaliza en su recurso un único motivo por infracción ordinaria de Ley alegando que el Tribunal de instancia ha aplicado indebidamente el artículo 152.1.2 CP y, correlativamente, ha inaplicado el artículo 149.1 CP, sosteniendo que los hechos que relata el *factum* son constitutivos de un delito doloso y no imprudente de lesiones. En apoyo de su tesis alega que yerra el Tribunal de instancia en el proceso deductivo que le lleva a concluir la falta de constancia de que el acusado «fuera consciente del mayor daño que podía ocasionar el objeto punzante que llevaba en el dedo, el

anillo, ni siquiera de que fuera consciente de llevarlo», considerando que el juicio de inferencia realizado a tal fin es ilógico y contrario a las máximas de la experiencia.

Reiterados precedentes jurisprudenciales de esta Sala han consolidado el criterio según el cual la determinación del elemento subjetivo en los tipos penales ha de realizarse mediante un juicio de inferencia basado en los hechos objetivos y externos acreditados a partir de los medios de prueba practicados, de suerte que si la conclusión obtenida por el juzgador a partir del análisis de dichos elementos se ajusta a las reglas de la razón, de la lógica y de la experiencia, habrá de declararse la concurrencia del componente subjetivo del tipo ( SSTS 1229/2005 y 1108/2007). Asimismo es doctrina tradicional y mayoritaria de esta Sala la que permite la complementación del relato histórico que se describe en los hechos probados, con elementos o datos de inequívoca naturaleza fáctica que se incorporan a la fundamentación jurídica al desarrollar argumentadamente el proceso de subsunción, considerando que las afirmaciones de hechos contenidas en los fundamentos jurídicos son complemento de los hechos probados. Por tanto, no es posible diseccionar las resoluciones judiciales en compartimentos estancos, sino que, a la hora de examinarlas críticamente desde la perspectiva de la revisión casacional, es menester valorarlas en su conjunto, como un todo armónico (SSTS 63/2007 y 892/2007).

Por tanto, habida cuenta la vía casacional elegida, procede verificar el sustrato fáctico del que dispuso la Audiencia para efectuar la calificación jurídica, el cual consiste sucintamente en la entrada del acusado en un bar donde, tras molestar a varios clientes, se dirigió a la víctima que conversaba con otra persona, preguntándole «dime que te está contando este viejo», a lo que el perjudicado respondió que por favor le dejase, insistiendo el acusado en el mismo requerimiento en diversas ocasiones hasta que, en un momento dado, le golpeó en el ojo con el puño derecho, en el cual llevaba un anillo con piedra incrustada, ocasionándole la pérdida completa de la visión del ojo derecho y deformidad del globo ocular. Se considera asimismo probado que poco antes de suceder los hechos el acusado había ingerido bebidas alcohólicas que le afectaban levemente sus facultades intelectivas y volitivas, sin llegar a anularlas, y «debido a su estado físico y al modo de llevarse a cabo los hechos, ni pudo representarse ni se representó el resultado de su acción».

En el fundamento de derecho primero explica literalmente el Tribunal de instancia que «en el presente supuesto, el acusado pudo representarse íntegramente el riesgo implícito en la acción, supo que pegaba a su oponente, pero no existe prueba alguna de que fuera consciente del mayor daño que podía ocasionar el objeto punzante que llevaba en el dedo, el anillo, ni siquiera de que fuera consciente de llevarlo, por lo que no pudo representarse las consecuencias producidas por su acción, por lo que no ha obrado con el dolo que exige el tipo penal del delito de lesiones; no existe prueba alguna de que el agente se representara como resultado posible de su conducta la causación de una lesión como la que sufrió luego la persona a la que le dio un puñetazo, por lo que se considera correcto estimar el resultado como determinado causalmente tan sólo por imprudencia».

Al margen de las dificultades hermenéuticas y dogmáticas que plantea la contradicción en el razonamiento de la Audiencia según el cual el acusado pudo representarse íntegramente el riesgo implícito en su acción para a continuación afirmar la ausencia de prueba sobre el conocimiento por parte de aquél de la posible antijuridicidad agravada resultante de golpear con un anillo en lugar de con los nudillos e incluso del propio hecho de llevar un anillo, los hechos probados sobre los que procede efectuar la calificación jurídica son los siguientes: *a)* el acusado dirige el golpe con el puño hacia un órgano esencial y especialmente frágil debido a su morfología; *b)* únicamente se aprecia una leve afectación de sus facultades intelectivas y volitivas

por la ingestión de bebidas alcohólicas previa a su llegada al bar en el que se produjeron los hechos; c) al mismo tiempo se afirma que dicha minoración de su capacidad no le impidió llegar a dicho establecimiento conduciendo una furgoneta, la cual aparcó correctamente, para a continuación caminar por sus propios medios hasta el interior del local, constatando como únicos síntomas de su embriaguez una actitud no demasiado correcta con los demás clientes del bar, a los que molestaba y con los que se ponía pesado, indicios en modo alguno unívocos de dicho estado, a lo que se han de añadir las dudas que plantea la propia acreditación de dicha embriaguez siquiera en forma leve habida cuenta que el propio Tribunal de instancia indica en el fundamento jurídico tercero de la sentencia impugnada que ninguno de los testigos declaró que el acusado «no se tuviera en pie, ni que tuviera la voz pastosa, ni que presentara ningún otro signo externo, no obrando en la causa parte médico alguno sobre el estado étílico del acusado»; d) el acusado portaba de forma visible en uno de sus dedos un anillo con una piedra incrustada en el mismo, no ajustándose a las reglas de la lógica y los principios de la experiencia inferir que, con base en lo expuesto, no fuese consciente de que llevase dicho aro.

Una vez dicho lo anterior procede recordar que el dolo no sólo se da en los casos de una actuación intencional, es decir, cuando el propósito del autor es la producción del resultado acaecido, sino también cuando no existiendo intención, el autor ha tenido respecto del resultado una actitud que justifica la respuesta prevista en la Ley penal para los hechos más graves (dolo indirecto y dolo eventual) por oposición a la ejecución imprudente del tipo. De hecho, la jurisprudencia de esta Sala viene sosteniendo, en especial desde la STS de 23 de abril de 1992), que si el autor actuó con conocimiento del peligro concreto que con su acción generaba, habrá obrado con dolo (eventual, en el caso de no haber tenido intención de producir el resultado).

Aplicando dicho criterio a la base fáctica del caso que nos ocupa, la conclusión no ha de ser sino favorable a las tesis de la parte recurrente, ya que se infiere racionalmente que quien actúa de la forma que lo hizo el acusado, esto es, golpeando con el puño en el que se lleva un anillo con una piedra incrustada en el ojo de la víctima, y teniendo en cuenta las consideraciones efectuadas respecto a la capacidad psicofísica del autor al suceder los hechos, así como la intensidad del golpe a tenor del resultado producido, necesariamente hubo de saber que creaba un riesgo concreto de una lesión importante en el lugar al que dirigió el puñetazo.

Por dichas razones, el motivo ha de ser estimado.

(Sentencia núm. 160/2008, de 9 de abril)

## ARTÍCULO 153

*Lesiones en el ámbito doméstico. Golpear o maltratar de obra, cuando la ofendida sea o haya sido mujer ligada por análoga relación aun sin convivencia: existencia. Causar lesión de primera asistencia al prohibir a mujer con la que se convive salir a la calle con un determinado pantalón y en otra ocasión al negarse ella a mantener relaciones sexuales con su compañero, son expresiones de superioridad machista, como manifestación de una situación de desigualdad*

En un único motivo de contenido casacional, el Ministerio Fiscal, al amparo de lo autorizado en el artículo 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la infracción por inaplicación del artículo 153, apartados 1 y 3, del Código Penal.

La Audiencia ha calificado los dos hechos producidos los días 13 de septiembre y 18 de diciembre de 2005, como simples faltas de lesiones, aplicando el artículo 617.1 del Código Penal.

Para ello, interpretando la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, por la que se da nueva redacción al artículo 153 del Código Penal, en vigor ya cuando suceden los hechos, razona que no siempre es de automática aplicación, relativo a que «todo lo que era falta como delito», sin apercibirse que la consideración de la elevación de los sucesos correspondientes a una falta, como delito, en el ámbito de la violencia doméstica o intrafamiliar, ya se efectuó mediante la LO 11/2003, que entró en vigor el día 1 de octubre de 2003, al elevar a delito las faltas de lesiones, maltratos de obra o amenazas leves con armas y otros instrumentos peligrosos (estableciendo una penalidad de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad, junto a las accesorias que se especifican, y cuyas penas se impondrían en su mitad superior cuando se perpetren, entre otros casos, en presencia de menores o en el domicilio común o en el de la víctima), lo que se sanciona, ahora, igualmente, en el expresado artículo 153.1, modificado por la LO 1/2004, con pena de prisión de seis meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad, junto a las accesorias que se indican en el mismo, con igual cláusula de agravación (subtipo agravado), si bien en los casos en que la ofendida sea esposa o mujer ligada con análoga relación a su agresor.

La Audiencia argumenta que tal automatismo no es posible, «dado que podrían darse situaciones, como las de pelea en situación de igualdad con agresiones mutuas entre los miembros de la pareja, que nada tendrían que ver con actos realizados por el hombre en el marco de una situación de dominio, y que impedirían aplicar la plus punición contenida en el artículo 153.1 del CP por resultar contraria a la voluntad del Legislador al no lesionar el complejo de intereses que dicho artículo trata de proteger». En función de tal razonamiento, sanciona las lesiones como faltas del artículo 617.1 del Código Penal.

El motivo tiene que ser estimado.

La Sala sentenciadora de instancia con esta argumentación deja sin aplicar los preceptos invocados por el Ministerio Fiscal, sin causa alguna que lo justifique, y bajo una proscripción de automatismos, que ciertamente no se compadece en absoluto con los hechos declarados probados por la sentencia recurrida. En éstos, se relata en primer lugar, un episodio de gran crudeza y de intensa agresividad, en el seno de una relación de pareja, y producido en el domicilio familiar, e incluso en presencia de un hijo común, que a la sazón contaba con tres años de edad, por medio del cual el acusado, rociando de alcohol por el cuello y el brazo a su compañera sentimental, prendiéndole a continuación fuego con un mechero, lo que provoca intensas quemaduras que determinaron la deformidad que se describe en el *factum*. El suceso del día 13 de septiembre de 2005, se origina porque el acusado recrimina a su compañera «por la ropa que vestía por no estimarla adecuada», encontrándose en el domicilio común con ella, y «al negarse a quitársela», comenzó un forcejeo, fruto del mismo se produjo un hematoma que precisó para su curación asistencia facultativa y tardó en curar quince días sin impedimento para sus ocupaciones habituales más equimosis en mucosa labial; y el suceso del día 18 de diciembre de 2005, también en el domicilio familiar, se originó porque al pretender el acusado mantener relaciones sexuales, ella no aceptó, originándose otro forcejeo, sufriendo Julia una contusión parietal izquierda, más las contusiones que se describen en el *factum*.

La Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, 1/2004, de 28 de diciembre, contiene un título V, bajo la rúbrica de la “Tutela Judicial”, que entró en vigor el día 29 de junio de 2005.

Para su delimitación, debemos acudir al artículo 1.º (objeto de la ley), en cuyo apartado primero se lee lo siguiente: «la presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia».

Ha de concurrir, pues, una intencionalidad en el actuar del sujeto activo del delito, que se puede condensar en la expresión actuar en posición de dominio del hombre frente a la mujer para que el hecho merezca la consideración de violencia de género, y en consecuencia, la atribución competencial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

Un primer acotamiento ya resulta del contenido del artículo 1.3 de la LOMPIVG, en estos términos: «la violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad».

No cabe duda alguna que los hechos que pretende el Ministerio Fiscal sean incluidos como de violencia de género, lo son, de acuerdo con estas precisiones legales. La situación de dominio exigible en tales situaciones, está, sin duda, íntimamente relacionada con los motivos que ocasionan el conflicto, la discusión o la agresión. Nótese que en el primero de ellos, como acertadamente expone el Ministerio Público recurrente, la decisión del hombre de prohibir a la mujer salir a la calle con un determinado pantalón, o en el segundo, la negativa de ella a mantener relaciones sexuales con su compañero, son expresiones de superioridad machista, como manifestación de una situación de desigualdad, en tanto suponen la imposición de la vestimenta o el mantenimiento forzoso de relaciones sexuales. En suma, se pretende imponer una situación de sumisión, en contra de las convicciones de nuestra sociedad, en que la relación de pareja se rige por criterios de igualdad, tolerancia y respeto mutuo. Y todo ello, sin perder de vista, que los hechos iniciales, que se originan el día 8 de marzo de 2004, se trataba de que el acusado había rociado a su compañera con alcohol, prendiéndola fuego a continuación.

Siendo ello así, tal situación fáctica, justifica la aplicación de los preceptos cuestionados, por lo que el motivo invocado por el Ministerio Fiscal tiene que ser estimado, determinando la oportuna penalidad que ha de aplicarse en la segunda sentencia que debemos dictar.

(Sentencia núm. 58/2008, de 25 de enero)

## ARTÍCULO 167

*Detenciones ilegales cometidas por autoridad o funcionario público fuera de los casos permitidos en la ley: inexistencia. Detención por agentes policiales como consecuencia de una agresión con lesiones de pronóstico reservado, habiendo causado la agresión una gran impresión entre los testigos*

La necesidad de una eficaz tutela penal del derecho a la libertad personal de cualquier ciudadano resulta absolutamente incuestionable. Ese derecho adquiere una dimensión singular cuando es objeto de restricción en el marco de una medida cautelar adoptada por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. En pocas ocasiones como ahora, el respeto a los presupuestos constitucionales que autorizan esa grave injerencia

del Estado en la libertad individual, adquiere un significado tan evidente. Y es que tales presupuestos actúan como verdadera fuente de legitimación de la medida cautelar adoptada por los agentes de la autoridad. Es cierto que ante un hecho delictivo la detención de los presuntos responsables representa, no ya una facultad, sino un deber institucional exigible a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Se trata, pues, del cumplimiento de una obligación legal (art. 492.1) que les viene impuesta por su especial misión de descubrimiento de los delitos y de sus presuntos autores (art. 282 LECrim). Pero tan cierto como lo anterior es que ese deber sólo puede reputarse legítimo cuando su cumplimiento se ha adecuado a las exigencias constitucionales que tutelan la libertad del ciudadano frente a los poderes públicos.

De lo que se trata, al fin y al cabo, es de discernir si el juicio objetivo acerca de la existencia de un hecho que revista aparentemente caracteres de delito (art. 492.4 LECrim) quebraría su congruencia en aquellos casos en los que la investigación ulterior determinara que ese hecho, inicialmente reputado como delictivo, resultara luego degradado a su consideración como falta. Dicho con otras palabras, habríamos de buscar una pauta interpretativa que sirviera para fijar el alcance del artículo 495 de la LECrim, que descarta la detención por faltas salvo en los casos en los que el reo no tuviere domicilio conocido ni diese fianza bastante.

La cuestión suscitada por la parte recurrente ha sido abordada por la jurisprudencia de esta misma Sala, algunos de cuyos más destacados pronunciamientos reseña el recurrente en su escrito de formalización. En efecto, decíamos en la STS 626/2007, 5 de julio, que la delimitación de la subsunción en el delito de detención ilegal del artículo 167 del Código Penal por parte del funcionario exige considerar si la detención estaba justificada legalmente, examen que deberá realizarse mediante un juicio *ex ante*, es decir, un juicio que deberá realizarse sobre los hechos concurrentes en el momento de la detención. En reiterados precedentes de nuestra jurisprudencia hemos declarado que la ilegalidad de la detención «... ha de ser entendida con criterios de racionalidad y ponderación, sin tratar de llevar a este estadio preliminar y antejudicial, el rigor y la técnica enjuiciadora de los hechos que el juez o tribunal llevará a cabo al término del procedimiento, con vista al bagaje probatoria de que se disponga». Esta línea interpretativa ya se apuntaba en la STS 316bis/1993, 19 de diciembre, en la que recordábamos que ha de observarse que, a tenor del artículo 492.4 de la LECrim., se impone la obligación de detener a una persona cuando la Autoridad o agente tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito y que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él. La conducta del funcionario podrá conceptuarse como dolosa siempre que posea un conocimiento real o actual de los supuestos integrantes de la ilegalidad de la conducta, y, pese a ello, proceda a efectuar la detención; pero sin exigirse una valoración jurídica de los mismos que le asegure su tipicidad ni una certera persuasión de la participación ejecutora del sujeto. De ahí que se haya hablado del delito de detención ilegal como «intrínsecamente doloso», necesitado de un «dolo específico», presentándose la privación de libertad realizada como inmotivada, arbitraria o abusiva, atendidas las circunstancias del caso. Se resalta doctrinal y jurisprudencialmente la necesidad en el autor de una actitud subjetiva de abuso secundando al dolo, dolo específico de este delito constituido por la conciencia plena, absoluta y segura que tiene el agente funcionario público de que la detención que ordena o realiza es ilegal, es decir, que el acto es antijurídico en su inicio, realización y ejecución.

En el presente caso, la procedencia de la detención fluye de la lectura del juicio histórico. El infortunado Rodolfo había propinado un cabezazo al director del centro escolar en el que trabajaba, Jesús Ángel, agresión que se ejecuta después de unas

palabras amenazantes mientras agarra por la solapa a su contrincante. Ese cabezazo, que hace sangrar profusamente al director, lleva a éste, asustado por la reacción de Rodolfo, a acceder a sus deseos de obtener la tutoría de Begoña, la menor gravemente enferma por la que se había interesado el agresor. A esa secuencia inicial sigue una inmovilización de Jesús Ángel mediante un abrazo de Rodolfo, que impide a aquél desasirse, sintiendo una sensación de ahogo. Una vez superado el incidente, el lesionado fue atendido, observándosele, según consta en el parte médico que la Sala acoge en el *factum*, «... erosiones en tórax —región anterior infraclavicular derecha y dorsal— y contusiones en región nasal con epistaxis. Dolor en región costal —parrilla costal y región de apéndice xifoideo—, calificando el pronóstico de reservado, ya que se debía estar a la espera de si mejoraba o empeoraba, para lo cual además le dijo que debía ir a un especialista en traumatología, cosa que hizo el lesionado ese mismo día por la tarde, cuando se trasladó a la ciudad de Sevilla, donde fue atendido por don Alberto, quien detectó lesión cartilaginosa de tipo contusión y microfisuras».

La realidad de esas lesiones y su aparente seriedad no queda, desde luego, desdibujada por el hecho de que se ponga el acento en los efectos de una primera cura llevada a cabo de forma voluntariosa por Camila y Germán, compañeras del agredido que taponaron su nariz para impedir la llamativa hemorragia que padecía aquél. El médico que atendió a Jesús Ángel calificó sus heridas como de pronóstico reservado, no etiquetando aquéllas como leves. La propia sentencia de instancia razona en el F. 3.º que los hechos, tal y como han quedado descritos, provocaron una gran alarma entre los testigos, hasta el punto de que el dato que desencadenó la adopción de la medida cautelar por parte de Luis Francisco fue «... la llamada de la jefa de estudios del instituto manifestando que el agresor había vuelto al lugar y había causado tal alarma que había tenido que encerrarse en su despacho». Los acusados Luis Francisco y José Luis, cada uno en el ámbito de sus respectivas responsabilidades, constatan la existencia de unas heridas fruto de una agresión que podía ser de gravedad. Al mismo tiempo valoran que una llamada del centro de enseñanza advierte del riesgo de nuevos incidentes violentos, habiéndose visto obligada alguna de las profesoras a encerrarse en su despacho. Luis Francisco, agente de policía local, comunica al Sargento de la Guardia Civil —el acusado José Luis— el hecho de la detención y el inminente traslado a las dependencias del cuartel de la Guardia Civil. A su vez, éste comunica al Juez de instrucción número 2 de Arcos de la Frontera, en aquellas fechas de guardia, el hecho de la detención, resolviendo su titular que, una vez concluidas las diligencias, se proceda al traslado del detenido al depósito carcelario de Arcos de la Frontera. Con anterioridad, se había verificado la lectura de derechos y a la designación de una abogada que asistió al detenido y comunicó a la madre de éste y a José Carlos la detención de Rodolfo, con «... quien pudieron estar cuanto tiempo quisieron». Tanto la propia Letrada como los agentes que luego quedaron encargados de su custodia, ofrecieron a aquél la posibilidad de ser trasladado a un centro médico para ser visto por un facultativo, sugerencia rechazada en ambos casos por el interesado.

A la vista de cuanto ha quedado expuesto resulta verdaderamente difícil sustituir el pronunciamiento absoluto suscrito por la Sala por una sentencia de condena dictada ahora en sede casacional. La tenacidad argumental de la defensa del recurrente choca con la inderogable exigencia impuesta por el artículo 849.1 de la LE-Crim, que obliga a acatar el *factum*, so pena de incurrir en las causas de inadmisión previstas en los números 3 y 4 del artículo 884 de la LECrim, que ahora actúan como verdaderas causas de desestimación.

(Sentencia núm. 341/2008, de 16 junio)

## ARTÍCULOS 178 y 179

*Agresiones sexuales. Acción violenta o intimidante. Intimidación a menor de doce años de forma continuada durante cinco anualidades de divulgar los hechos de accesos anales y fotos desnudo del mismo si no accedía a tener esas relaciones. Prevalerse de su relación de superioridad: existencia: profesor de kárate que tiene acceso anal con alumno, lo que permitió su acercamiento y determinó al menor a confiar en el primero*

El delito de abusos sexuales tanto en su figura básica, artículo 181, como en la cualificada del artículo 182 (acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal), atentan también a la libertad sexual de otra persona. De igual modo el sujeto activo y pasivo de la acción en ambos puede ser también hombre o mujer. El tipo penal es paralelo al de las agresiones sexuales (arts. 178 y 179), se diferencian en no mediar violencia o intimidación, es decir, la acción típica ha de llevarse a cabo sin violencia o intimidación, ya que ésta es el elemento diferenciador con la agresión sexual, y además no ha de mediar consentimiento por parte de la víctima.

Por ello la Sala sentenciadora podría haber aplicado el tipo delictivo contemplado en el artículo 182, como abuso sexual con penetración anal, definido en el mismo, si hubiera descartado cualquier situación de violencia o intimidación, dado que en razón de la edad del menor, cuando los hechos se iniciaron, su consentimiento aparecería como irrelevante, por debajo de los trece años, desde la modificación Legislativa operada por LO 11/99, de 30 de abril. No obstante al considerar la Sala concurrente la intimidación, el ataque sexual a menores de trece años, debe integrarse en los tipos de los artículos 178 y 179 CP con la agravante específica además del artículo 180.1.3 referente al caso de especial vulnerabilidad de la víctima por razón de edad, al ser ésta menor de trece años en el momento en que los hechos se iniciaron.

Al respecto y en relación a la intimidación hemos señalado, STS 1689/2003, que el artículo 178 CP que describe el tipo básico de las agresiones sexuales vincula la presencia de la violencia o intimidación al atentado contra la libertad sexual de la víctima, sin establecer otras circunstancias personales u objetivas para entender consumado el tipo. En este sentido el elemento normativo expresado en la alternativa violencia o intimidación, tratándose además de un tipo comprendido dentro de los delitos contra la libertad sexual, que afecte al libre consentimiento del sujeto pasivo, constituye el fundamento del delito, es decir, el castigo se produce por cuanto se coarta, limita o anula la libre decisión de una persona en relación con su actividad sexual.

La jurisprudencia de esta Sala ha señalado que para delimitar dicho condicionamiento típico debe acudir al conjunto de circunstancias del caso concreto que descubra la voluntad opuesta al acto sexual, ponderando el grado de resistencia exigible y los medios coactivos para vencerlo (SSTS de 05/04/00, 22/09/00, 09/11/00, 25/01/02, 01/07/02 y 23/12/02). Es cierto que la línea divisoria entre la intimidación y el prevalimiento puede ser difícilmente perceptible en los casos límite como lo es la diferencia entre un consentimiento cercenado por la amenaza de un mal y el viciado que responde al tipo del abuso, donde la víctima en alguna medida también se siente intimidada. Sin embargo, este elemento debe tener relevancia objetiva y así debe constatarse en el hecho probado. Lo relevante es el contenido de la acción intimidatoria llevada a cabo por el sujeto activo más que la reacción de la víctima frente a aquélla. El miedo es una condición subjetiva que no puede transformar en intimidatoria una acción que en sí misma no tiene ese alcance objetivamente. La STS 1259/2004

expone que la intimidación es de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrantamiento con un mal racional y fundado (STS núm. 1583/2002, de 3 octubre). En ambos casos han de ser idóneas para evitar que la víctima actúe según las pautas derivadas del ejercicio de su derecho de autodeterminación, idoneidad que dependerá del caso concreto, pues no basta examinar las características de la conducta del acusado sino que es necesario relacionarlas con las circunstancias de todo tipo que rodean su acción.

En el caso presente el relato histórico expresa cómo el acusado impartía clases de kárate en el Centro Aloha College, S. A. de Marbella, circunstancia que le brindaba la posibilidad de conocer y captar chicos jóvenes, cosa que hizo con el menor Donato, nacido el 31.5.1988, y al que, una vez cumplidos los doce años, empezó a atraerlo mediante el regalo de un teléfono móvil alegando en determinado momento a invitarle para que fuera a su casa a lo que el menor accedió. Una vez allí, el procesado, movido por torpes deseos, empezó con tocamientos íntimos al menor, obligándole a someterse a sus deseos con la advertencia de que si no lo hacía, lo iría divulgando y se lo contaría a sus amigos, sintiéndose el menor atemorizado, lo que aprovechó el procesado para penetrar analmente al menor, acto al que se sometió durante las semanas consecutivas al tiempo que le obligaba a hacerle felaciones y masturbaciones... todo ello con una frecuencia que llegó a ser de una vez por semana, siempre con la advertencia de divulgarlo y exhibir las fotografías del menor desnudo, que el procesado hizo al efecto.

Igualmente se señala el plazo de duración de la conducta del procesado (desde el momento en que el menor acababa de cumplir los doce años de edad, 31.5.2000), hasta el 10.2.2005, y como durante dicho tiempo «el procesado no ha cesado de mandar mensajes al teléfono móvil del menor, comunicándole unas veces y advirtiéndole con divulgarlo todo en otras, con la finalidad de tenerle sometido a sus más bajos instintos, llegando en una ocasión (a finales del año 2004), a apuntarle con una pistola, así como en otras ocasiones le dirigió gritos y gestos violentos, sintiéndose el menor vinculado a decirle lo que el procesado quería oír a fin de evitar que cumpliera el mismo sus advertencias».

De dicho relato histórico se desprende una situación intimidatoria producida por el procesado y ejecutada como medio comisivo de las penetraciones, logradas en virtud del tener producido en la víctima. En tal sentido debe significarse que la intimidación entraña la amenaza de un mal de entidad suficiente para doblegar la voluntad de una persona, la valoración de su suficiencia debe hacerse atendiendo a las circunstancias objetivas y subjetivas de cada caso y entre ellas el grado de susceptibilidad de la víctima para ser amedrentada. Esta Sala ya dijo en STS 22.5.98, que la voluntad de los niños es más fácil de someter y de ahí que amenazas que ante un adulto no tendrían eficacia intimidante si las adquieren frente a la voluntad de un menor.

En este supuesto la exigencia típica de la ausencia de válida voluntad por razón de la edad de la víctima, como es propia del abuso sexual, queda absorbida por la más grave del vencimiento de una voluntad contraria mediante su comportamiento amenazante, dotado en el caso concreto y por razón de la edad de la víctima, de suficiente eficacia intimidatoria.

Por ello el delito apreciable no sería el de abuso sexual del artículo 181 CP sino el de agresión sexual de los artículos 178 y 179 CP (STS 318/2001, de 23 de abril), criterio reiterado en la Sentencia 637/2005, de 15 de mayo, monitor de deportes que crea con niños que capta un grupo exotérico de culto al diablo, creando un clima de temor y miedo, que impide a los niños negarse a someterse a sus solicitudes sexuales, y Sentencia 224/2005, de 24 de febrero, amenazar a niña menor de trece años por su tío

con pegarle al hermano de ésta o contar lo que hacía, si no se dejaba tocar en partes íntimas o penetrar analmente, lo que constituye intimidación suficiente para doblegar la voluntad de aquélla.

(Sentencia núm. 51/2008, de 6 febrero)

## ARTÍCULO 188.1

*La «vis compulsiva» también es suficiente en el delito de someter a otro a la prostitución; Las formas de comisión de este delito pueden ser alternativas o concurrentes; Existencia: ciudadana rumaná, a la que se impide el más mínimo grado de integración en el entorno en el que desempeña su actividad y a la que se pretende imponer, por encima de todo, un trato sexual exclusivamente orientado a generar dinero a favor de la acusada*

También denuncia la defensa de Carmen la indebida aplicación del artículo 188.1 del CP. En el desarrollo del motivo se explica que el precepto aplicado por la Sala, exige que el sujeto pasivo sea determinado al ejercicio coactivo de la prostitución, que se produzca un verdadero ataque, por merma o restricción, a la concreta libertad sexual individual de la víctima. Se trataría, en fin, de impeler, dirigir o empujar eficazmente a la prostitución, lo cual exige una actuación coactiva, un constreñimiento moral suficientemente grave. Nada de eso se desprende del juicio histórico.

El motivo no puede prosperar.

Como señala el Ministerio Fiscal en el escrito de impugnación del recurso, el recurrente se aparta del juicio histórico para sostener que no existió ningún intento de determinación coactiva al ejercicio de la prostitución. La sentencia de instancia deja bien claro que la víctima comunicó a la hoy recurrente su negativa a prostituirse («... la condujo a un club de alterne de Madrid donde permanecieron esa madrugada, aunque la testigo núm. 004 se negó a mantener relaciones sexuales mediante precio»). Frente a esa negativa, Carmen le hizo saber que «... si no sacaba dinero le iba a pegar, a la vez que le exigía el abono de la deuda pendiente, que había cifrado entre 1.400 y 1.500 euros, en los que se incluía también la suma de 500 euros, que según Carmen le había entregado a uno de los individuos de Rumanía, debiendo entregar la mitad de lo que obtuviera del ejercicio de la prostitución. Asimismo, y a excepción del día en que acudieron al club, le retiró el pasaporte para evitar que se fuera».

La estancia de la testigo núm. 004 en el domicilio de Carmen es el resultado de la temerosa aceptación de sufrir un claro perjuicio en su integridad física y en el de su propia familia («... durante el tiempo que la testigo núm. 004 permaneció en la vivienda de Carmen, y aunque en varias ocasiones se quedó sola, no se marchó porque tenía miedo, pues, a raíz de lo que hiciera otra chica, amenazaron a las restantes jóvenes con que las iban a matar a ellas y a su familia»).

La testigo, nada más llegar a nuestra capital, se ve conducida a un bar de alterne, se le comunica que no le queda otra opción que mantener relaciones sexuales mediante precio y, ante su negativa, se le amenaza con sufrir algún menoscabo en su integridad física, además de recordarle la existencia de una deuda que ha de ser extinguida mediante el trato carnal. La Sala de instancia proclama sin ambages la utilización de un mensaje conminatorio por parte de la recurrente. Esa advertencia íntegra con toda claridad la intimidación a que alude el artículo 188.1 del CP. Pero más allá del carácter intimidatorio de esa admonición, conviene tener presente que el

mismo precepto incluye en la acción típica el «.. abuso de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima». Se trata de una ciudadana extranjera, a la que se impide el más mínimo grado de integración en el entorno en el que desempeña su actividad y a la que se pretende imponer, por encima de todo, un trato sexual exclusivamente orientado a generar dinero a favor de la recurrente. Hablamos, en fin, de una mujer a la que, con la excepción de la primera noche de forzada estancia en el local de alterne, se le retira el pasaporte, intensificando así la vulnerabilidad de quien sabe que carece del documento imprescindible para moverse con libertad por nuestro territorio.

Con carácter general, puede sostenerse que la prueba de la existencia de una imposición violenta o coactiva al ejercicio de la prostitución, o el empleo de engaño o abuso de una situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad de la víctima, no puede obtenerse mediante el empleo de parámetros puramente cuantitativos que busquen artificialmente medir la intensidad de la amenaza o la compulsión. Es indudable que el tipo descrito en el artículo 188.1 del CP, en cuanto delito llamado a la protección del bien jurídico libertad sexual, impone para su existencia una acción del sujeto activo de la suficiente entidad como para neutralizar esa libertad en la esfera sexual. Sin esa conducta tendente a yugular cualquier acto de libre determinación sexual de la víctima, no podrá afirmarse la tipicidad del hecho. Sin embargo, la apreciación de esa conducta y la efectiva existencia de una lesión del bien jurídico protegido, no debe desconectarse de la concreta situación en la que se desarrollan los hechos y de todas aquellas circunstancias, de distinto signo, que sirvan para imponer una atmósfera puesta al servicio de la coacción, el engaño o el abuso de superioridad.

Cualquier duda acerca de la ausencia de toda voluntariedad queda despejada si reparamos en las circunstancias de su liberación. Es la propia familia de la testigo núm. 004 la que, atendiendo a sus quejas expresadas por teléfono, se dirige a la Embajada de Rumanía, cuyos servicios remiten un fax a la policía española dando cuenta de lo que consideran un verdadero secuestro.

La jurisprudencia de esta misma Sala ha afirmado en distintas resoluciones que las formas de comisión de este delito pueden ser alternativas o concurrentes (cfr. SSTS 438/2004, 29 de marzo, 1536/2004, 20 de diciembre y 1425/2005, 5 de diciembre). Además, la STS 74/1998, 26 de enero, ya precisó que las coacciones a las que se refiere el artículo 188.1 del CP no necesitan traducirse en lesiones corporales de la víctima (...). En realidad cualquier medio capaz de limitar seriamente la libertad de acción y decisión de la víctima permite la realización del tipo. Más aun, no existe ninguna razón para entender que la coacción a la que se refiere el artículo 188.1 del CP podría tener menor entidad que la prevista en el artículo 172 del CP. Por lo tanto, si la jurisprudencia ha considerado que la *vis compulsiva* ejercida contra el sujeto o los sujetos pasivos del delito (cfr. SSTS 2 febrero 1981, 25 marzo 1985, 10 abril 1987 y 6 octubre 1995), resulta subsumible bajo el tipo de las coacciones, es evidente que la *vis compulsiva* también es suficiente en el delito de someter a otro a la prostitución. En efecto, el delito del artículo 188.1 del CP es también un delito contra la libertad, como el delito de coacciones, sólo que, además ataca otro bien de suficiente importancia como para cualificar lo ilícito de una manera especial. Esta cualificación no consiente que, en cuanto delito contra la libertad el del artículo 188.1 del CP, requiera mayores exigencias que el delito de coacciones.

El motivo, pues, no es viable y ha de ser desestimado por su falta de fundamento (art. 885.1 LECrim. y por no respetar el hecho probado (art. 884.3 LECrim).

(Sentencia núm. 15/2008, de 16 enero)

## ARTÍCULO 189.1.b)

*Corrupción de menores: Producir, vender, distribuir, exhibir o facilitar la producción, venta, difusión, o exhibición de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces: existencia. Descarga de material pedófilo utilizando programas de intercambio de archivos —en este caso «edonkey»— permitiendo su acceso a terceros por la misma vía: distribución.*

El motivo primero del recurso se compone —incorrectamente— de dos partes en las que se formulan dos censuras de distinta naturaleza.

La primera se ampara en el artículo 849.1.º LECrim. por indebida aplicación del artículo 189.1.b) y 3.a) del Código Penal. El desarrollo del motivo no expone argumento alguno que explique el error de derecho cometido por el Tribunal sentenciador al subsumir los hechos declarados probados en los preceptos penales aplicados, siendo así, por el contrario, que la calificación jurídica de esos hechos efectuada en la sentencia no admite duda, por lo que el denunciado *error iuris* no existe en absoluto.

Lo que desarrolla el motivo es la falta de prueba que sustente el relato fáctico de la sentencia.

Así, descompone sus alegaciones en tres apartados:

A) Adúcese que el tipo penal por el que ha sido condenado el acusado exige un acto de distribución, es decir, que la acción típica requiere un acto de entrega voluntaria que no se ha probado ni así se declara. Olvida el recurrente que la acción típica del artículo 189.1.b) CP admite una pluralidad de modalidades: producir, vender, distribuir, exhibir o facilitar estas actividades por cualquier medio, o la mera posesión para esos fines. Pues bien, aunque la acción no encaje estrictamente en el término «distribuir», concebido como entrega de algo a otra persona que la recibe físicamente, no cabe duda de que con el hacer del acusado se facilitaba el acceso de tercero a ese material pornográfico infantil. La prueba en que el Tribunal basa su convicción es el testimonio de cargo del especialista de la Guardia Civil que declaró en el juicio oral con inmediación y contradicción de las partes, exponiendo —como recoge la sentencia— que en lo que el acusado concierne, asimismo expuso con rotundidad y claridad meridiana cómo de esa forma se comprobó que durante un tiempo continuado el acusado permitió el acceso a su ordenador desde la libre y pública red de Internet creada alrededor del programa informático «eDonkey» que él utilizaba, de determinados archivos que luego se dirán. Es éste un programa caracterizado por ser apto para la comunicación y la transferencia de archivos a través de Internet incorporándose, así, sus usuarios a una red informática creada para compartir todo tipo de archivos digitales (en inglés *peer-to-peer*, que se traduciría de par a par o de igual a igual, más conocida como redes P2P), en la que al tiempo que se descargan archivos ajenos, se permite a terceros la descarga de los archivos propios. Así, entre los días 22 y 23 de octubre del año 2005 el acusado tuvo, por ejemplo, en circulación el archivo nombrado en el fichero de la base de datos de la Guardia Civil como F1-E13498 (jpg: extensión de archivo correspondiente a imagen o foto). Se trata de una foto con cuatro encuadres, uno correspondiente a una menor desnuda, y los otros tres a la que aparece ser la misma menor (de senos apenas incipientes) en todos los casos penetrada por el miembro viril de un adulto. O el fichero F1-E14146, en el que se ve la cara de la que claramente es apenas una niña sujeta por la mano de un varón adulto que acaba de eyacular sobre su rostro infantil. Esta foto fue también compartida durante esos dos días. El día 23 citado compartió el archivo F1-E13907, correspondiente a un primer plano de un cuerpo femenino del que sólo se

ve las piernas abiertas y los genitales, si bien es patente que corresponden a una niña no muy desarrollada, que es penetrada por su ano por el pene de un varón adulto. Y los mismos días citados compartió el fichero F1-E00009, en el que una niña patentemente menor de trece años, era penetrada (parece que analmente) por un varón adulto.

De esta forma, el acusado compartió (facilitando su difusión) concretos archivos con un contenido sexual explícito en el que se consumaban actos sexuales con menores de edades claramente inferiores a los trece años y de los que es evidente que no se trata de alteraciones o modificaciones de imágenes para aparentar su intervención, como pretende la defensa para invocar el apartado 7 del artículo 189, si bien en relación con el apartado 2 (posesión para uso propio de ese material). Así pues, ello elimina la posibilidad sugerida por el acusado de que al tratarse de archivos de imagen o fotografías de descarga instantánea, unido a su afirmación de que solía borrarlos con rapidez y frecuencia, fuera excepcional, casual o fortuito que el material pornográfico infantil que descargaba para su consumo estuviese a disposición de terceros. En todo caso, la afirmación del borrado inmediato queda más que en entredicho con el hallazgo en el disco duro del ordenador del acusado que el día en que con autorización judicial se registró su domicilio (21 de febrero de 2006) estaba en funcionamiento y con el programa eDonkey abierto, de una carpeta con nombre de «Loli» conteniendo abundante material de pornografía infantil (209 fotografías). Y es sumamente significativo que en ese material estuvieran las fotografías antes descritas y que fueron compartidas los días 22 y 23 de octubre de 2005, esto es, unos cuatro meses antes.

B) Se alega que no consta en autos ningún dato de filiación de las supuestas menores que acredite su edad. Esta cuestión ya ha sido examinada y rechazada en el epígrafe segundo de esta resolución.

#### Sexto

El mismo motivo invoca el error de hecho del artículo 849.2.º LECrim, pero lejos de designar documentos que pudieran acreditar la equivocación del Tribunal de instancia al redactar los hechos probados, el recurrente se centra en reiterar la falta de prueba sobre los extremos a que se refiere el epígrafe precedente de esta sentencia.

El doble motivo debe ser desestimado.

#### Séptimo

Cuando el recurso ha expuesto y desarrollado los motivos casacionales, nos encontramos con la expresión de que «los anteriores motivos se basan en los siguientes fundamentos legales y doctrinales», introduciendo al socaire de esa invocada doctrina legal, jurisprudencial y científica, nuevos reproches bien diferentes de los que constituyen el cuerpo del recurso.

No obstante esta manifiesta y grave irregularidad, procederemos a examinar estos otros reproches en aras al respeto del derecho a la tutela judicial efectiva del acusado que no hayan sido ya resueltos con anterioridad.

Así, aduce la vulneración del principio acusatorio, señalando que no se ha probado el tipo penal del artículo 189.1.b) y 189.3, siendo que, como mucho, podría haber sido acusado por el artículo 189.2 ó el 189.7, pero el Fiscal no acusó por dicho concepto por lo que se vulneraría ahora el principio acusatorio al condenar sobre la base de un error material, o no habiendo quedado probado el supuesto de hecho del párrafo 7 de dicho artículo, sólo puede proceder la absolución del acusado.

Al margen de las alegaciones sobre la falta de prueba, que no tienen que ver con el reproche, el motivo carece de fundamento, la sentencia aborda la cuestión que ahora se formula en forma confusa por el recurrente y la centra en el hecho de que el Ministerio Fiscal imputó al acusado el delito tipificado en el artículo 189.1.b) y en el 189.2.a), no

en el 3.a). El Tribunal explica que la cita del artículo 189.2.a) CP obedece a un claro error material de redacción y en una argumentación justificativa de esa conclusión —que esta Sala respalda y comparte— señala que está claro que se acusaba por el referido subtipo agravado de empleo de menores de trece años de edad, cual se desprende de los hechos de que se acusaba (conclusión primera) y de la pena pedida (conclusión cuarta), aparte de que la redacción del apartado 2 del precepto analizado nunca ha tenido más de un párrafo. No se entiende, pues, que la apreciación del apartado 3.a) implique exceso del principio acusatorio, hasta el punto de que la defensa del acusado entendió tal como se ha expuesto la acusación del Ministerio Público y ha podido combatir la misma sin merma de su derecho de defensa sin hacer siquiera alusión al error material que se comenta.

El motivo debe ser desestimado.

(Sentencia núm. 292/2008, de 28 mayo)

## ARTÍCULOS 195 y 196

*Omisión del deber de socorro. No socorrer a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave: es obligado que el sujeto tenga en el momento exigible capacidad de actuar y necesidad de intervenir; Profesional que denegare asistencia sanitaria: existencia: médico en centro de salud requerido para atender a conductor que sufrió un infarto y se encontraba en peligro a unos 50 m del mismo, no acudiendo al lugar sin que otras ocupaciones se lo impidiesen y sin constarle que su actuación pudiese ser inútil*

Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se suscita la indebida aplicación del artículo 196 del Código Penal dando a entender que pudiéramos encontrarnos ante la figura genérica de omisión del deber de socorro contenida en el artículo 195 del Código Penal.

1. Para resolver la cuestión suscitada es necesario, por cuestiones lógicas, resolver previamente si existe la figura básica del delito de omisión del deber de socorro para después decidir si es aplicable la previsión específica para las conductas de los facultativos en casos de inactividad ante una persona necesitada de auxilio, en este caso médico.

2. El núcleo de la acción delictiva radica en omitir el socorro a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de tercero.

El reproche se eleva a la categoría de delito cuando se falta a los deberes de solidaridad frente a una situación determinada, concreta y restringida, es decir, ante un peligro inminente y grave para una persona desamparada, que se ve afectada por una situación que pueda poner en riesgo su vida. La omisión del deber de actuar es reprochable precisamente por la insensibilidad ante esta situación que tiene que ser lógicamente conocida por el autor y no obstante ello abstenerse de intervenir pudiendo hacerlo.

3. La conducta debe, sin embargo, ser ponderada en cada caso concreto en función de las situaciones de desamparo. Es incuestionable el deber de auxilio cuando la persona se encuentra sola y abandonada. En el caso de que hayan acudido en su auxilio otras personas, no excluye radicalmente la obligación ética y ciudadana de intere-

sarse por el caso, pero pudiera ser excusable la abstención si teniendo en cuenta las circunstancias, ya existe el debido socorro y la aportación del tercero ya no aporta nada a la eliminación de la situación de riesgo. La abstención parece perfectamente justificada cuando ya estaban actuando los servicios médicos que pueden prestar un auxilio eficaz y al que se podría incluso perturbar en sus tareas. En definitiva, hay que tener en el momento exigible capacidad de actuar y necesidad de intervenir.

4. La omisión del deber de socorro constituye un reproche desligado de cualquier relación con bienes jurídicos en peligro. Sus dos artículos, 195 y 196, constituyen el único contenido del título X del Código Penal, lo que indica que no tiene encaje en la tutela de otros bienes jurídicos como puede ser la vida o la seguridad personal. Se sanciona genéricamente una conducta insolidaria pero el legislador no le da una extensión indefinida sino que la concreta a los supuestos de peligro manifiesto y grave para la vida o la integridad física. Sólo puede ser omitido cuando la prestación del auxilio suponga un riesgo propio o para terceros.

En consecuencia, todos los elementos exigidos por el legislador están presentes en el hecho probado, cuestión que parece no ser discutida por el recurrente.

5. Ahora bien, el acusado es, además, facultativo lo que nos lleva a la figura penal del artículo 196 en la que se contempla la denegación de asistencia sanitaria cuando de la misma se derive un riesgo grave para la salud de las personas. La omisión coincide en su desarrollo y exteriorización con el tipo general, pero, en el caso específico del profesional sanitario se conecta su conducta con el riesgo grave para la salud de las personas.

En el caso presente no nos encontramos ante una actuación omisiva o abandono de sus funciones sanitarias en el seno del centro médico o en el ámbito profesional donde desarrolla sus funciones. Se trata de una denegación de auxilio para asistir externamente a una persona que se encontraba en situación de riesgo para su salud a unos 50 metros del centro médico donde el acusado desempeñaba sus funciones. La única justificación que podría alegar, derivada de la no exigibilidad de otra conducta, sería la de encontrarse, en el momento de ser requeridos sus servicios, realizando un acto médico cuyo abandono pudiera, a su vez, suponer un riesgo para el paciente que estaba atendiendo. Este supuesto no se da en el caso presente ya que según los datos, cuando el celador le avisó informándole de la situación que se vivía a escasos metros del centro, el acusado no estaba realizando ninguna actividad médica.

6. Por ello centra su alegación en el hecho de que desconocía, en el momento de ser requerido, de que la persona estaba ya fallecida y que era inútil cualquier actuación médica. Para que esta circunstancia fáctica pueda excluir la existencia del delito es necesario que esté plenamente constatada, por datos indubitados que disipen cualquier duda sobre la insolidaridad de la conducta o la dejación del cumplimiento de sus funciones médicas. Su conducta es evidentemente antijurídica y culpable no pudiendo escudarse en la existencia de un delito imposible porque precisamente por su condición de técnico en medicina sabía que, por lo menos, era exigible la prestación de auxilio, sin perjuicio de que sus esfuerzos pudieran resultar inútiles debido al fallecimiento objetivo e irreversible de la persona que necesitaba la asistencia. Conoció perfectamente lo que sucedía y en ningún momento tuvo la certeza de que su auxilio era inútil. Dispuso de la percepción detallada de los elementos que configuraban la situación crítica y no obstante, teniendo conciencia de la necesidad y exigibilidad de su aportación médica no hizo nada, permaneciendo inactivo e indiferente a lo que estaba sucediendo.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado

(Sentencia núm. 56/2008, de 28 de enero)

## ARTÍCULOS 197.3 y 199.2

*Descubrimiento y revelación de secretos. Secreto conocido por un particular ilegalmente y entregado a sus abogados para coaccionar a su hermana a renunciar a la legítima. Coparticipación de los abogados*

1. El motivo primero se refiere a P. T., estimando que se le ha aplicado indebidamente el artículo 197.3.º del Código Penal. Respetando el contenido del hecho probado, sostiene que del mismo no se desprende la existencia de una difusión efectiva de los secretos que habían llegado a su poder.

2. El relato de hechos afirma tajantemente que el acusado dio instrucciones precisas a sus abogados para que utilizaran el contenido de los correos electrónicos para plantear a los letrados de la acusación particular, la alternativa de renunciar a la herencia o difundir las intimidades de su hermana. Esta conducta resulta inequívocamente integrada en el artículo 197.3.º en cuanto que no solamente se hace una revelación o difusión, inicialmente limitada a los letrados que han sido condenados, pero en el caso de que no se aceptase la conminación que se trataba de ejercer es indudable que la difusión llegaría, por lo menos, a las respectivas parejas afectadas. En todo caso, nos encontramos ante un supuesto de cesión de datos, sin perjuicio del comportamiento desleal de los dos letrados condenados. La cesión de los datos se produce con una finalidad concreta, que se consumaría con su transmisión indebida a los efectos de dilucidar unos derechos hereditarios, cesión que era innecesaria salvo que se persiguieran fines absolutamente reprobables como los que pone de manifiesto el hecho probado. En realidad, no se trata de una inducción sino de una coparticipación voluntaria y sin escrúpulos por parte de los letrados.

3. El motivo segundo es una variante del anterior, pero alegando que el recurrente no tenía conocimiento del origen ilícito de los datos. Esta alegación carece absolutamente de consistencia, ya que por la propia naturaleza y contenido de los mismos cualquier persona está en condiciones de comprender y asumir que han sido arrebatados ilícitamente a la persona afectada. Si hubiera tenido alguna otra finalidad la reacción normal sería la de contactar con su hermana, informándole lealmente de la existencia de los correos electrónicos.

Por lo expuesto los motivos deben ser desestimados

El motivo cuarto se refiere también a los dos letrados alegando la aplicación del artículo 199.2.º del Código Penal respecto de los dos letrados.

1. El motivo es una variante del anterior sustituyendo, el hecho de la indebida aplicación, por la existencia de un verdadero dolo de divulgar. A la vista de los hechos probados resulta incuestionable que los letrados, conociendo por su condición de profesionales que los datos no podían ser utilizados para chantajear a una persona, sin grave quebranto de sus deberes deontológicos, los recibieron, los conocieron, no rechazaron su utilización y además valiéndose de su condición profesional, elemento típico del artículo 199.2.º, los utilizaron sin reparos, conscientes de la ilegalidad que estaban cometiendo para conseguir unos fines absolutamente ilícitos sobre la conminación de difundir los secretos conocidos exclusivamente por su actividad profesional.

2. La tipicidad radica no tanto en la especial condición de profesionales si no en la actividad típica del incumplimiento de su obligación profesional que le imponía abstenerse de utilizar los contenidos secretos que se le habían encomendado por razón de su actividad profesional. La más elemental dignidad ética les obligaba a disuadir a su cliente de la utilización de estos medios fraudulentos, no hacerlo así e integrarse

voluntariamente en la cadena de transmisión de los secretos les convierte en autores del delito por el que han sido condenados.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado

(Sentencia núm. 302/2008, de 27 de mayo)

## ARTÍCULO 252

*El delito de apropiación indebida, en su modalidad de gestión desleal de las cantidades percibidas en calidad de agente de seguros, no requiere el animus rem sibi habendi. Quien dispone de dinero ajeno por mandato, administración o cualquier otro título semejante y en el ejercicio de las facultades jurídicas a las que habilita ese título jurídico, perjudica el patrimonio administrado, comete un delito del artículo 252 del CP. Sin embargo, ese tipo penal presenta marcadas singularidades con el tipo general de la apropiación indebida que, si bien se mira, no es un delito contra el patrimonio, sino contra la propiedad de aquellas cosas muebles que no se restituyen y son objeto de apoderamiento definitivo*

El delito de apropiación indebida, en su modalidad de gestión desleal de las cantidades percibidas en calidad de agente de seguros, no requiere lo que la sentencia considera indispensable, a saber, el *animus rem sibi habendi*. En efecto, quien dispone de dinero ajeno por mandato, administración o cualquier otro título semejante y en el ejercicio de las facultades jurídicas a las que habilita ese título jurídico —en el presente caso, la sucesiva condición de agente y corredor de seguros para la compañía aseguradora ASEFA—, perjudica el patrimonio administrado, comete un delito del artículo 252 del CP. Sin embargo, ese tipo penal presenta marcadas singularidades con el tipo general de la apropiación indebida que, si bien se mira, no es un delito contra el patrimonio, sino contra la propiedad de aquellas cosas muebles que no se restituyen y son objeto de apoderamiento definitivo. En suma, la acción de distraer el dinero que se administra, no es propiamente una conducta de apropiación, sino una conducta de infidelidad.

Es cierto que no faltan propuestas doctrinales discrepantes con este criterio. Sea como fuere, desde la STS 224/1998, 26 de febrero, en la que se citaban como precedentes las SSTs 7 y 14 de marzo de 1994 y 30 de octubre de 1997, esta Sala ha venido afirmando que el tipo de infidelidad acogido en el artículo 252 del CP, cuando castiga al que distraer dinero, se caracteriza por tres ideas básicas: *a)* tiene por finalidad proteger las relaciones internas que se traban entre el titular del patrimonio y el que asume su gestión; *b)* la disposición sin razones que lo justifiquen consuma el delito, ya que no es necesario el enriquecimiento del autor; *c)* no es necesario el *animus rem sibi habendi*, dado que éste sólo tiene razón de ser en los tipos de apropiación.

En palabras de la STS 46/2008, de 29 de enero, en el delito de apropiación indebida se unifican a efectos punitivos dos conductas, de distinta morfología, perfectamente diferenciadas: aquella que consiste en la «apropiación» propiamente dicha, y la modalidad legalmente caracterizada como «distracción». La primera tiene lugar cuando, con ocasión de las operaciones previstas en el artículo 252 CP, el sujeto activo de la acción presuntamente inculpa ha recibido, con obligación de entregarla o devolverla, una cosa mueble no fungible, teniendo así la legítima posesión de aquella,

pero no el dominio, que no le ha sido transmitido. La segunda modalidad típica tiene como presupuesto la traslación legítima de dinero u otra cosa fungible que comporta para el receptor la adquisición de su propiedad, aunque con la obligación de darle un determinado destino, según lo estipulado con el transmitente. Cuando de dinero se trata, y a causa de la extrema fungibilidad del mismo, su propiedad se ejerce mediante la tenencia material o física de los signos que lo identifican. En este segundo supuesto, la acción típica no consiste tanto en incorporar el dinero recibido al patrimonio propio —puesto que por el simple hecho de haberlo recibido legítimamente ya quedó ingresado en él, si bien de forma condicionada—, sino en darle un destino diferente al pactado, irrogando un perjuicio a quien hizo la entrega el cual, en virtud del pacto tenía el derecho de que el dinero fuese entregado a quien se había estipulado en ese acuerdo o le fuera devuelto.

De este modo, si el elemento objetivo del delito se realiza de la forma que ha quedado señalada, el elemento subjetivo no consiste exactamente en el ánimo de apoderarse de la cantidad dineraria recibida, sino en la conciencia y voluntad de burlar las expectativas y el derecho del sujeto pasivo en orden a la entrega del dinero a quien se había acordado, o a la recuperación del mismo en otro caso. Es decir, en la deslealtad consciente y querida con que se abusa de la confianza de aquél, en su perjuicio y en provecho del sujeto activo o de un tercero. Es así como la administración desleal o fraudulenta entra a formar parte de las conductas agrupadas en el tipo pluriforme del artículo 252 CP.

En este mismo ámbito doctrinal, debe reiterarse que en el artículo 535 del CP derogado se yuxtaponían —como siguen yuxtaponiéndose en el artículo 252 del vigente— dos tipos distintos de apropiación indebida, el clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, y el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distraendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance. En esta segunda hipótesis el tipo se realiza, aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado como consecuencia de la gestión desleal de aquél, esto es, como consecuencia de una gestión en la que aquél ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su *status*. De acuerdo con esta interpretación de la norma que describe el delito de apropiación indebida, el uso de los verbos «apropiarse» y «distraer», no sugiere, como ha dicho algún autor, la sutil diferencia que existe entre la apropiación directa o descarada y la taimada, sino la que claramente separa a la apropiación en sentido estricto, en que es precisa la incorporación de la cosa mueble ajena al patrimonio del que obra con ánimo de lucro, de la gestión fraudulenta en que la acción típica es la disposición del dinero que se administra en perjuicio de la persona física o jurídica titular del patrimonio administrado sin que sea imprescindible en este tipo —aunque tampoco quepa descartarla— la concurrencia del *animus rem sibi habendi* sino sólo la del dolo genérico que consiste en el conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona.

Resulta obligado, en fin, coincidir con el Ministerio Fiscal cuando destaca, con notable precisión, que tras haberse efectuado la liquidación por la empresa AFESA, con los datos que poseía, de la liquidación del período de 1999, descontadas las comisiones del agente, éste aceptó la concurrencia de un saldo deudor de 15 millones de pesetas por el dinero percibido del pago de primas y recibos por las aseguradas, habiéndose descubierto con posterioridad que en la liquidación de dicho período figuraban como pendientes de cobro recibos ya percibidos por el acusado por valor de 6.827.451 pesetas y que asimismo se omitieron pólizas ya cobradas por

el mismo por valor de más de 10 millones de pesetas. Ello comporta, de un lado, que el acusado ocultó en las negociaciones para fijar la liquidación del período controvertido que había cobrado primas y pólizas por valor de 16 millones de pesetas, extremo que debió comprobar la empresa preguntando a las aseguradas y, de otra parte, que la deuda global por dicho período superaba los 30 millones de pesetas. De esta manera, la existencia de dolo y la consumación del delito se dibujan con absoluta nitidez, pues el sujeto activo permitió el cierre de la liquidación del período ocultando que había cobrado pólizas y primas por valor adicional de 16 millones de pesetas. Descartar el dolo o la distracción del dinero, atribuyendo a una mera disfunción contable la omisión en la liquidación de 16 millones de pesetas implica una inferencia ajena a las exigencias de un discurso racional extraído a partir de los hechos que la propia Sala de instancia confirma como probados: primero, porque tras recibir la liquidación de la empresa en la que figuraban como no cobradas esas primas, el acusado la revisó, corrigió con detalle y aceptó en parte, remitiendo la suya propia, donde siguió sin incluir los cobros ya verificados; segundo, porque su cuantía, 16 millones de pesetas, es tan significativa que no puede normalmente pasar desapercibida, mucho menos para un experto en la materia; tercero, porque ese importe se unía a los 15 millones de pesetas reconocidos como debidos en idéntico período; cuarto, porque en el período del año 2000, volvió a percibir primas, no obstante haber tenido el acusado conocimiento de la revocación expresa de cualquier capacidad de representación de la entidad aseguradora; quinto, porque esa disfunción tuvo que ser descubierta por la entidad perjudicada al requerir de pago a las aseguradas; sexto, porque su condición de corredor de seguros no constituía una prolongación de la aseguradora y debía actuar con absoluta lealtad con la misma, sin venir afectado por la relación jurídica constituida con el asegurado; séptimo, porque la disfunción contable fue doble, por un lado, considerar no cobrados recibidos que se habían percibido y, por el otro, omitir la inclusión de pólizas efectivamente concertadas.

Procede, en consecuencia, la estimación del motivo con los efectos que se expresan en nuestra segunda estancia.

(Sentencia núm. 162/2008, de 6 de mayo)

## ARTÍCULO 257.1

*Alzamiento de bienes. El alzamiento de bienes es, en realidad, una conducta de vaciamiento patrimonial, que integra, sin duda alguna, un acto de agravación de la quiebra, al dejar fuera bienes del quebrado con que satisfacer los créditos de la masa de acreedores que conforman el concurso (que determina la situación de fraude criminal), integra la actual descripción típica del concurso dolosamente causado o agravado por el deudor*

Se afirma la existencia de una empresa en situación de crisis económica, con un determinado patrimonio y unos acreedores, cuyas expectativas se ven parcialmente defraudadas por la conducta de quienes la descapitalizan retirando, sin justificación lógica para ello, parte de los importes depositados en una cuenta bancaria.

De modo que se dan todos los elementos de este tipo penal, sin que, por otra parte, resulte necesario que los bienes alzados sean titularidad directa de todos los autores del delito cuando, como en este caso, pertenecen nominalmente a una persona

jurídica en cuyo nombre actúa el recurrente que es quien tiene la facultad de disposición sobre aquéllos, apareciendo la Compañía en la posición de directamente beneficiada pero siéndolo en realidad, como persona física, su propietario, el otro acusado respecto del que precisamente por ello se afirma la connivencia con el Administrador, y aquéllos con los que él decida compartir tan ilícitos beneficios.

Y por supuesto que todo alzamiento supone un ánimo de lucro ilícito, a semejanza de la apropiación indebida u otros delitos contra el patrimonio, pero la peculiaridad en este caso, que concurre plenamente como ha quedado dicho en las presentes actuaciones, es que ese lucro deriva en el perjuicio de las lógicas expectativas de cobro de sus créditos por terceros, lo que supone la preexistencia de unas deudas frente a éstos y no la entrega precedente de lo apropiado.

Y, finalmente, tampoco resulta de recibo la alegación relativa a la vulneración del principio acusatorio y la de los derechos fundamentales a él vinculados, toda vez que es acertado el criterio de la Audiencia cuando afirma la homogeneidad entre el delito de quiebra, hoy concurso, fraudulento del artículo 260 del Código Penal, que fue la calificación atribuida a los hechos por la Acusación, y de alzamiento de bienes objeto de condena.

No es, sin embargo, la similitud en el bien jurídico protegido por ambas infracciones la razón esencial de esa homogeneidad, sino la identidad en el soporte fáctico para la condena, que permite, a la postre, cumplir con la verdadera exigencia del interés que dicho principio protege, que no es otra que la de permitir el pleno ejercicio del derecho de defensa por parte de quien resulta acusado, en evitación de condenas sorpresivas o fundada en aspectos fácticos que no pudieron ser objeto de plena acreditación y debate, en régimen de auténtica contradicción.

Pues como decíamos, en este sentido, a propósito de la naturaleza y verdadero alcance del principio acusatorio ya en nuestra Sentencia de 1 de febrero de 2005:

«... como reiterada Jurisprudencia afirma, tal principio, en realidad, consiste en el respeto al derecho de toda persona a conocer con exactitud la acusación formulada contra ella, íntimamente vinculado, por tanto, con el fructífero ejercicio del derecho de defensa, de modo que resulte imposible que el Juez condene por infracciones que no han sido objeto de acusación, o por un delito más grave de aquel por el que se acusó, o distinto de éste, salvo que ambos, el que es objeto de acusación y el sancionado, guarden tal relación de homogeneidad en sus elementos integrantes que, verdaderamente, no haya duda de que la defensa pudo ejercerse con la exigible suficiencia, respecto de la infracción en definitiva objeto de castigo.»

Y así, no cabe duda de que en este caso la base fáctica presentada por la acusación no sufrió alteración alguna, en cuanto a los hechos que concluyen en la condena, y, por consiguiente, sí que ocupó el debate del enjuiciamiento sin detrimento del derecho de defensa pues, como proclamaba también la reciente STS de 25 de enero de 2008, analizando el paralelismo coincidente entre el alzamiento y el concurso fraudulento, precisamente a partir de la legislación concursal que atribuye al alzamiento de bienes el carácter de indicativo del concurso culpable (art. 164.2 4.º):

«De este modo, el alzamiento de bienes es, en realidad, una conducta de vaciamiento patrimonial, que integra, sin duda alguna, un acto de agravación de la quiebra, al dejar fuera bienes del quebrado con que satisfacer los créditos de la masa de acreedores que conforman el concurso (que determina la situación de fraude criminal), integra la actual descripción típica del concurso dolosamente causado o agravado por el deudor, en el artículo 260 del Código Penal, conforme a pacífica jurisprudencia de esta Sala Casacional.

Se ratifica, así, la tesis jurídica de la Sentencia de instancia, conforme a la cual, los actos fraudulentos de vaciamiento patrimonial, aunque pueden ser constitutivos de un delito de alzamiento de bienes, cuando concurren con los demás elementos típicos, arrastran la calificación jurídica que le dispensa el artículo 260 del Código penal.»

Con lo que, respetando tal interpretación y razonando a la inversa, cuando se debate sobre la presencia de un delito de concurso fraudulento se está debatiendo también la existencia de los posibles alzamientos que puedan verse incorporados dentro de él, máxime cuando la penalidad de éste es inferior a la de aquél.

En definitiva, no puede sostenerse que se haya producido indefensión ni infracción alguna del principio acusatorio, habida cuenta de que el debate se produjo a propósito de la base fáctica aportada por el Ministerio Fiscal, sin alteración alguna, y respecto de una calificación jurídica cuyos elementos en su integridad eran plenamente coincidentes con parte de los constitutivos de la figura penal objeto de acusación.

Razones por las que, en definitiva, procede la desestimación de estos motivos y, con ellos, la del Recurso en su integridad.

(Sentencia núm. 149/2008, de 11 de abril)

## ARTÍCULO 318 bis 1

*Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Proveer de 1.750 euros a cada joven en concepto de bolsa de viaje para facilitarles la entrada en España en calidad de turistas, con la finalidad última de dedicarlas a la prostitución; propósito de explotación sexual: Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 26-02-08: «la relación entre los artículos 188.1 y 318 bis del CP en los supuestos de tráfico ilegal o inmigración clandestina a la que sigue, ya en nuestro territorio, la determinación coactiva al ejercicio de la prostitución, es la propia del concurso real de delitos*

El cuarto motivo se formula al amparo del artículo 849.1 LECrim, por infracción de ley, por aplicación indebida del artículo 318 bis 1 y 2, e inaplicación del error de prohibición del artículo 14.3 CP.

Para el recurrente las cuatro testigos entraron legalmente en España a través de paso fronterizo (aeropuerto de Barajas) y con pasaporte en regla y visado, por lo que no se puede calificar su entrada como ilegal o clandestina, lo que constituye el presupuesto básico para la aplicación del precepto cuestionado, sin cuya concurrencia no cabe apreciar el subtipo agravado que recoge el apartado 2 del mismo artículo 318 CP. Además, no habiendo transcurrido el plazo de tres meses, encontrándose regularmente las mujeres en España, y no resultando posible vislumbrar la ilicitud de su conducta, concurría en los condenados error de prohibición.

Sin embargo, doctrinal y jurisprudencialmente se considera que por tráfico ilegal debe entenderse cualquier movimiento de personas extranjeras que trate de burlar la legislación española sobre inmigración; por ello el tráfico ilegal no es sólo el clandestino sino también el que siendo en principio y aparentemente lícito se hace pensando en no respetar la legalidad, y por ello merece tal calificación la entrada como turista pero con la finalidad de permanecer después de forma ilegal en España sin regularizar la situación.

El precepto penal concernido fue introducido por la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada después por la LO 14/2003, de 20 de noviembre, integrando todo el tomo XV bis «Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros» creado por dicha reforma.

Es claro que se produce la inmigración clandestina y el tráfico ilegal en todos los supuestos en que se lleva a cabo el traslado de personas de forma ilícita, es decir, sin sujetarse a las previsiones que se contienen para la entrada, traslado o salida en la legislación sobre Extranjería (art. 25 y ss. LE).

En cuanto a la entrada en territorio español, la ilegalidad resulta patente en todos los casos de paso clandestino evitando los puestos habilitados e impidiendo el control del acceso por las autoridades. Pero deben considerarse también ilegales aquellas entradas efectuadas mediante fraude, supuestos en los que, siendo voluntad inicial la de acceso para permanencia en España, se elude el control administrativo oportuno, bien mediante el empleo de documentación falsa con la que se pretende ocultar la verdadera identidad, bien a través de documentación, que sin ser falsa físicamente, no responde a la realidad de las cosas (cartas de invitación inveraces, visados obtenidos mediante falsas alegaciones, etc.).

Deben así diferenciarse las situaciones siguientes: estancia legal que sobreviene ilegal y la entrada ilegal.

De una parte, tanto quien favorece el acceso de personas como quien accede en unas determinadas condiciones (por ejemplo, con fines turísticos), si con posterioridad a tal entrada, por la concurrencia de determinadas circunstancias sobrevenidas, decide incumplir el régimen permitido de acceso, incurrirá en una irregularidad de una naturaleza administrativa.

Pero, de otra parte, quien favorece, promueve o facilita el acceso a España de determinadas personas con conocimiento inicial y antecedente de que la situación administrativa de acceso no responde a la realidad de la estancia, que exigiría de otros requisitos que así resultan burlados, incurre en ilícito penal, sin perjuicio de que la persona de cuya migración se trate haya de responder sólo administrativamente.

Esta Sala ha señalado, y lo recuerda la STS 1059/2005, de 28 de septiembre, que «el tráfico ha de ser ilegal, esto es, producirse al margen de las normas establecidas para el cruce legítimo de las fronteras o con fraude de esas normas, lo que incluye tanto el cruce clandestino de la frontera, como la utilización de fórmulas autorizadas de 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. La normativa determinante de la ilegalidad del tráfico será la propia Ley de Extranjería LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (reformada por LO 8/2000, de 22 de diciembre, 11/2003, de 29 de septiembre y 14/2003, de 20 de noviembre), concretamente en el Título II: «Del régimen jurídico de las situaciones de los extranjeros» y su Reglamento, aprobado por RD de 20 de julio de 2001, con texto vigente aprobado por RD 2393/04, de 30 de diciembre.

Con carácter general el artículo 25 de la Ley de Extranjería regula los requisitos para la entrada en territorio español, estableciendo que el extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España, y no estar sujeto a prohibiciones expresas. Asimismo, debería presentar los documentos que se determinan reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia y

acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios.

Igualmente se trata de un delito de mera actividad que se consuma 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.

Por último la doctrina considera que aunque en el tipo se alude a personas en su acepción plural, no parece necesario que la actividad afecta a más de una persona para ser típica, aunque la configuración colectiva del bien jurídico en este tipo base del artículo 318 bis 1; si determina que aunque sean varias las personas afectadas, estaremos ante la existencia de un solo delito en cada tráfico ilegal.»

Esta Sala ha dicho, tal como recuerda la STS núm. 380/2007, de 10 de mayo, que: «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 autorizan en tales condiciones (SSTS 1059/2005, de 28 de septiembre; 1465/2005, de 22 de noviembre; 994/2005, de 30 de mayo y 651/2006, de 5 de junio).»

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia 1595/2005, de 30 de diciembre, 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 1381/2005, de 20 de enero 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».

En el caso que nos ocupa hemos de destacar que se declaró probado que se proveía de unos 1.750 euros a cada joven en concepto de bolsa de viaje para facilitarles la entrada en nuestro país en calidad de turistas, cantidad que era enviada a Paraguay por Roberto a través de las propias procesadas o de otras chicas que eran utilizadas para no levantar sospechas, y que una vez llegadas al club les era retirada dicha cantidad, diciéndoles y exigiéndoles que para pagar la deuda contraída con los gastos del viaje habían de dedicarse a la prostitución. Con lo cual se evidencia el expediente fraudulento utilizado para ingresar las chicas por la frontera en España, y el perfecto conocimiento de la situación por el propio acusado.

Consecuentemente, habiendo de reputarse bien efectuada la subsunción llevada a cabo por el Tribunal *a quo*, e inexistente el pretendido error alegado, el motivo ha de ser desestimado

#### Quinto

El motivo quinto se formula al amparo del artículo 849.1 LECrim por infracción de ley, por aplicación indebida del artículo 318 bis 1 y 2 CP y 188.1 CP, dada su incompatibilidad.

Entiende el recurrente que no cabe la aplicación conjunta de ambos preceptos, pues se penaría doblemente por un mismo hecho la explotación sexual a través de la prostitución, de modo que el destino de explotación sexual absorbe y consume el

hecho mismo de la explotación, o bien se aplica el tipo básico del artículo 318 bis, en concurso ideal con los delitos del artículo 188.1 CP.

La primera de las figuras penal aplicadas por el Tribunal de instancia castiga en su apartado 1, al 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, precisando en el apartado 2 que si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual la pena será la de cinco a diez años de prisión.

Por su parte, la segunda describe conductas consistentes en determinar, empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella.

Pues bien, al respecto la sentencia de esta Sala núm. 1465/05, de 22 de noviembre, frente a la sentencia de instancia que subsumió en aquel caso los hechos en el tipo penal del artículo 188.1 CP, condenando a cada uno de los acusados por dos delitos de determinación al ejercicio de la prostitución, mediante el empleo de violencia, intimidación o daño, y que rechazó la calificación —también sostenida por la acusación pública— concluyó que «la efectiva explotación sexual cometida no absorbe por progresión delictiva el tipo penal del artículo 318 bis 2, dando lugar para el acusado... a un concurso entre el delito abstracto cuestionado y el castigo penal de cada concreto acto de explotación sexual, por el que ha sido condenado al amparo del artículo 188.1 CP».

Por su parte, la sentencia de esta Sala núm. 380/2007, de 10 de mayo, optó decididamente por la existencia de un concurso real. Por su parte, el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de fecha 22-4-07, descartando la existencia del concurso de normas resolvió que «la concurrencia de comportamientos tipificables como constitutivos del delito del artículo 188.1 y del previsto en el artículo 318 bis 2 CP, debe estimarse concurso de delitos».

La STS núm. 380/2007, de 10 de mayo igualmente considera que en la concurrencia entre el núm. 1 del artículo 318 bis y el 188-1.º CP, se producirá un concurso real de delitos.

Finalmente, el Pleno de esta Sala en su reunión de 26-2-08 —como complemento a su *decisio omnibus* de 22-4-07— vino a acordar que, en un caso como el que nos ocupa, en el que se atribuye a los mismos sujetos agentes las dos figuras delictivas, habrá un concurso real, si bien, habiéndose de evitar efectuar una doble consideración de «la intención de explotación sexual». Y ello porque en el artículo 318 bis 2 CP está presente tal intención a realizar en un futuro, y en el artículo 188.1 viene a materializarse de forma efectiva la misma intención. Por ello la solución ha de consistir, no en aplicar el artículo 188.1 CP junto con el artículo 318 bis 2 del mismo texto penal, sino en aplicar el artículo 188.1 CP junto con la figura básica, no agravada, del artículo 318 bis 1, en la que se prescinde de tomar en consideración cualquier intención referente a una explotación sexual futura.

Consecuentemente, el motivo sólo parcialmente ha de ser estimado.

(Sentencia núm. 152/2008, de 8 de abril)

## ARTÍCULO 325

*Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente: Provocar o realizar directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales: delito de peligro*

*hipotético o potencial; Existencia: vertidos al cauce del arroyo Os Trollos por parte de la empresa de la que el acusado es gerente con parámetros que superan los valores autorizados, concretándose en la muerte de gran número de peces*

Al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se denuncia la supuesta infracción del artículo 325 del Código Penal que se estima indebidamente aplicado y se postula la aplicación del artículo 331 del mismo Código Penal.

Y ello se hace incluso para el caso de que no se estimen los dos motivos anteriores que pretendían la modificación de los hechos probados.

Porque entiende el recurrente que el tipo del artículo 325 del Código Penal exige la consciencia de que de la estación depuradora de aguas residuales de su empresa salían vertidos peligrosos y que no tuviera la voluntad de impedirlo. Además niega que su comportamiento implique la infracción de normas protectoras del medio ambiente, ya que se sujetó al condicionado administrativamente impuesto para los vertidos de su industria. Sin que los hechos probados prediquen nada que contradiga esta alegación.

Este motivo obliga, en primer lugar, a recordar la naturaleza del tipo penal del artículo 325.

Un sector doctrinal estima que es insatisfactoria la forma de estructurarlo como delito de peligro concreto, que es lo que se había consolidado en la jurisprudencia de esta Sala: SS 11-3-1992, 16-12-1998, que fue la primera tras la vigencia del nuevo Código, 14-2-2001, 30-1-2002 y 26-6-2002-, sugiriéndose, como más acertado considerarlo como de peligro hipotético.

En estas modalidades delictivas de peligro hipotético, también denominadas de peligro abstracto-concreto, peligro potencial o delitos de aptitud, no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos la situación de peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro.

La categoría de los denominados delitos de peligro abstracto-concreto o de peligro hipotético no requiere la concreción del peligro en proximidad de amenaza para un bien determinado. Basta la producción de un estado de riesgo pero desde la perspectiva meramente *ex ante*.

Esa tipificación se asimila a la de los tipos de resultado en la medida que aquel estado de riesgo ha de valorarse en cuanto resultado separado de la conducta. Ello no impide que la existencia del delito se constate por la mera concurrencia de la conducta típica sin que la verificación deba extenderse a la valoración de ese resultado, que resulta implícito en la tipificación del comportamiento por el legislador.

Lo cierto es que el tenor literal de la norma no expresa la exigencia de un peligro concreto, y que la estructura del tipo tampoco lo exige, por lo que debemos concluir que nos encontramos ante una figura delictiva de peligro hipotético o potencial.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 24-6-2004 se dejó establecido que después de algunas resoluciones en otros sentidos, la última jurisprudencia se ha inclinado por considerar que se trata de un delito de peligro hipotético o potencial (STS 388/2003, de 1 de abril). De acuerdo con ello, es preciso acreditar que la conducta de que se trate, en las condiciones en que se ejecuta, además de vulnerar las normas protectoras del medio ambiente, es idónea para originar un riesgo grave para el bien jurídico protegido.

Por lo tanto, en primer lugar, la conducta debe ser una de las previstas de forma muy amplia en el artículo 325, y debe estar descrita con suficiente precisión para permitir la valoración a la que se ha hecho referencia.

En segundo lugar, una vez precisada la conducta, debe identificarse el riesgo creado o que la conducta es capaz de crear, o, en su caso, el daño causado como concreción de tal riesgo. Es decir, en definitiva, es necesario individualizar el posible perjuicio para el equilibrio de los sistemas naturales o para la salud de las personas. Como hemos dicho, lo decisivo en este aspecto es que se trate de una conducta que crea un riesgo, que puede concurrir o no con otras conductas diferentes. La existencia de un daño efectivo no es necesaria para la consumación del delito, pero es un dato que en ocasiones permite identificar la conducta que lo ha ocasionado a través del examen de la causalidad, y someterla a valoración.

Y, en tercer lugar, del riesgo debe predicarse la gravedad. No basta, pues, cualquier clase de riesgo, pues los no graves podrán dar lugar, en su caso, a respuestas de tipo administrativo. La decisión sobre este extremo corresponde razonadamente al Tribunal, aunque sean importantes a estos efectos las pruebas periciales.

También se advirtió que el juicio de valor sobre la peligrosidad del comportamiento es revisable en casación:

En la posterior Sentencia del Tribunal Supremo de 2-11-2004 se reiteró la doctrina diciendo que no es preciso la concurrencia de un peligro concreto sobre la salud de las personas o los sistemas naturales, sino la idoneidad de la conducta para su producción, por lo que no es preciso comprobar la efectiva producción del riesgo, la concreción del mismo, sino la idoneidad de su producción desde la conducta declarada probada.

Pues bien, siendo así resulta claro que el elemento subjetivo del dolo no ha de ir referido a una situación que ya haya dado lugar a la concreción del peligro, y menos aún al daño efectivo, sino al comportamiento y a su idoneidad para generar aquella situación.

En el caso que ahora juzgamos es un hecho declarado probado que la empresa «Leite Río, S. L.», vertía en el arroyo «Os Troyos» aguas residuales que, pese a pasar por su estación depuradora, eran blanquecinas y conferían al agua del río unos valores en cuanto a oxígeno, fosfatos, sólidos en suspensión y cloro que resultaban idóneos para erigirse en causa de la mortandad de peces que, además, efectivamente se ocasionó. Dichos valores, incompatibles con la vida de los peces, suponen la infracción de la Directiva Comunitaria Europea de 18 de julio de 1978, Ley de Aguas 29/1985 de 2 de agosto, Ley de Pesca Fluvial de Galicia 7/1992 de 24 de julio y Decreto de Galicia 130/1997 de 14 de mayo.

Además, en sede de fundamentación jurídica, pero con virtualidad de integración de premisa fáctica de la decisión, se añade el dato de que el acusado ya fue sometido a reiterados expedientes administrativos sancionadores por hechos similares en relación a vertidos contaminantes.

La suma de ambas consideraciones permiten: *a)* dejar fuera de discusión el acierto valorativo de la sentencia recurrida al tildar los vertidos de idóneos para ocasionar la situación de riesgo de las circunstancias medioambientales en medida tal que las hace incompatibles con la riqueza piscícola; *b)* que el acusado conocía las características y efectividad de las medidas adoptadas en aplicación de las normas citadas, en el sentido de no poder ignorar su ineficacia para proteger el medio ambiente, de suerte que el riesgo no solamente le era cognoscible sino decididamente conocido.

Por ello la sentencia establece con acierto no solamente los elementos objetivos del tipo del artículo 325 sino también los subjetivos del dolo referido a la existencia de condiciones idóneas para el daño ambiental. Lo que hace inaplicable el artículo 331 invocado y atinada la estimación del 325 que se hizo en la sentencia contra la que se invoca este motivo que, por ello, debe ser rechazado.

(Sentencia núm. 141/2008, de 8 de abril)

## ARTÍCULO 351

*Delito de incendio. Delito de peligro hipotético o potencial. En estos supuestos la situación de concreto peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento realizado para producir dicho peligro*

En el primer motivo, al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim, denuncia la indebida aplicación del artículo 351, inciso último, del Código Penal, ya que debería haberse aplicado el último párrafo y castigar los hechos como un delito de daños del artículo 266. Entiende el recurrente que no existió ánimo alguno de atentar contra la integridad física de su esposa y su hija, debiendo encuadrarse la acción en el contexto de insultos y provocaciones entre los cónyuges. Niega la existencia de riesgo alguno, dado que antes ambas mujeres, previamente avisadas por el acusado, habían procedido a arrojar agua sobre el lugar que se había rociado con el líquido inflamable. No existió, pues riesgo de propagación.

1. Como se decía en la STS núm. 443/2005, de 11 de abril, el delito de incendio del artículo 351 del Código Penal «... ha sido configurado por esta Sala como un delito de peligro abstracto, (STS núm. 1342/2000, de 18 de julio; STS núm. 1585/2001, de 12 de septiembre; STS núm. 2201/2001, de 6 de marzo de 2002; STS núm. 753/2002, de 26 de abril), aunque más modernamente se ha precisado su conceptualización como delito de peligro hipotético o potencial. Como se dice en la STS núm. 1263/2003, de 7 octubre, “en estas modalidades delictivas de peligro hipotético o potencial, también denominadas de peligro abstracto-concreto o delitos de aptitud, no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos la situación de concreto peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento realizado para producir dicho peligro”. En consecuencia, el delito deberá considerarse consumado cuando el fuego se haya iniciado en condiciones que supongan ya, desde ese momento, la existencia del peligro para la vida o la integridad física de las personas, aun cuando la intervención de terceros impida su concreción y desarrollo efectivos. Entre esas condiciones deberán examinarse las relativas a las posibilidades de propagación».

Será posible apreciar el delito en grado de tentativa cuando mediando un principio de ejecución no se haya iniciado el incendio, o, como supuesto límite, cuando, aun iniciado el fuego, lo haya sido en condiciones tales que, objetivamente valoradas, permitan su extinción de forma inmediata, conjurando así el peligro que de otra forma sería capaz de generar la acción. En sentido similar la STS núm. 1263/2003, antes citada.

2. En el caso, el acusado procedió a prender fuego a la puerta de la vivienda en cuyo interior se encontraban su esposa y su hija, después de haber rociado dicha puerta y el felpudo de la entrada con un líquido inflamable del tipo de la gasolina. Debido precisamente a la presencia de dicho acelerador de la combustión, las posibilidades de propagación desde el momento del inicio del fuego son evidentes. Asimismo es clara la existencia de un peligro para la vida o la integridad física de las personas que se encontraban en el interior de la vivienda, habida cuenta de la potencialidad de la conducta para su creación, una vez afirmada la existencia de un evidente riesgo de propagación. No es preciso, como se dijo más arriba, que exista un peligro concreto para la vida o la integridad física, bastando el hipotético o potencial.

El hecho de que previamente al inicio del fuego las víctimas arrojaran agua sobre el lugar debilitó sin duda las posibilidades de propagación e incluso, en consecuencia,

hizo menor el peligro para las moradoras de la vivienda, facilitándoles su inmediata extinción. Pero se trata de aspectos que ya han sido tenidos en cuenta por el Tribunal al aplicar el inciso segundo del párrafo primero del artículo 351, que permite la imposición de la pena inferior en un grado.

Consecuentemente, apreciándose peligro para vida o integridad física de las personas y habiéndose iniciado el fuego en condiciones de propagación, ha sido bien aplicado el artículo 351, sin perjuicio de que se hayan valorado las circunstancias de los hechos y, concretamente, el haber procedido las moradoras de la vivienda a la inmediata extinción del fuego, para aplicar el inciso segundo del párrafo primero y considerar el delito cometido en grado de tentativa.

Por todo ello, el motivo se desestima.

(Sentencia núm. 62/2008, de 31 de enero)

## ARTÍCULO 426

*Cohecho: Admitir dádiva o regalo en consideración a su función: requisitos; Existencia: guardias civiles que acuden asiduamente a club de alterne sin abonar las consumiciones ni los servicios sexuales recibidos*

Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, la defensa de ambos recurrentes denuncia la indebida aplicación del artículo 426 del CP, en relación con el artículo 74 del CP.

Para defender su motivo, la representación de Cristóbal e Íñigo hace una serie de consideraciones referidas al bien jurídico protegido en ese delito. Cuestiona que se haya conculcado el principio de imparcialidad impuesto a todos los funcionarios públicos. Rechaza que se hayan producido interferencias en el ejercicio de las funciones asignadas a ambos guardias civiles. Precisa también que la honradez o la integridad del funcionario público, en cuanto bien jurídico, no son merecedores de protección penal. En el desarrollo del motivo, el recurrente incluye, con notoria imprecisión sistemática, algunas consideraciones acerca de una posible vulneración del principio acusatorio, en la medida en que ambos acusados lo fueron como autores de un delito de cohecho del artículo 421. La Sala, sin embargo, les ha condenado como autores de un delito del artículo 426, imponiéndole una pena que no ha sido solicitada por nadie.

El motivo no es viable.

I. Por lo que afecta a la indebida aplicación del artículo 426 del CP, esta Sala no detecta el error jurídico que se atribuye al Tribunal *a quo*.

Las consideraciones del recurrente acerca de la injustificada protección penal de un bien jurídico como el que late en el artículo 426, no pasan de ser simplemente eso, unas reflexiones tan apreciables como insuficientes para el éxito del efecto impugnatorio que anima el motivo. El artículo 426 del CP acoge, desde la reforma introducida por la LO 9/1991, 22 de marzo, la modalidad tradicional de cohecho pasivo impropio. Conforme a la redacción actual, coincidente con la del artículo 390 del CP de 1973, este delito lo comete la autoridad o funcionario público que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente.

Es preciso, en consecuencia, que concurran una serie de elementos para la afirmación del tipo: *a)* el ejercicio de funciones públicas por parte del sujeto activo; *b)* la aceptación por éste de dádivas o regalos; *c)* una conexión causal entre la entrega de esa dádiva o regalo y el oficio público del funcionario.

La expresa utilización del término dádiva, añadido al vocablo regalo, es bien elocuente del deseo legislativo de despejar cualquier duda acerca de la innecesariedad de un significado retributivo, por actos concretos, que inspire la entrega del presente con el que se quiere obsequiar al funcionario receptor. De ahí que no falten voces en la doctrina que adjudican al artículo 426 la naturaleza de delito de peligro abstracto, idea presente en algunos de los pronunciamientos de esta Sala, como la STS 361/1998, 16 de marzo, en la que se afirma que mediante la incriminación de esa conducta se «... protege la imagen del Estado de Derecho en el sentido de preservar la confianza pública en que los funcionarios ejercen sus funciones sometidos al imperio de la ley».

La necesidad de un enlace causal entre la entrega de la dádiva y el carácter público del receptor, también ha sido expresada por la jurisprudencia. Bien elocuente es la STS 30/1994, 21 de enero, cuando precisa que «... el término “en consideración a su función” debe interpretarse en el sentido de que la razón o motivo del regalo ofrecido y aceptado sea la condición de funcionario de la persona cohechada, esto es, que sólo por la especial posición y poder que el cargo público desempeñado le otorga le ha sido ofrecido la dádiva objeto del delito, de tal forma que si de algún modo dicha función no fuese desempeñada por el sujeto activo el particular no se hubiere dirigido a él ofertando o entregando aquélla».

No es tarea fácil la delimitación del alcance de este precepto a la hora de decidir la relevancia típica de determinadas acciones. La existencia de módulos sociales generalmente admitidos en los que la aceptación de regalos o actos de cortesía forma parte de la normalidad de las relaciones personales, obliga a un esfuerzo para discernir cuándo determinados obsequios adquieren carácter típico y cuándo, por el contrario, pueden inscribirse en el marco de la adecuación social. Está fuera de dudas que este análisis sugiere el empleo de fórmulas concretas, adaptadas a cada supuesto de hecho, huyendo de la rigidez de fórmulas generales.

Pues bien, en el presente caso, ateniéndonos al juicio histórico —de obligada aceptación cuando se emplea la vía que ofrece el art. 849.1 de la LECrim—, ambos acusados, miembros de la Guardia Civil, «... entre las fechas comprendidas entre finales del año 2003 y 1 de junio de 2004», frecuentaban el Club Flamingo's. Añade el *factum* que esas visitas se producían «... en algunas ocasiones como motivo su función como Guardias Civiles y de servicio, y de forma particular fuera de servicio en la mayoría de las ocasiones (...). En sus visitas al club no abonaban las consumiciones que tomaban en él, así como tampoco abonaban los servicios sexuales que recibían de las mujeres que trabajaban en el local, toda vez que el encargado del mismo había cursado instrucciones a los empleados para que no lo cobrasen en atención a su condición de Guardias Civiles».

La simple lectura de ese fragmento ya advierte de que la acción imputada a ambos acusados desborda con claridad los límites de la adecuación social. El no abono durante seis meses de las consumiciones de un club de alterne y, sobre todo, la asunción por el encargado del coste económico propio de los encuentros sexuales que Íñigo y Cristóbal mantenían con las prostitutas que allí trabajaban, va más allá de la idea de exclusión de la tipicidad por adecuación social. Esa generosidad no puede ahora escudarse en actos de liberalidad propios de un contexto social tolerante con ese tipo de regalos. La condición de Guardias Civiles de ambos acusados —uno de ellos sargento— no conduce a otra conclusión que la que expresa la Sala de instancia cuando afirma en el penúltimo párrafo del F. 4.º de la sentencia recurrida que «... estos servicios se efectuaron sin coste alguno para los acusados en su consideración de Guardias Civiles, por expresas instrucciones del encargado Imanol, a fin de mantener una situación de complacencia con ellos que pudiera redundarle en la dispensación de un trato de favor futuro».

El motivo, en consecuencia, es inviable por su falta de fundamento (art. 885.1 LECrim) y por no respetar el juicio histórico (art. 884.3 y 4 LECrim).

(Sentencia núm. 362/2008, de 13 junio)

## ARTÍCULO 432.1

*Malversación de caudales públicos: sustraer o consentir que otro sustraiga. Requisitos. Recaudador de Ayuntamiento que hace suyo importe de recibos*

En efecto el delito de malversación de fondos públicos del artículo 432 se integra por la concurrencia de los siguientes elementos (STS 1608/2005, de 12 de diciembre):

a) Subjetivamente, el autor debe ser funcionario público en los términos del artículo 24 del Código Penal, concepto que ha sido fijado jurisprudencialmente de forma unánime por la unión de dos notas:

1) el concepto de funcionario público es propio del orden penal y no vicario del derecho administrativo, ello tiene por consecuencia que dicho concepto es más amplio en el orden penal, de suerte que abarca e incluye a todo aquél que «por disposición inmediata de la Ley, o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas» —art. 24-2.º— y 2) el factor que colorea la definición de funcionario es, precisamente, la participación en funciones públicas. De ello se deriva que a los efectos penales, tan funcionario público es el titular, o «de carrera» como el interino o contratado temporalmente, ya que lo relevante es que dicha persona está al servicio de entes públicos, con sometimiento de su actividad al control del derecho administrativo, aunque carezca de las notas de incorporación definitivas ni por tanto de permanencia, ésta es la doctrina constante de esta Sala, *ad exemplum*, SSTS núm. 1292/2000, de 10 de julio, o núm. 1544/2004, de 23 de diciembre.

Requisito éste concurrente en el acusado Matías, quien según el relato fáctico «prestó» el servicio de Recaudación del Ayuntamiento de Pugal hasta el 31.12.99 ejerciendo las funciones de recaudador de tributos para dicho Ayuntamiento, en su condición de recaudador externo, de Ley de la legislación anterior al Texto Refundido del Régimen Local (RO Legislativo 781/86) y por contrato de Adjudicación de Servicios, elevado a escritura publica el 29.7.83, que se renovaba de manera tácita. Asimismo se le adjudicó el servicio de recaudación del mercado de los martes y sábado, según resolución de la Alcaldía- Presidencia de ese Ayuntamiento, servicio que prestó desde esa fecha hasta el 15.2.2000.

b) Como segundo elemento, de naturaleza objetiva, los efectos o caudales en todo caso de naturaleza mueble, nunca inmuebles —SSTS 657/2004, de 19 de mayo, 1984/2000, de 20 de diciembre, o la más reciente de 21 de julio de 2005— han de ser públicos, es decir, deben pertenecer y formar parte de los bienes propios de la Administración Pública, cualquiera que sea el ámbito territorial o funcional de la misma.

c) El tercer elemento se refiere a la especial situación que respecto de tales caudales o efectos públicos debe encontrarse el funcionario. Aquéllos deben estar «a su cargo por razón de sus funciones», reza el propio tipo penal. En general, la doctrina científica estima que no es suficiente que el funcionario tenga los caudales con ocasión o en consideración a la función que desempeña, siendo preciso que la tenencia se derive de la función y competencia específica derivada del cargo.

La jurisprudencia de esta Sala ha interpretado el requisito de la facultad decisoria del funcionario sobre los bienes en el sentido de no requerir que las disposiciones legales o reglamentarias que disciplinan las facultades del funcionario le atribuyan específicamente tal cometido —en tal sentido STS 2193/2002, de 26 de diciembre, y las en ella citadas, o la STS 875/2002, de 16 de mayo—. Por su parte la STS 1840/2001, de 16 de octubre, se refiere a las funciones efectivamente desempeñadas. En el mismo sentido se ha entendido que «tener a su cargo» no sólo significa responsabilizarse de su custodia material sino también ostentar capacidad de disposición e inversión de tal manera que los caudales no puedan salir del organismo oficial sin la decisión del funcionario que tiene capacidad de ordenar gastos e inversiones —STS 1368/1999, de 5 de octubre—, en definitiva como viene exigiendo la doctrina, es preciso que la tenencia de los caudales por parte del funcionario se derive de la función y competencia específicas residenciadas en el funcionario, que quebranta la lealtad en él depositadas.

d) Como cuarto y último elemento, la acción punible a realizar que es «sustrayendo o consintiendo que otro sustraiga», lo que equivale a una comisión activa o meramente omisiva —quebrantamiento del deber de impedir— que equivale a una apropiación sin ánimo de reintegro, lo que tiñe la acción como esencialmente dolosa —elemento subjetivo del tipo—, y una actuación que ahora el tipo incluye el ánimo de lucro que en el antiguo Código Penal se encontraba implícito, ánimo de lucro pues se identifica, como en los restantes delitos de apropiación con el *animus rem sibi habendi*, que no exige necesariamente enriquecimiento, sino, como esta Sala viene señalando desde antiguo, que es suficiente con que el autor haya querido tener los objetos ajenos bajo su personal dominio (STS 1514/2003, de 17 de noviembre), bien entendido que el tipo no exige como elemento del mismo el lucro personal del sustractor, sino su actuación con ánimo de cualquier beneficio, incluso no patrimonial, que existe aunque la intención de lucrar se refiera al beneficio de un tercero (SSTS 1404/99, de 11 de octubre, 310/2003 de 7 de marzo).

Elementos éstos cuya concurrencia se deduce inequívocamente del relato fáctico en el que se describe cuál era el cometido del acusado: la recaudación de los impuestos municipales tanto en período voluntario como en vía de apremio, contribuciones, exacciones municipales, etc. Que tienen la naturaleza de caudales públicos desde que por los contribuyentes las entregan al funcionario, que los recibía precisamente en razón de aquel cargo, teniendo por ello disponibilidad de los mismos, existiendo esa especial relación entre el sujeto activo y los caudales públicos.

En este sentido, las SSTS 1004/94, de 16 de mayo, y 236/96, de 15 de marzo, precisan que concurre la condición objetiva de tratarse de caudales pues son fondos presupuestarios de una entidad de la Administración Local, al proceder de recaudación de recibos girados por ingresos legales por arbitrios y tasas de imposición municipal adquieren los efectivos cobrados a los contribuyentes carácter innegable de fondos públicos tan pronto como el recaudador los percibe, pues ya comienza su obligación de ingreso en las arcas consistoriales; es más como el artículo 394 (actual art. 432) habla de caudales o efectos públicos, estos últimos cubren los recibos devengados y formalizados que incorporan un derecho al cobro (y documentos ejecutivos en su caso, agotado el período de pago voluntario), por eso el recaudador solventa su responsabilidad económica tanto demostrando el ingreso de su importe como presentando los recibos incobrados o justificando su desaparición de su custodia.

Y finalmente su conducta de no ingresar en las cuentas del Ayuntamiento los impuestos de recibos cobrados presentando listados de los que aparecían como no cobrados recibos que sí habían sido satisfechos, ascendiendo la suma que el acusado tenía que haber ingresado en las cuentas municipales a la cantidad de 154.233,17 euros, lo que denota una sustracción con ánimo de aprobación definitiva apartando los

bienes públicos de su destino o desviándolos del mismo, bien entendido que no puede obligarse a la Administración a demostrar que los fondos no ingresados hayan sido aplicados a usos propios que devendría en casi la totalidad de los casos una *probatio diabólica* imposible. Basta con que el recaudador no aporte ni el dinero cobrado por los recibos a su cargo de los que no da cuenta, ni dichos recibos como no percibidos.

(Sentencia núm. 252/2008, de 22 de mayo)

## ARTÍCULO 441

*Negociaciones prohibidas a funcionarios públicos: Realizar una actividad profesional o de asesoramiento bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas en asunto en que deba intervenir por razón de su cargo: delito especial propio y de simple actividad. Bien jurídico protegido. Inspector de Trabajo y Seguridad Social que asesora a empresa privada que estaba siendo inspeccionada por otros Inspectores de Trabajo de la misma localidad donde prestaba sus funciones el acusado, asesoramiento que realizaba con objeto de que la empresa pudiera hacer frente a la inspección de que estaba siendo objeto: actuación del acusado que ejecutaba fuera de las Normas que regulan la actividad del cuerpo al que pertenecía*

El motivo segundo, y único motivo subsistente del recurso, por el cauce procesal del artículo 849.1.º de la LECrim, denuncia infracción de ley, «por indebida aplicación del artículo 441 del Código Penal, en relación con el artículo 3.2.1 de la Ley Ordenadora de la Inspección del Trabajo y Seguridad Social, y del artículo 3.1.b) del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo, núm. 81».

Se dice en este motivo, que el artículo 441 del Código Penal contiene un elemento normativo del tipo, de carácter negativo: «fuera de los casos admitidos en las Leyes o Reglamentos», que supone una remisión a la normativa administrativa de ese sector de la función pública: concretamente la Ley Ordenadora de la Inspección del Trabajo y Seguridad Social, cuyo «artículo 3.2.1 atribuye (...) entre las funciones del Inspector de Trabajo, la de facilitar información técnica a empresas y trabajadores, la que doctrinalmente viene siendo precisamente denominada “función de asesoramiento” de la Inspección del Trabajo»; función igualmente contemplada en los Convenios auspiciados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Destaca la parte recurrente cómo, según el artículo 3 de la Ley 42/1997 (LOI-TSS), una de las funciones de los Inspectores de Trabajo es la de «asesoramiento, de información general acerca de determinadas cuestiones relacionadas con el Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social», y cómo los Convenios de la OIT prevén «de entre los cometidos de la Inspección del Trabajo, los de “facilitar información técnica y asesorar a los empleadores y a los trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir las disposiciones legales”, artículo 3.1.b) Convenio núm. 81.º y artículo 6.1.b) Convenio núm. 129».

Dice también la parte recurrente, como broche de su alegato impugnativo, que «la sentencia no contiene ningún hecho probado sobre lo acertado o desacertado, lo ajustado o no, del contenido del asesoramiento prestado por don Ángel; como tampoco tiene referencia alguna acerca de la observancia de la legalidad y acierto de las inspecciones en curso a que mi mandante se refirió en su labor de asesoramiento».

El motivo carece de fundamento y, por ello, tampoco puede prosperar.

En efecto, ante todo, debemos destacar que no es función propia de la jurisdicción penal calificar el acierto o desacierto de los asesoramientos que los Inspectores de Trabajo puedan hacer a los trabajadores y a las empresas. Lo único sobre lo que hemos de pronunciarnos, en el presente caso, es sobre si el asesoramiento prestado por don Ángel a la empresa Piedras Leiro, a la cual la Inspección de Trabajo de Barcelona había abierto varios expedientes que estaban siendo tramitados por otros Inspectores de Trabajo de la misma Delegación, constituye, o no, una actuación tipificada penalmente.

En el plano legal, el artículo 441 del Código Penal considera reos del delito de negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos, «a la autoridad o funcionario público que, fuera de los casos admitidos por las Leyes o Reglamentos, realizare, por sí o por persona interpuesta, una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares, en asunto en que debe intervenir o haya intervenido por razón de su cargo, o en los que se tramiten, informen o resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuviere destinado o del que dependa».

Al estudiar esta figura jurídica, la doctrina destaca, aparte de que se trata de un delito especial propio (por cuanto el sujeto activo del mismo sólo puede ser una persona que sea autoridad o funcionario público), que estamos ante un delito de mera actividad (ya que no requiere para su comisión la producción de un determinado resultado), ni demanda un especial elemento subjetivo (de modo que basta el denominado dolo de autor), cuyo bien jurídico protegido lo constituye el correcto funcionamiento de la función pública, conforme a las exigencias constitucionales (v. arts. 9.1 y 103 CE), con respeto de los principios de objetividad, imparcialidad, igualdad e incorruptibilidad.

Desde otra perspectiva, es preciso subrayar, en relación con este tipo penal, que constituye una condición negativa del mismo que la acción de la autoridad o funcionario de que se trate se ejecute «fuera de los casos admitidos por las Leyes y Reglamentos», pero repugna al buen criterio admitir que una norma legal permita que los funcionarios públicos lleven a efecto el doble asesoramiento —público y privado— en un determinado asunto; hasta el punto de que, desde la perspectiva de la importancia jurídica y social de semejantes conductas, ha de reconocerse la indudable gravedad de la conducta enjuiciada, es decir, que un funcionario público pueda asesorar privadamente a una empresa que está siendo inspeccionada por otros funcionarios del mismo Servicio que el del acusado, para defenderla de las previsibles consecuencias de la inspección oficial.

Por lo demás, el artículo 3.2 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, establece que «la función inspectora, que será desempeñada en su integridad por los funcionarios del Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social (...) comprende los siguientes cometidos: (...). 2. De la asistencia técnica. 2.1. Facilitar información técnica a empresas y trabajadores, con ocasión del ejercicio de la función inspectora. (...)»; y el artículo 12.3 de la citada ley, por su parte, dispone que «los inspectores de Trabajo y Seguridad Social (...) estarán sujetos a las incompatibilidades y a los motivos de abstención y recusación de los funcionarios al servicio de las Administraciones públicas».

El Convenio de la OIT núm. 81, de 11 de julio de 1947, relativo a la inspección del trabajo en la industria y el comercio, dispone en su artículo 3.1 que «El sistema de inspección estará encargado de: (...) b) facilitar información técnica y asesorar a los empleadores y a los trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir las disposiciones legales; (...)». Y el Convenio de la OIT núm. 129, de 25 de junio de 1969, relativo a la inspección del trabajo en la agricultura, por su parte, establece en su artículo 6.1 que

«el sistema de inspección del trabajo en la agricultura estará encargado de: (...) b) proporcionar información técnica y asesorar a los empleadores y a los trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir las disposiciones legales; (...)» (v. art. 96.1 CE).

Llegados a este punto, debemos resaltar el acierto con que el Ministerio Fiscal subraya que la «función de asesoramiento» la llevarán a cabo los Inspectores de Trabajo «con ocasión del ejercicio de su actuación inspectora», según establece el artículo 3.2.º LOITSS, por lo que —continúa el Ministerio Fiscal— «no puede interpretarse que bajo tal precisión pueda ampararse quien, como recoge la sentencia recurrida, asesora para “contrarrestar lo que les pedía la inspección”, es decir, se asesora, según el recurrente, al amparo de la Ley para hacer ineficaz la labor que la Ley encomienda precisamente a la Inspección de Trabajo».

De modo patente, hemos de concluir, por tanto, que la conducta imputada al acusado, hoy recurrente, en el relato fáctico de la sentencia recurrida, está penalmente tipificada en el artículo 441 CP, puesto que don Ángel asesoró a una empresa privada —que estaba siendo inspeccionada por varios Inspectores de Trabajo de Barcelona—, con objeto de que la misma pudiera hacer frente a la inspección de que estaba siendo objeto. Su conducta ha constituido, por tanto, una actividad de asesoramiento a una entidad privada en relación con unos expedientes de inspección tramitados por la Inspección de Trabajo de Barcelona —a la que pertenecía el acusado— los cuales habían sido asignados a otros Inspectores; por tanto, fuera del ejercicio de su función inspectora, y, por ende, sin posible apoyo legal.

Es indudable que la legislación española es plenamente respetuosa con los Convenios de la OIT, antes citados, en cuanto cumplen sus exigencias y precisan, con evidente lógica jurídica, el ámbito lícito de la actividad asesora de los Inspectores de Trabajo, limitándola a la desarrollada «con ocasión del ejercicio de la función inspectora»; pues, de otra forma, tal actividad podría resultar entorpecedora.

(Sentencia núm. 484/2008, de 11 de julio)

## ARTÍCULO 457

*Simulación de delito: Denunciar el robo de unos documentos que el mismo hizo desaparecer dando lugar a unas diligencias previas en las que se dictó auto de sobreseimiento provisional por falta de autor conocido: delito consumado*

Y en relación al delito del artículo 457, esta Sala (SSTS 1221/2005, de 19 de octubre, y 1550/2004, de 23 de diciembre), ha recordado los elementos que configuran este delito:

a) La acción de simular ser responsable o víctima de una infracción penal o denunciar una infracción de este tipo inexistente en realidad, siendo el destinatario de la acción un funcionario judicial o administrativo que ante la noticia del delito tenga profesionalmente la obligación de proceder a su averiguación.

b) Que esa actuación falsaría motive o provoque alguna actuación procesal. A este respecto, la STS de 24 de enero de 1994 declaraba que «en todo caso, la simulación de delito se produce cuando se lleven a cabo determinados actos que se sabe, y a ello están destinados, van a provocar la intervención policial y posteriormente la judicial, iniciándose las correspondientes diligencias procesales».

c) El elemento subjetivo que se integra con la consciencia de la falsedad de aquello que se dice y la voluntad específica de presentar como verdaderos hechos que no lo son, lo que excluye la comisión culposa.

En cuanto a la actuación procesal provocada o generada por la acción típica, es cierto que tradicionalmente se venía considerando por la doctrina de esta Sala como una condición objetiva de punibilidad en un delito de mera actividad, lo que determinaba, de otra parte, la exclusión de la posibilidad de la tentativa, al situarse el momento consumativo en el momento en que la falsa *notitia criminis* llegaba al conocimiento del funcionario que tenía el deber de su averiguación.

Sin embargo, la actual línea jurisprudencial considera a esta figura como un delito de resultado, que estaría constituido por la actuación procesal subsiguiente, de suerte que en el ámbito de la ejecución se admite la tentativa en aquellos casos en los que la *notitia criminis* o denuncia simulada no llega a producir una actuación procesal, por lo que, a la postre, este elemento del tipo ya no se estima como una condición objetiva de punibilidad, sino como el resultado de la acción típica (SSTS de 20 de noviembre de 1995, 21 de octubre de 1996 y 9 de enero de 2003).

En consecuencia, aún en el supuesto de que, en efecto, no se hubiera llegado a producir actividad procesal alguna como resultado de la denuncia de un delito de robo que se sabía inexistente, ello no supondría la atipicidad de la conducta sino únicamente su calificación como delito intentado.

Pues bien, en relación a la certeza y realidad de los hechos denunciados no podemos olvidar que el recurso de casación es un recurso, que en términos generales, parte de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, por lo que a ellos ha de estarse. El sistema únicamente permite dos formas de atacar el hecho probado con la intención de obtener su modificación: una, por la vía de la alegación de infracción del derecho a la presunción de inocencia (es decir, infracción de precepto constitucional) y, otra, por la vía del error en la apreciación de la prueba previsto en el artículo 849.2 LECrim.

En el caso que se analiza ya se ha desestimado los motivos segundo por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, y el tercer error en la que la apreciación probatoria que cuestionaba la actividad probatoria desplegada en el juicio oral como suficiente para deducir racionalmente la existencia de un resultado probatorio que pudiera estimarse «de cargo» del que concluir la existencia de los delitos imputados.

Incólume, por tanto, el relato fáctico, tal como exige el motivo por infracción de Ley del artículo 849.1 LECrim. el acusado, con el fin de evitar que se conociera su irregular actuación, en la tarde-noche del 5 de enero hizo desaparecer de su oficina documentación relativa a recibos correspondientes a pagos realizados por contribuyentes, que no había ingresado en la cuenta del Ayuntamiento. Seguidamente, en la mañana del día 7, a las 11 horas, presentó denuncia ante la Guardia Civil de la localidad, indicando que entre las 20 horas del día 5 de enero y las 9 horas del día 7 de enero de 1999, autores desconocidos entraron en la oficina de la recaudación municipal, abriendo cajones, puertas y archivadores, tirando al suelo gran cantidad de recibos de contribuciones, así como otros documentos de la dependencia. También señalaba que no se habían causado daños y que en principio creía que no faltaba nada, pero que se había de colocar cada cosa en su sitio y comprobar si faltaba algún documento. Esta denuncia dio lugar a la incoación de las diligencias previas 82/99, del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Massamagrell, que fueron sobreseídas por falta de autor por auto de 18/1/99.

De tal relato fáctico se desprenden la concurrencia de los elementos del delito de simulación de delito a que se ha hecho referencia, pues con respecto a la denunciada «ausencia absoluta de actividad procesal» que señala el recurrente, no es tal atendiendo, como es de rigor, dado el cauce casacional utilizado, del escrupuloso respeto de los hechos probados. Pues lo cierto es que allí se deja constancia que la denuncia —a que antes hemos hecho referencia— fue repartida al Juzgado de Instrucción núm. 2 de Massamagrell, el cual incoó las diligencias previas 82/95 en las que se dictó auto de sobreseimiento provisional de 18.199 por falta de autor conocido.

Se trata, pues, de actuaciones genuinas e indudablemente de carácter procesal ejecutadas por la autoridad judicial en el ejercicio de sus funciones en relación con un delito de robo con fuerza que determinó la apertura del oportuno procedimiento judicial y su sobreseimiento provisional por no aparecer autor conocido, como causa prevista en el artículo 641 LECrim, lo que dejaba latente el proceso en tanto la policía judicial realizara las investigaciones oportunas para la identificación y detención de los autores del hecho denunciado, en cuyo momento se produciría la reapertura y se proseguiría la subsiguiente actividad procesal correspondiente.

Sin olvidar que las diligencias policiales practicadas en esclarecimientos y averiguación de los hechos delictivos denunciados se incorporan al procedimiento judicial incoado, bajo el control del Juez que las asume y evalúa procesalmente a los efectos de dictar las resoluciones procedentes.

Ha existido, en suma, la actuación procesal que niega el recurrente, siendo en este punto atinada la STS 27.11.2001 que declara con nitidez: «El concepto de actuación procesal supone que el órgano judicial que recibe la denuncia, realice algún género de actividad procesal, aunque ésta sea mínima. Por tanto no basta con la mera recepción de la denuncia, si ésta no va seguida de alguna actividad judicial.

En el caso de una denuncia de un delito inexistente, en la que no se facilitan datos sobre la persona a la que pueda ser atribuida la autoría del hecho, nos encontramos ante un supuesto frecuente de autor desconocido que provoca necesariamente la incoación de unas diligencias previas y posteriormente la redacción o el acuerdo de un Auto de archivo y sobreseimiento, por no existir de momento un autor conocido. Todos estos trámites se han cumplido en el caso presente por lo que el requisito que condiciona la aplicación del tipo, se ha producido perfeccionándose la figura delictiva de la denuncia falsa».

Consecuentemente si bien tras el auto de incoación de las diligencias previas se acordó el sobreseimiento al no resultar identificada persona alguna como autor del delito falsamente denunciado, dicha actuación jurisdiccional necesariamente debe integrar el concepto de actuación procesal a los fines anteriormente señalados pues la única actuación procesal posible ante una denuncia sin presunto autor conocido es la incoación de diligencias y el sobreseimiento provisional. Y es que si la imputación se hubiera dirigido contra persona determinada la infracción criminal cometida sería la tipificada en el artículo 456 del CP.

(Sentencia núm. 252/2008, de 22 de mayo)

## ARTÍCULO 467

*Deslealtad profesional: Abogado o Procurador que perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados: existencia. Abogado que en juicio ejecutivo llega un acuerdo extrajudicial sin conocimiento ni consentimiento de su patrocinado, condonando casi la mitad de la deuda, pese a que fue requerido para que cesara como letrado de su cliente*

Respecto al delito de deslealtad profesional, los hechos probados son harto elocuentes y en ellos se contienen los elementos configuradores de esta infracción punitiva, que esta Sala ha venido perfilándolos y reduciéndolos a los siguientes:

a) que el sujeto activo sea un abogado o un procurador, esto es, se trata de un delito especial o de propia mano.

b) desde el punto de vista de la dinámica comisiva, que se despliegue una acción u omisión que en ambos casos derivará en un resultado.

c) como elemento objetivo, que se perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueron encomendados, sin que necesariamente tales perjuicios hayan de ser económicos, bastando también los morales.

d) desde el plano de la culpabilidad, un comportamiento doloso, en el que debe incluirse el dolo eventual, o bien un comportamiento culposo, en el que concurra «imprudencia grave».

En nuestro caso un asunto que llevó como letrado de los perjudicados, lo consensuó con los condenados en juicio ejecutivo, sin conocimiento ni asentimiento de los titulares del crédito, condonando casi la mitad de la deuda con ocasionamiento de un perjuicio a los acreedores y ello a pesar de haber sido requerido de cese con antelación como letrado de la empresa.

El pacto dañino realizado sin conocimiento y consentimiento del titular del crédito, en atención a la condición ostentada otrora de abogado del asunto y conocido de los deudores, encierra los elementos típicos del delito.

El motivo no puede prosperar.

(Sentencia núm. 431/2008, de 8 de julio)

## ARTÍCULO 576

*Colaboración con banda armada. Diferencias con integración en banda armada. Actos de colaboración: existencia: presta su domicilio para que se realicen reuniones que tienen la finalidad de conseguir integrantes del terrorismo islámico; dispuesto a seguir los postulados de su mentor; en su labor de llevar a cabo la Yijad, encontrándose una huella suya en un Corán hallado en vivienda donde se inmolaron varios miembros del terrorismo islámico, autores de los atentados del 11-M*

La jurisprudencia de esta Sala ha señalado, que el tipo de colaboración con banda armada descrito en el artículo 576 CP, despliega su más intensa funcionalidad en los supuestos de colaboraciones genéricas, que favorecen el conjunto de las actividades o la consecución de los fines de la banda armada, constituyendo su esencia poner a disposición de la organización, conociendo sus métodos, informaciones, medios económicos y de transporte, infraestructura o servicios de cualquier tipo, que la aquélla obtendría más difícilmente sin dicha ayuda externa, prestada precisamente por quienes, sin pertenecer a ella, le aportan su voluntaria colaboración, prescindiendo en todo caso de la coincidencia de los fines. Se trata, en suma, de un delito que es aplicable precisamente cuando no está relacionado específicamente con otros delitos, constituyendo un tipo de mera actividad o peligro abstracto, como se deduce del último párrafo del apartado segundo del precepto (cf. SSTS 1230/1997, 197/1999 ó 532/2003). Pero también se ha puntualizado (STS 800/2006, de 13 de julio), que el delito de colaboración con banda armada, organización o grupo terrorista exige que la aportación sea objetivamente relevante, pero no que como consecuencia de ella se alcance el éxito pretendido. Es decir, basta que la acción sea potencialmente eficaz. Pero también es necesario que se describa suficientemente cuál es el acto de colaboración, sin imprecisiones ni vaguedades.

En efecto, la jurisprudencia de esta Sala ha efectuado el deslinde entre los delitos de integración en banda armada de los artículos 515 y 516 y de colaboración con banda armada del artículo 576, ambos del Código Penal, en relación a la intensidad y persistencia de la persona en la estrategia y métodos de la organización terrorista, de tal modo que el integrante en banda armada aparece en comunión más fuerte y nuclear con la patógena ideología que vertebrata la actividad terrorista en una permanente renovación de la voluntad de formar parte de la empresa criminal que es la actividad terrorista participando de sus discursos y de su actividad, sin perjuicio de que si, se acreditara la intervención del integrante en concretos actos de terrorismo, sin riesgo de vulneración del principio *non bis in idem*, procedería, además de la sanción por el delito de integración, el que pudiera corresponder por el acto de terrorismo enjuiciado —SSTS 1346/2001, de 28 de junio, y 1562/2002, de 1 de octubre.

Por contra, el delito de colaboración con banda armada supone un grado claramente inferior en la medida que partiendo de una cierta adhesión ideológica (no exigida estrictamente por el tipo), lo relevante es la puesta a disposición de la banda, de informaciones, medios económicos, transporte, en definitiva ayuda externa voluntariamente prestada por quien sin estar integrado en aquélla, realiza una colaboración de actividad que, en sí misma considerada, no aparece conectada con concreta actividad delictiva. Por ello, son notas distintivas del delito de colaboración —entre otras, STS 29 de noviembre de 1997—, *a*) su carácter residual respecto del delito de integración; *b*) es un tipo autónomo que supone un adelantamiento de las barreras de protección por razones de política criminal, de suerte que si los actos de colaboración estuvieran relacionados, causalmente, con un hecho delictivo concreto se estaría en el área de la participación en tal delito —nuclear o periférico— pero no el de la colaboración; *c*) por ello, es un delito de mera actividad y de riesgo abstracto que se suele integrar por una pluralidad de acciones por lo que tiene la naturaleza de tracto sucesivo, el propio tipo penal se refiere a la colaboración en plural «... son actos de colaboración...» y *d*) se trata de un delito doloso, es decir, intencional en el sentido de que el dolo del autor debe conocer y querer la colaboración que presta a la banda armada, estando incluido el dolo eventual para colmar las exigencias del tipo.

En efecto, como declaran las sentencias de esta Sala 197/1999, de 16 de febrero, y 1230/1997, de 10 de octubre, entre otras, el delito de colaboración con banda armada antes penado en el artículo 174 bis *a*) del Código Penal 1973 y ahora en el artículo 576 del Código Penal 1995, no se limita a los supuestos exclusivos de colaboración con las actividades armadas, es decir, en actuaciones dirigidas a atentar violentamente contra personas y contra bienes, ya que en este ámbito de la colaboración directa en los atentados violentos el referido tipo solamente cumple una función alternativa respecto de la sanción de los hechos como coautoría o complicidad en los concretos delitos cometidos, asesinatos, estragos, secuestros, mientras que donde el tipo despliega su más intensa funcionalidad es en los demás supuestos de colaboraciones genéricas, que favorecen el conjunto de las actividades o la consecución de los fines de la banda armada. Es decir que se integran en el delito todos los supuestos de facilitación de informaciones que coadyuvan a las actividades de la Organización armada, tanto si proporcionan directamente datos sobre víctimas seleccionadas previamente por la organización para un eventual atentado, como si se limitan a facilitar información genérica sobre víctimas posibles, no contempladas todavía en la planificación de la organización para un atentado previsto pero que, por sus características personales o profesionales (miembros de las fuerzas de seguridad, por ejemplo), constituyen eventuales objetivos, e incluso si dicha información constituye una aportación eficaz al funcionamiento de la banda (facilita la comunicación entre los comandos o de éstos con la cúpula de la organización, favorece la obtención de medios económicos, trans-

portes, entrenamiento, reclutamiento, etc.), en cuestiones distintas a las acciones armadas, propiamente dichas.

En definitiva, la esencia del delito de colaboración con banda armada consiste en poner a disposición de la misma, conociendo sus métodos, determinadas informaciones, medios económicos o de transporte, infraestructura o servicios de cualquier tipo, que la organización obtendría más difícilmente —o en ocasiones le sería imposible obtener—, sin dicha ayuda externa, prestada precisamente por quiénes, sin pertenecer a ella, le aportan su voluntaria aportación.

Por ello el delito de colaboración con banda armada incluye aquellas acciones que, realizadas voluntariamente con este fin, facilitan cualquier de las actividades de la organización, y no solamente las acciones armadas. Y ello prescindiendo de la coincidencia de fines, pues lo que aquí se sanciona no es la adhesión ideológica ni la prosecución de determinados objetivos políticos o ideológicos, sino el poner a disposición de la banda armada determinadas aportaciones, conociendo que los medios y métodos empleados por la organización consisten en hacer uso de la violencia, es decir, del terror y de la muerte, cuando en un Estado Social y Democrático de Derecho, como el nuestro, existen cauces pacíficos y democráticos para la prosecución de cualquier finalidad política.

Se trata en suma, de un delito que es aplicable precisamente cuando no está relacionado específicamente con otros delitos, constituyendo un tipo de mera actividad o peligro abstracto, como se deduce del último párrafo del apartado segundo del precepto (SSTS 532/2003 y 240/2004), puntualizando la STS 785/2003, de 29 de mayo, que, evidentemente, en cada caso concreto —todo enjuiciamiento es un concepto esencialmente individualizado—, habrán de ser analizados los perfiles y actuaciones de las personas implicadas a los efectos de determinar si se está en presencia de un supuesto de integración o de colaboración —SSTC 1346/2000, de 17 de julio, 546/2002, de 20 marzo, entre otras—, o se trata de un hecho atípico.

En esta dirección se decía en la STS 580/2005, de 6 de mayo, que la esencia del delito de colaboración con banda armada consiste en poner a disposición de la banda, conociendo sus métodos, determinadas informaciones, medios económicos o de transporte, infraestructura o servicios de cualquier tipo, que la Organización obtendría más difícilmente —o en ocasiones le sería imposible obtener— sin dicha ayuda externa, prestada precisamente por quiénes, sin pertenecer a ella, le aportan su voluntaria aportación.

Según la STS 797/2005, de 21 de junio, «El artículo 576 CP castiga a los que lleven a cabo, recaben o faciliten, cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una banda armada, organización o grupo terrorista, precisando, seguidamente, que son actos de colaboración, entre otros, “la ocultación o traslado de personas vinculadas a bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas”. Para la comisión de este delito, basta, por tanto, la conciencia de que el acto o la conducta de que se trate sirva o favorezca a la banda u organización terrorista, y la voluntad de llevarla a cabo, sin necesidad de ningún otro requisito».

Llegados a este punto, la doctrina examinada tanto constitucional como de esta Sala, permite comprobar que será el carácter reiterado de forma regular, de las acciones violentas, capaces de crear en la población la situación de alarma o inseguridad, así como la finalidad perseguida, lo que configurará la acción como terrorista, frente a las acciones aisladas o no permanentes que no alcanzarían tal consideración. Y, que, de cualquier modo, el concepto terrorismo, organización o grupo terrorista, piensa la STS 50/2007, de 19 de enero, no siempre se identifica con el de banda armada, sino que es la naturaleza de la acción cometida, la finalidad perseguida con esta actuación,

la que determina el carácter terrorista o no de la misma, para cuya comisión se constituye, o en la que incurre una vez constituida.

Este concepto de terrorismo (y consecuentemente de organización o de grupo terrorista) es el que acoge el Código Penal en su artículo 571, refiriéndose a los que pertenecen, actúan al servicio o colaboran con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública.

Consecuentemente, nos corresponderá examinar ahora, dado el cauce casacional seguido por el recurrente, si desde el respeto a los derechos declarados probados, la conducta que le es imputada constituye el delito de colaboración con banda, organización o grupo terrorista del artículo 576 CP.

En principio, este carácter, respecto Al Qaeda, se deduce de forma nítida e inequívoca del relato fáctico.

«A lo largo de los últimos años miembros de distintas facciones de la organización Al Qaeda se han venido desplazando por países europeos para tratar de captar, entre los jóvenes musulmanes, miembros para su organización. Para ello se sirven de una enseñanza radical del Islam, dirigida a justificar la Yijad —también denominada jihad o hijad— (guerra santa), entendida como la obligación de combatir con los hermanos musulmanes so pretexto de la persecución de que están siendo objeto por los Estados Unidos y por otros países de Occidente incluida Europa, a fin de lograr el aniquilamiento de todos aquellos que por no compartir sus principios reputan infieles, mediante el empleo de la violencia contra personas y cosas, aceptando su propia inmolación. Una vez que en el plano ideológica consiguen crear sus adeptos a la guerra santa, algunos de ellos llegan incluso a recibir formación en el manejo de explosivos o hasta de formación militar. Para ello en ocasiones se llega a acudir a bases que ya se encuentran fuera de Europa, principalmente en Afganistán y Pakistán. De ese modo van logrando adeptos que o bien están preparados para combatir directamente en los países en conflicto, como Afganistán o Irak, o bien están dispuestos a constituir en su país de residencia lo que se denominan células durmientes, en las que sus miembros llevan una vida aparentemente dentro de la legalidad, pero en una completa disposición a cumplir cualquier instrucción de ataque, que se les pueda hacer llegar, en cualquier momento.

Uno de estos miembros de una facción de Al Qaeda, que desde los años 2001 y 2002 se desplazaba a España con esta finalidad, era Andrés (que actualmente cumple condena en Marruecos, por delito de pertenencia a una asociación terrorista islámica, tras su detención en ese país en mayo de 2003). Para desarrollar en España esta actividad de captación actuaba junto con Marcelino —Gamba— (fallecido en abril de 2004 en la explosión del piso de la Calle 002 de Leganés.»

Y la concreta colaboración del recurrente en esta actividad se recoge asimismo en los hechos probados, al añadir: «Durante sus estancias en Madrid, Andrés organizó, junto con Marcelino —Gamba—, varias reuniones con miembros de la comunidad musulmana, en su labor de captación de adeptos para la guerra santa, con el objetivo expuesto, en las que se justificaba el islamismo más violento y radical. Estas reuniones se llevaron a cabo en varios lugares y entre ellos en el domicilio de Ernesto, marroquí de origen, mayor de edad, sin antecedentes penales, en la Calle 001, núm. 002, en San Cristóbal de los Ángeles, Villaverde, Madrid.

Ernesto aceptaba dejar su casa de la calle 001 a Andrés para que se celebrasen estos encuentros, sabiendo que en estas reuniones eran para buscar adeptos para la yihad».

Por tanto, debe mantenerse la calificación jurídica efectuada por la Sala de instancia. El recurrente considera que el relato de hechos probados no define una plura-

lidad de personas que reúnan las condiciones de organización terrorista. Sin embargo, esta apreciación no es adecuada, ya que los hechos no dicen que el recurrente forma parte de una organización que se componga de las personas que se señalan en ellos, sino que de su lectura se deduce que deja su casa para que dos personas pertenecientes Al Qaeda lleven a cabo una labor de proxenetismo, conociendo la finalidad de esos encuentros, colaborando, en suma, con esas personas, y no podemos olvidar que el delito de colaboración con banda armada, incluye aquellas acciones que, realizadas voluntariamente con este fin, facilitan cualquiera de las actividades de la Organización, y no solamente las acciones armadas. Y ello prescindiendo de la coincidencia de fines, pues lo que aquí se sanciona no es la adhesión ideológica ni la prosecución de determinados objetivos políticos o ideológicos, sino el poner a disposición de la banda armada determinadas aportaciones, conociendo que los medios y métodos empleados por la organización consisten en hacer uso de la violencia, es decir, del terror y de la muerte, cuando en un Estado Social y Democrático de Derecho existen cauces pacíficos y democráticos para la prosecución de cualquier finalidad política.

(Sentencia 304/2008, de 5 de junio)

# CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

M.<sup>a</sup> CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Universidad de Alcalá de Henares

## Consultas

### CONSULTA 1/2008, ACERCA DE LA EXIGENCIA DEL REQUISITO DE CONVIVENCIA ENTRE EL AGRESOR Y LOS ASCENDIENTES, DESCENDIENTES Y HERMANOS PARA LA TIPIFICACIÓN DE LOS HECHOS COMO DELITO DE VIOLENCIA DOMÉSTICA PREVISTO EN LOS ARTÍCULOS 153 Y 173 DEL CÓDIGO PENAL

#### I. PLANTEAMIENTO Y OBJETO DE LA CONSULTA

La presente consulta tiene por objeto la fijación del criterio que debe seguir el Ministerio Fiscal en orden a la interpretación acerca de la exigencia o no del requisito de convivencia entre determinados parientes para calificar las conductas definidas como delitos de violencia doméstica en los artículos 153 y 173.2.º del CP, en la redacción dada tras las reformas operadas por la Ley Orgánica 11/2003 y por la Ley Orgánica 1/2004. El artículo 173.2.º castiga al que «habitualmente ejerza violencia física o psíquica» contra los parientes y personas integradas en el núcleo familiar que enumera, y en el artículo 153.1.º se castiga la conducta del «que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión», siendo de aplicación el párrafo segundo del artículo 153 «si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2». Concretamente se plantea la cuestión en los supuestos en que los actos tipificados en dichos artículos se refieren a conductas realizadas contra los «ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente».

La consulta se ha planteado por dos Fiscalías que exponen la contradicción que se está produciendo entre la posición que se mantiene por los Fiscales ante los Tribunales y el criterio que han adoptado algunos órganos jurisdiccionales respecto de la tipificación y el enjuiciamiento de estas conductas. Se estima necesario que por la Fiscalía General del Estado se determine el criterio que debe seguir el Ministerio Fiscal ante la diversidad de soluciones adoptadas. En determinadas Audiencias Provinciales las resoluciones son conformes con el criterio mantenido hasta el momento por el Ministerio Fiscal, estimando que se compadece mejor con la voluntad del legislador, mientras que otras, entre las que se encuentran las del territorio de las Fiscalías que plantean la consulta, se han decantado por la contraria, incluso variando la solución adoptada en un principio.

El Ministerio Fiscal hasta el presente momento, tanto para la calificación de los hechos como para la interposición de los recursos procedentes en caso de sentencias absolutorias o condenatorias por falta, ha entendido que no se precisa el requisito de convivencia conforme a la interpretación que se realiza en la Circular de la Fiscalía General del Estado n.º 4/2003. Así se estima que, tras la reforma de 2003, la voluntad del legislador es ampliar el ámbito de aplicación del precepto: «la mención a descendientes, ascendientes o hermanos» incluye expresamente a los que lo sean por «naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente», sin exigirse —como se hacía antes— ningún requisito de convivencia con el agresor ya que la mención del precepto a «que con él convivan» se refiere en exclusiva a «los menores e incapaces» como se deduce de la separación de grupos que va efectuando el precepto detrás de cada expresión «o sobre»; en consecuencia, quedan incluidos aún cuando no mediara convivencia con el agresor los ascendientes o hermanos por afinidad e, igualmente, los descendientes incluso mayores de edad aun cuando al llevar vida independiente no convivieren con el agresor».

Ello no obstante, recientemente algunas Audiencias Provinciales, en sentencias, autos y en acuerdos para unificación de doctrina, así como el Tribunal Supremo, en la única sentencia en la que se ha pronunciado sobre esta materia, Sentencia de la Sección 1.ª de la Sala de lo Penal n.º 201/2007 de 16 de marzo, aplican un criterio distinto, entendiendo que para calificar los hechos como constitutivos de los delitos citados entre ascendientes, descendientes y hermanos por consanguinidad o afinidad debe concurrir el requisito de convivencia.

## II. ARGUMENTOS FAVORABLES AL CRITERIO MANTENIDO POR EL MINISTERIO FISCAL

La postura que considera que no se requiere la circunstancia de convivencia ente el agresor y la víctima cuando ésta tiene alguno de los vínculos de parentesco citados, se basa en la interpretación del precepto en los términos que pasamos a exponer, por entender que es la más acorde con la voluntad del legislador de ampliar el círculo de protección a relaciones próximas de parentesco para luchar contra la lacra de la violencia doméstica.

En las resoluciones judiciales que adoptan este criterio, se hace un examen de los diferentes grupos de personas que se enumeran en el artículo 173.2.º del CP. Así se distinguen varias categorías según la relación o parentesco que les une con el agresor y se hace una interpretación de acuerdo con el significado gramatical de la conjunción «o» que separa frases, palabras o contenidos diferentes. De este modo

se entiende que el legislador hace una expresa referencia a la necesidad del requisito de la convivencia en el caso de los menores o incapaces que convivan con el agresor, y a cualquier otra persona amparada en cualquier otra relación «por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar». De ello deducen que, al no hacer una expresa mención a ello en el grupo que le precede en la citada relación, esto es a los ascendientes, descendientes y hermanos, tal requisito no debe aplicarse.

Así, entre otras, podemos citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de fecha 13 de febrero de 2007, que estima el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal con los siguientes argumentos : «La lectura del mentado precepto conlleva entender, en lo que aquí importa, que contempla como posibles sujetos pasivos del delito a descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, sin exigir que convivan con el agresor, convivencia que sí se exige tanto para los menores o incapaces no familiares, a quienes se contempla en el precepto de forma diferenciada a los ascendientes, descendientes o hermanos, precedidos también de la preposición «sobre», como a los demás no familiares, pero integrados en el núcleo de convivencia familiar. Así, tipifica como delito conductas que, en otro caso, no tendrían sino la consideración de faltas, en supuestos en los que concurre una relación de parentesco próximo, en otros en los que se da una relación de afectividad análoga a la conyugal, en otros en los que se da una relación de potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho y, por fin, en otros casos en los que, sin dichos parentesco o relación tuitiva —o asimilados— existe una relación de convivencia, siendo precisamente esta convivencia la que lleva al legislador a incluir tales supuestos en el ámbito de protección de la norma, y a equipararlos así a los otros supuestos en los que el especial lazo que une a agresor y agredido existe indudablemente, aun sin dicha convivencia. Esta es la interpretación que se ajusta al tenor literal del precepto, sin que resulte exceder de su ámbito de protección, que incluye, como mínimo, las relaciones familiares, y que se ajusta a los criterios lógico, sistemático y teleológico que deben presidir las interpretaciones jurídicas. Con arreglo a ella se incluyen entre los posibles sujetos pasivos del delito tanto los hermanos del agresor, como los del cónyuge, sin necesidad de convivencia con dicho agresor». En el mismo sentido, entre otras, se pronuncian las Audiencias Provinciales de Pontevedra (S. de 10 de enero de 2007), Granada (S. de 8 de marzo de 2007), Albacete (SS de 7 de diciembre de 2006, 20 de febrero de 2007 y 16 de octubre de 2006), Lugo (S. de 28 de noviembre de 2006) Girona (S. de 9 de febrero de 2005).

Esta interpretación, como se menciona al inicio, es coincidente con la adoptada por el Ministerio Fiscal, conforme se recoge en la Circular n.º 4/2003 de la Fiscalía General del Estado, que se cita expresamente en los Fundamentos de alguna de las resoluciones mencionadas.

### III. NUEVA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE LOS ARTÍCULOS 173.2.º Y 153.2.º DEL CP

La posición contraria, que se está imponiendo como mayoritaria en las distintas resoluciones de las Audiencias Provinciales, así como en la sentencia del Tribunal Supremo que ha resuelto sobre esta materia, considera por el contrario que es preciso el requisito de convivencia para la aplicación de los artículos 153 y 173 del CP.

En primer lugar hay que hacer referencia a la Sentencia n.º 201/2007 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 16 de marzo de 2007, de la que es Ponente D. Perfecto Andrés Ibáñez, que en su Fundamento de Derecho Primero, dice textualmente:

«Primero. Invocando el artículo 849,1.º LECrim, se ha alegado indebida aplicación del artículo 153 CP, en lo relativo a la agresión de que pudo haber sido objeto Teresa, la hermana de María Consuelo. El argumento es que la misma no mantenía ninguna relación de convivencia con el acusado y, en tal sentido, era ajena al círculo familiar.

La Audiencia, como el Fiscal, en este caso, ha entendido que ese primer precepto en su relación con el segundo es aplicable también cuando se trata de personas de las enumeradas en éste y a las que aquél remite, bastando que exista una relación de parentesco de las tomadas en consideración, aun sin convivencia.

El artículo 173.2.º CP, en su primer inciso, se refiere –como posibles sujetos de la violencia que castiga– al que sea o hubiera sido (1) «cónyuge» y a la persona que hubiese podido estar ligada al sujeto activo por «una análoga relación de afectividad», y, en ambos casos, con atención exclusiva a tal vínculo, que opera «aun sin convivencia». Después lo hace a los (2) «descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad». Y, en fin, a (3) menores o incapaces que convivan con aquél o que (4) guarden cierto tipo de relación de dependencia con el cónyuge o conviviente del mismo, a (5) personas integradas de algún otro modo en el núcleo familiar y a las que (6) por ser especialmente vulnerables estén internadas en algún centro.

La atormentada redacción del precepto y la variedad de situaciones que contempla ha dado lugar a inevitables problemas de interpretación. Al respecto, en el caso de la segunda categoría de sujetos (2), que no está acompañada de referencia alguna a convivencia, en contraste con lo que ocurre en (3), se ha entendido en ocasiones que, precisamente por ello, a contrario sensu, debería entenderse que no opera tal requisito.

Pero lo cierto es que la norma –que, no se olvide, pertenece al derecho punitivo– admite otra lectura más racional y menos extensiva de su radio de acción. Se trata de asociarla al inciso precedente (1) que incluye una categoría de personas, las más golpeadas por esta clase de hechos, que, en su caso, se persiguen aún sin que medie convivencia. Y, habrá que concluir que debido a ese dato estadístico, que además guarda estrecha relación con las profundas implicaciones psico-afectivas que generalmente conlleva tal clase de vínculos sentimentales, que determinan, además, un plus de exposición de la mujer en el caso de ruptura. Tal modo de operar del legislador obliga a entender que en el supuesto específico de los descendientes, ascendientes o hermanos» sí se requiere convivencia para que resulte de aplicación el precepto considerado y también el del artículo 153 CP.

Esta opción está asimismo abonada por otras consideraciones. La primera de orden político-criminal, y es que carecería de sentido, a tenor de la ratio de la norma, elevar a la categoría de delitos conductas, en general, consideradas como faltas, cuando inciden sobre personas ajenas al núcleo familiar y que no estén en alguna de las situaciones de debilidad o desamparo que son propias de las posteriormente relacionadas. La segunda tiene que ver con la evolución del tratamiento legislativo de este asunto: la redacción inicial del artículo 153 del CP 1995 exigía convivencia en todos los casos; la reforma de la LO 14/199 mantenía la misma exigencia; y fue la LO 11/2003, a la que se debe la formulación actual del precepto, la que en los supuestos considerados eliminó la necesidad de convivencia, en casos como los de (2) que, justamente, no son de los que, en rigor, se consideran de «violencia de género».

Por todo, hay que dar la razón al recurrente, lo que obliga a entender que la acción relativa a Teresa no es de las comprendidas en el artículo 153 CP, y el motivo debe estimarse».

La jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, se basa en argumentos semejantes a los empleados por el Tribunal Supremo.

En primer lugar se propone una interpretación distinta del precepto que considera que la norma distingue entre varias situaciones personales. Un primer grupo referido a los cónyuges o personas que mantengan en la actualidad o en el pasado una análoga relación de afectividad, para las que el precepto extiende la protección «aún sin convivencia». Otra serie de relaciones referidas a menores o incapaces, y a personas integradas en el núcleo familiar para las que expresamente se exige el requisito de convivencia con el autor, dado que la extensión de la protección penal se basa precisamente en que la convivencia es el factor de integración en el núcleo familiar. Por último la que es objeto de la presente consulta: hermanos, ascendientes o descendientes, para los que la circunstancia de convivencia ni se requiere ni se excluye de modo expreso.

En relación con este último grupo, la aplicación del tipo especial que eleva a categoría de delito las conductas que ordinariamente son constitutivas de falta debe efectuarse con cautela. Sancionar de esta forma cualquier agravio entre familiares en que concurren estos grados de parentesco, supondría una extensión desmesurada, por cuanto abarcaría todo altercado entre familiares aunque no tengan una relación frecuente, incluso al que surgiera esporádicamente entre parientes cuyos vínculos estuvieran muy distendidos y carecieran de trato habitual. Los partidarios de esta posición razonan que el legislador ha llevado a cabo las reformas operadas en los artículos 153.2.º y 173.2.º atendiendo a la necesidad de abordar de forma satisfactoria el fenómeno de la «violencia doméstica» y que, semánticamente, este ámbito se define por las relaciones de convivencia. Conforme al *Diccionario de la Real Academia Española*, el término doméstico proviene del latín (*domesticus*, de *domus*, casa), y como primera acepción se define como: «Perteneiente o relativo a la casa u hogar.»

Entre otras resoluciones podemos citar: Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de septiembre de 2007, Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 24 de julio de 2007, en la que el órgano judicial cambia el anterior criterio mantenido en anteriores resoluciones y acoge la nueva doctrina del Tribunal Supremo, Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 11 de julio de 2007, Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 28 de febrero de 2007 y 30 de enero de 2007, Audiencia Provincial de Asturias de 11 de diciembre de 2006.

A la misma conclusión se llega mediante la consideración del bien jurídico protegido como la «paz familiar», que lleva a sancionar aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir el ámbito familiar en un microcosmos cerrado regido por el miedo y la dominación, consideración que trasciende el tradicional de la integridad física y moral de la víctima, estimando que se penaliza la violencia doméstica cuya grave incidencia en la convivencia familiar es innegable. La aplicación de la norma debe atender a las relaciones familiares que se basan en situaciones de supremacía de unos miembros sobre otros lograda a través de comportamientos violentos y coactivos, que difícilmente se puede predicar de agresiones entre parientes que no mantienen una relación de convivencia.

Como ha establecido reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (SS 24 de junio de 2000, 22 de enero de 2001, 18 de abril de 2002 y 24 de marzo de 2003), el delito de maltrato familiar o violencia doméstica habitual tipificado en el actual artículo 173.2.º del CP, constituye un plus diferenciado de los individuales actos de agresión que lo generan, según el acertado criterio del CP de 1995. El bien jurídico

protegido, trasciende y se extiende más allá de la integridad personal, al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden, como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad, artículo 10 de la Constitución, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes, conforme al artículo 15 CE, y en el derecho a la seguridad artículo 17 CE, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia del artículo 39 CE

Esta interpretación ha tenido acogida en el seno de algunas Audiencias Provinciales que la han plasmado en acuerdos sobre unificación de criterios en el orden penal. Así el Pleno de la Audiencia Provincial de Madrid, en acuerdo de fecha 25 de mayo de 2007 determina: «La interpretación del requisito de la convivencia para los distintos grados de parentesco en los artículos 153 y 173 del CP. Los supuestos de los sujetos activos descendientes, hermanos y padres de la víctima que no conviven con ella. El tipo penal de lesiones del artículo 153 del CP no es aplicable a los hermanos, ascendientes y descendientes de la víctima cuando no conviven con ésta en el mismo domicilio.», El Pleno de la Audiencia Provincial de Cantabria, en acuerdo de fecha 26 de octubre de 2007 de unificación de criterios, acordó por unanimidad que en los artículos 153 y 173 del CP, en el supuesto de los descendientes, ascendientes o hermanos «se requiere la convivencia con el agresor para entender aplicables tales preceptos».

IV. CONSIDERACIONES SOBRE LA ADOPCIÓN DE LA SOLUCIÓN MÁS ADECUADA. UNA VEZ EXPUESTOS LOS ARGUMENTOS EN QUE SE BASAN LAS DIFERENTES RESOLUCIONES JUDICIALES, SE HACE PRECISO EN ESTE PUNTO ABORDAR LA POSICIÓN QUE DEBE MANTENER EN ADELANTE EL MINISTERIO FISCAL. SI SE CONTINÚA CON EL CRITERIO QUE SE FIJÓ EN LA CIRCULAR N.º 4/2003, QUE PRESCINDE DEL REQUISITO DE CONVIVENCIA ENTRE LOS ASCENDIENTES, DESCENDIENTES O HERMANOS, POR NATURALEZA, ADOPCIÓN O AFINIDAD, PROPIOS O DEL CÓNYUGE O CONVIVIENTE O, POR EL CONTRARIO, SE ADOPTA LA SOLUCIÓN QUE ÚLTIMAMENTE SE ESTÁ IMPONIENDO EN LAS RESOLUCIONES DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES Y EL TRIBUNAL SUPREMO

Como hemos visto, el artículo 173.2.º, al que expresamente se remite el artículo 153.2.º, puede ser objeto de una interpretación más restrictiva que también se estima acorde con la voluntad del legislador al efectuar la reforma de estos tipos penales en la Ley Orgánica 11/2003.

En su declarado propósito de abordar el fenómeno de la violencia doméstica de forma multidisciplinar, y específicamente, en lo que aquí nos ocupa, con medidas legislativas orientadas a disuadir de la comisión de estos delitos, en su Exposición de Motivos expresamente dice: «En esta línea, en primer lugar, las conductas consideradas en el CP como falta de lesiones, cuando se cometen en el ámbito doméstico pasan a considerarse delitos»... En segundo lugar, respecto de los delitos de violencia doméstica cometidos con habitualidad, se les dota de una mejor sistemática, se amplía el círculo de sus posibles víctimas». El legislador, como vemos, centra su atención en el ámbito doméstico y establece el catálogo de posibles víctimas atendiendo al delito

de violencia doméstica cometido con habitualidad. Estas dos declaraciones de intención pueden dar las pautas para efectuar una interpretación acorde con la finalidad perseguida por el legislador.

La reforma, como vemos, se dirige a la prevención y represión del fenómeno de violencia doméstica habitual, sancionando las conductas que tienden a convertir la relación familiar en un ámbito cerrado definido por el miedo y por relaciones de dominación. Como dice el mismo artículo 173 en su párrafo 3.º: «Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores». De la lectura de este párrafo se deduce que el legislador, al establecer el círculo de personas susceptibles de padecer este tipo de agresiones, está pensando en la protección que se debe dispensar a la familia entendida como una comunidad estable definida por un ámbito de convivencia, porque de otro modo no se puede entender que se requiera «proximidad temporal» y ser de aplicación con independencia de que «se haya ejercido contra la misma o diferentes víctimas».

Esta consideración también encuentra un argumento favorable en la Circular de la Fiscalía General del Estado n.º 4/2003, que, al tratar del concepto de habitualidad del artículo 173.2.º del CP, dice: «el entendimiento inicial cuasiaritmético del requisito de la habitualidad, extraído en analogía de la doctrina dictada a propósito de la derogada usura habitual y de la receptación habitual de faltas (art. 299 CP), que exigía la constatación de al menos tres actos violentos, ha sido superado por la jurisprudencia que ha perfilado un concepto de habitualidad o reiteración en el maltrato sustentado en la prueba de la creación de un «clima de temor» en las relaciones familiares, más que en la constatación de un determinado número de actos violentos. Fiel exponente de esta idea son, entre otras, las SSTS 927/2000, de 24 de junio, 1208/2000, de 7 de julio y 1366/2000, de 7 de septiembre.»

Una interpretación coherente de ambos preceptos lleva a la consideración de que el catálogo de las potenciales víctimas de la violencia doméstica habitual definido en el artículo 173.2.º del CP, que se ha ampliado con la loable intención de que no quede impune ninguna de sus manifestaciones, debe ser entendido en idéntico sentido cuando se dirige a la represión de cada uno de los singulares actos de maltrato que se tipifican en el artículo 153, es decir, en el contexto de una relación de convivencia. No hay que olvidar que se consideran constitutivos de delito actos de maltrato y agresión leves que, de no mediar tal relación entre el agresor y la víctima, serían constitutivos de falta. De otro modo no se explicaría la remisión que se hace en el artículo 153 al 173 y nos encontraríamos con el efecto, sin duda no deseado, de que se daría la misma respuesta penal a situaciones diferentes.

No se puede sancionar igual un acto aislado de agresión leve entre dos sujetos cuyo único vínculo es un determinado grado de parentesco, y entre los que exclusivamente se mantienen contactos personales esporádicos, que cada uno de los aislados actos de agresión que, apreciados en su contexto, ponen de relieve situaciones de dominación basadas en el ejercicio de la violencia por el más fuerte contra él o los más débiles en el ámbito doméstico.

Así el artículo 173.2.º, y consecuentemente el artículo 153, al sancionar los actos de agresión constitutivos de violencia doméstica: «sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre

los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados» se basa para la protección penal en la efectiva relación bien de convivencia o bien de dependencia entre los agresores y las víctimas.

La única excepción que se contempla es respecto de los cónyuges y relaciones análogas, que se castigan «aún sin convivencia». El legislador hace constar expresamente, sólo en este caso, que se amplía el círculo de protección pese a no haber convivencia, dado que la experiencia ha demostrado que este grupo de personas está sometido a un riesgo mayor, puesto que en muchas ocasiones la ruptura de la convivencia se convierte en el detonante de la agresión, al no aceptar el autor que la persona salga de su círculo de dominación.

Por tanto, a los efectos que nos ocupan, se estima que únicamente se plantea el problema de la exigencia del requisito de convivencia en relación con los ascendientes, descendientes o hermanos del agresor o de su cónyuge o conviviente, en los casos en los que no se encuentren incluidos en el ámbito de protección de la norma por cualquier otro de los supuestos a que se refiere el artículo 173.2 del CP, en atención a su situación de dependencia.

## V. CONCLUSIONES

Como hemos podido apreciar, la aplicación efectiva de la norma ha dado lugar a problemas de interpretación que han sido resueltos de forma dispar por los órganos judiciales. En este punto también conviene hacer expresa mención de la preocupación expresada por las distintas Fiscalías en sus memorias correspondientes al año 2007 sobre la disparidad de criterios que se aplican en esta materia. Por algunos Fiscales Jefes se considera que quizá la solución más adecuada sería efectuar una reforma legislativa que otorgara una redacción más precisa a la enumeración de los sujetos pasivos del precepto.

Por todo ello, se hace preciso revisar el criterio de actuación del Ministerio Fiscal para que de una forma uniforme se postule ante los Tribunales, estableciendo la pauta de actuación unitaria que, en el ámbito práctico, puede tener como efecto el de armonizar la jurisprudencia sobre esta materia.

La posición inicial del Ministerio Fiscal, reflejada en la Circular n.º 4/2003, se basaba en una determinada interpretación conforme a la literalidad del precepto que, como se ha visto en la práctica, tras más de cuatro años de vigencia, conduce, en determinados casos, a resultados no satisfactorios, por cuanto extiende el tipo agravado a situaciones que no pueden encuadrarse con propiedad en el fenómeno de la violencia doméstica.

En atención a las consideraciones que se han hecho en los anteriores apartados, se puede estimar, sin hacer una interpretación forzada, ya que tiene su acomodo tanto en sentido propio de sus palabras como en el espíritu y finalidad de la norma, que es más acorde con el propósito de prevención y represión de la violencia doméstica, sancionar más gravemente los casos que se producen en el marco de una comunidad familiar estable que no se basa únicamente en los meros vínculos de parentesco. Es en el ámbito de la convivencia entre hermanos, ascendientes y descendientes en el que

cobra un auténtico sentido la protección del miembro más débil respecto del más fuerte y evitar así situaciones basadas en relaciones de dominación.

Por todo ello, en adelante, las señoras y los señores Fiscales, en el supuesto de que las conductas tipificadas en los artículos 153.2.º y 173.2.º se cometan contra ascendientes, descendientes y hermanos, por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, entenderán como requisito necesario para la calificación de los hechos como delito que exista convivencia entre el autor y la víctima. Cuando no concurra dicho requisito los hechos a que se refiere el mencionado artículo se calificarán como falta.

Por lo expuesto, los Sres. Fiscales en el ejercicio de sus funciones velarán por el cumplimiento de la presente Consulta.

## INSTRUCCIÓN 1/2008, SOBRE LA DIRECCIÓN POR EL MINISTERIO FISCAL DE LAS ACTUACIONES DE LA POLICÍA JUDICIAL

### I. LA POLICÍA JUDICIAL EN LOS SISTEMAS DEMOCRÁTICOS

El origen del concepto de Policía Judicial está unido al desarrollo del Estado de Derecho. En la medida en que la Justicia se convierte en un Poder independiente aparece la distinción entre una función policial de seguridad y orden público, dirigida por el Poder Ejecutivo, y otra de investigación criminal, dependiente del Poder Judicial.

La existencia de una estructura de Policía Judicial no sólo refuerza la independencia del Poder Judicial, sino que permite realizar la actividad policial con la denominada –neutralidad del investigador– –STS 1207/95, de 1 de diciembre– y con la necesaria proyección jurídica para alcanzar validez en el proceso penal; proporcionando, además, en virtud de su especialización, mayor eficacia en la labor policial en el orden criminal.

El modelo español de Policía Judicial es fruto de la evolución histórica iniciada a finales del siglo XIX con la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 (LECrím), en el contexto histórico marcado por el régimen democrático instaurado con la Constitución de 30 de junio de 1876, pero es a partir de la promulgación de la Constitución de 1978 (CE) cuando se realiza el impulso legislativo que ha culminado en su configuración actual.

El título III del libro II de la LECrím se dedica a la regulación de la Policía Judicial, describiendo sus funciones en el artículo 282 y sus componentes en el artículo 283. Ni las posibilidades económicas, ni la configuración del Estado en el momento de su promulgación, permitieron la creación de un cuerpo específico de Policía Judicial, por lo que para su constitución hubo de acudir a la conversión en agentes de la Policía Judicial de una mezcla de autoridades no policiales y funcionarios administrativos (art. 283, 3.º, 5.º, 6.º, 7.º, 8.º y 9.º), junto con otros profesionales de la seguridad (art. 283, 1.º, 2.º y 4.º), con dependencias orgánicas muy diversas, unidos por el nexo establecido en el artículo 283 LECrím de ser auxiliares de los Jueces y Tribunales competentes en materia penal y del Ministerio Fiscal, quedando obligados a seguir las instrucciones que de aquellas autoridades reciban a efectos de la investigación de los delitos y persecución de los delincuentes. El Tribunal Supremo viene entendiendo que la enumeración que se efectúa en el artículo 283 LECrím tiene carácter enunciativo,

no exhaustivo, y está en vigor, aunque requiera de una interpretación actualizada de conformidad con los principios constitucionales –STS 51/2004, de 23 de enero; 942/2004 de 22 de julio; 202/2006 de 2 de marzo; 506/2006 de 10 de mayo; 562/2007, de 22 de junio; 831/2007, de 5 de octubre, entre otras–.

En el mismo sentido, la Consulta 2/99 de la Fiscalía General del Estado expresa que el marco legal de referencia al que remite el artículo 126 CE como definidor de los términos en que se debe mover el desempeño de la función de Policía Judicial comprende, no excluye, al precedente artículo 283 LECR cuya vigencia no se ve comprometida en este punto por la entrada en vigor de la CE y de la LOPJ.

No obstante, si bien la regulación de la Policía Judicial contenida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 no ha sido derogada, sí ha quedado superada, de un lado, por el desarrollo social, económico y tecnológico, y de otro, por el modelo establecido por la Constitución de 1978 y por el desarrollo legislativo posterior.

## II. EL SISTEMA ESPAÑOL DE POLICÍA JUDICIAL

El artículo 126 CE establece que la Policía Judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca.

El texto constitucional no establece un modelo de Policía Judicial sino que tan sólo señala dos únicas exigencias al legislador: una, la necesidad de crear y regular la Policía Judicial y, dos, que la misma tenga una dependencia funcional de Jueces, Tribunales y Ministerio Fiscal. Dicho con los términos de la Consulta 2/1999 de la Fiscalía General del Estado, la Constitución enuncia la tarea que incumbe a la Policía judicial, pero no atribuye la función a ningún órgano, ni efectúa la distribución material y geográfica de la competencia. En rigor, tampoco predetermina si ha de constituirse como cuerpo específico o como mera función ejercitable por los Cuerpos de Seguridad, ni si su régimen de dependencia de Jueces y Fiscales debe ser orgánico o funcional, por lo que deja en manos del legislador un extenso margen de libre configuración.

El indicado mandato constitucional no ha sido desarrollado con una legislación integral sobre Policía Judicial. Su regulación se encuentra dispersa en diversos artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en otras disposiciones de variado objeto y rango normativo, principalmente en la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) –modificada a estos efectos por LO 19/2003, de 23 de diciembre–, cuyo título III de su libro VII –arts. 547 a 550– se dedica a la regulación de la Policía Judicial; en la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (LOFCS), que, en el capítulo V de su título II, configura las denominadas –Unidades de Policía Judicial–, así como en el RD 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de Policía Judicial, modificado por RD 54/2002, de 18 de febrero, para incorporar a las Comisiones de Coordinación de Policía Judicial, a aquellas Comunidades Autónomas con competencia estatutaria en esta materia: País Vasco por Ley 4/92, de 17 de julio; Cataluña por Ley 10/94, de 11 de julio; y Navarra por Ley Foral 8/2006, de 20 de junio.

El resultado de la evolución legislativa a partir de la estructuración jurídico-política establecida por la CE, ha determinado la configuración de un sistema de Policía Judicial que se caracteriza por su complejidad, en el que coexisten dos modelos: uno, de Policía Judicial Genérica y, otro, de Policía Judicial Específica:

A) El modelo de Policía Judicial Genérica o de primer grado, enraizado con la obligación general de auxiliar a la Justicia que compete a todos –art. 118 CE–, encuen-

tra su origen en el artículo 283 LECRIM que, como se ha expresado *ut supra*, sigue en vigor, dando lugar a una Policía Judicial de carácter colaborador, al cual se refiere la LOPJ de 1985, al expresar en su Exposición de Motivos que la Policía Judicial (–) es una (–) institución que coopera y auxilia a la Administración de Justicia. Así, el artículo 547 LOPJ establece que la función de la Policía Judicial comprende el auxilio a los juzgados y tribunales y al Ministerio Fiscal en la averiguación de los delitos y en el descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes. Esta función competirá, cuando fueren requeridos para prestarla, a todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tanto si dependen del Gobierno central como de las comunidades autónomas o de los entes locales, dentro del ámbito de sus respectivas competencias.

Dentro de este modelo de Policía Judicial Genérica, se pueden distinguir unos colaboradores específicos, como el Servicio de Vigilancia Aduanera –en la actualidad Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera–, conforme establece la disposición adicional primera de la LO 12/1995, de 12 de diciembre, sobre Represión del Contrabando, en el ámbito competencial de los delitos contemplados en la misma y que se ejerce en coordinación con otros cuerpos policiales; y, por otra parte, unos colaboradores genéricos integrados por las Policías Locales y las Policías Autonómicas de aquellas Comunidades Autónomas en cuyos Estatutos no existe previsión de creación de cuerpos policiales en los términos del artículo 37-3.º LOFCS.

Últimamente, el párrafo *q)* del artículo 6 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, modificado por la Ley 10/2006, de 28 de abril, ha atribuido la condición de Policía Judicial en sentido genérico a los agentes forestales.

B) El modelo policial concentrado que da lugar a una Policía Judicial Específica o en sentido estricto, a la que se refieren los 548 y siguientes de la LOPJ y 29 y siguientes LOFCS.

Este modelo responde a un concepto de Policía Judicial moderno que se basa en los principios de unidad de dirección y especialización, por ello el RD 769/1987, que así lo proclama, centra su regulación alrededor de lo que el artículo 30.1 LOFCS, denomina Unidades Orgánicas de Policía Judicial, integradas por funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía y por miembros de la Guardia Civil –art. 7 RD citado– cuyos principios rectores son los de permanencia, estabilidad y especialización, con estricta sujeción o dependencia funcional respecto de Jueces, Tribunales y Ministerio Fiscal en la ejecución de cometidos relativos a la averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente.

Si bien la LOFCS establece que las Policías Autonómicas y Locales se constituyen en colaboradores o partícipes –arts. 29.2, 38.2.b, 46 y 53.1.e) LOFCS– de la función de Policía Judicial, cuyo ejercicio se atribuye a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado –art. 11.1.g) LOFCS– que ejercitan su competencia mediante unidades constituidas sobre criterios de especialidad y exclusividad –art. 30.1 LOFCS–, nada se opone a su coexistencia con la indicada legalidad autonómica, fruto de la cual en la actualidad la Ertzaintza, los Mossos d'Escuadra y la Policía Foral de Navarra cuentan con Unidades Orgánicas de Policía Judicial.

En virtud del expresado sistema, lejos de crearse un cuerpo específico y diferenciado de Policía Judicial, coexisten los dos citados modelos: genérico y específico, con la única diferencia entre ambos de la especialización en técnicas de investigación con que cuentan los miembros de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial. Los miembros pertenecientes a éstas han de contar con la adecuada formación especializada –art. 30 LOFCS–, cursada en los correspondientes Centros de Formación y Perfeccionamiento o en el Centro de Estudio Jurídicos, que se acredita mediante la posesión del diploma correspondiente que constituye el requisito necesario para ocupar puestos en las mencionadas Unidades –art. 32 LOFCS–.

Los funcionarios policiales especializados que integran las Unidades Orgánicas de Policía Judicial, pueden compatibilizar sus funciones de Policía Judicial con otras orientadas a la prevención de la delincuencia o con aquéllas que se les encomiende como miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en virtud del mayor o menor grado de exclusividad que les otorgue el Ministerio del Interior, como Departamento que tiene atribuida la organización de las mencionadas Unidades, sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas en su ámbito territorial. En determinados casos, debido al alto grado de especialización técnica y profesional que han alcanzado algunas Unidades, se les ha otorgado el reconocimiento jurídico de Policía Científica, que les atribuye la condición procesal de peritos en lugar de testigos en las materias de su especialidad.

El principio de unidad de dirección tiene por objeto la armonización de las directrices requeridas para la eficacia en la actuación de las fuerzas policiales adscritas a la investigación criminal, particularmente en aquellos supuestos en que las conductas delictivas desborden el ámbito territorial de un solo órgano judicial y sean objeto de procedimientos tramitados por diversos Juzgados. Con tal finalidad, el RD 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de Policía Judicial, creó las Comisiones Nacional y Provinciales de Coordinación de Policía Judicial.

### III. EXTENSIÓN Y LÍMITES DE ACTUACIÓN DE LA POLICÍA JUDICIAL. –GENÉRICA– Y –ESPECÍFICA–

No ofrece dudas cuáles son las actuaciones que puede realizar la Policía Judicial especializada, pues el artículo 29.1 LOFCS establece que las funciones de Policía Judicial que se mencionan en el artículo 126 de la Constitución –averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente– serán ejercidas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, a través de las Unidades que se regulan en el presente capítulo. Dichas actuaciones deben realizarse en todo caso con absoluto respeto a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y a las demás formalidades legalmente establecidas. Sin embargo, se suelen plantear dudas acerca de la extensión de las actuaciones de investigación que puede realizar la denominada Policía Judicial Genérica, produciéndose situaciones de incertidumbre en los agentes policiales y de desconcierto en la percepción social, insostenibles en el ámbito de la investigación criminal, provocadas por resoluciones judiciales que otorgan distinta valoración jurídica a las actuaciones realizadas por cuerpos encuadrados en este modelo de Policía Judicial.

Ante la indicada situación, 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, a cuyo efecto es procedente establecer los criterios que deberán regir la actuación de los Sres. Fiscales en su función de dirección de la Policía Judicial, con el objeto de determinar la extensión y el límite de la actuación investigadora de la denominada Policía Judicial Genérica.

Ya ha quedado expresado anteriormente que el concepto de Policía Judicial Genérica o de primer grado guarda íntima relación con la obligación general de auxiliar a la Justicia que compete a todos –art. 118 CE–, y que el artículo 283 LECrim concreta para las autoridades, funcionarios y profesionales que enumera –algunos inexistentes en la actualidad– en la de seguir las instrucciones que reciban de jueces y fiscales a efectos de la investigación de los delitos y persecución de los delincuentes.

Esta concepción genérica de la Policía Judicial afecta a todos aquellos agentes administrativos con funciones policiales constituidos en colaboradores sin facultades investigadoras de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial, en virtud de lo dispuesto en los artículos 29.2, 38.2.b), 46 y 53.1.e) LOCFS. Su actuación está limitada a la realización de las diligencias indispensables o urgentes –comprobación de la comisión del hecho, constatación de las circunstancias inmediatas e identificación de los presuntos responsables, intervención de efectos o instrumentos, salvo que para ello se requiera la aplicación de técnicas o conocimientos científicos, en cuyo caso su actuación deberá reducirse a la protección del lugar–, de forma similar a la que se especifica en los artículos 770 y 771 LECrim, debiendo remitir sus actuaciones inmediatamente a la Unidad de Policía Judicial Específica que territorialmente corresponda.

No obstante, hay que resaltar el régimen especial que como Policía Judicial Genérica tiene en la actualidad la Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera, toda vez que la citada *ut supra* disposición adicional primera de la LO 12/1995, de 12 de diciembre, sobre Represión del Contrabando, le otorga facultades de investigación, persecución y represión en todo el territorio nacional, aguas jurisdiccionales y espacio aéreo español de los actos e infracciones de contrabando, en coordinación con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, teniendo a todos los efectos legales, carácter de colaborador de los mismos.

Al respecto debe recordarse el contenido del Acuerdo no jurisdiccional de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, de 14 de noviembre de 2003, según el cual: (–) 2.º El Servicio de Vigilancia Aduanera no constituye policía judicial en sentido estricto, pero sí en sentido genérico del artículo 283.1 LECrim, que sigue vigente conforme establece la disposición adicional primera de la LO 12/95, de 12 de diciembre, sobre represión del contrabando. En el ámbito de los delitos contemplados en el mismo tiene encomendadas funciones propias de policía judicial, que debe ejercer en coordinación con otros cuerpos policiales y bajo la dependencia de los jueces de instrucción y del Ministerio Fiscal.

3.º Las actuaciones realizadas por el servicio de vigilancia aduanera en el referido ámbito de competencia son procesalmente válidas.

Igualmente, debido al alto nivel de capacitación profesional y preparación técnica que están alcanzando las Policías Locales, especialmente en los grandes núcleos urbanos, existe la posibilidad de que los cuerpos policiales de los Municipios que se adhieran al Convenio Marco de Colaboración, Cooperación y Coordinación, suscrito el 20 de febrero de 2007 entre el Ministerio del Interior y la Federación Española de Municipios y Provincias, siempre que el correspondiente convenio específico que suscriba cada Municipio así lo prevea, puedan colaborar en el ejercicio de las funciones de Policía Judicial, tanto en lo que se refiere a la recepción de denuncias como a la investigación de los hechos, en relación con las infracciones penales que en dicho Convenio se especifican, cuando constituyan falta o delito menos grave.

Dicho Convenio Marco ha sido suscrito al amparo legal de lo dispuesto en la LOFCS y en el RD 1571/2007, de 30 de noviembre, y se concreta en las infracciones siguientes:

- a) Faltas penales.
- b) Lesiones, que no requieran hospitalización.
- c) Violencia doméstica y de género.
- d) Delitos contra las relaciones familiares.
- e) Quebrantamientos de condena; de localización permanente; órdenes de alejamiento y privaciones del permiso de conducir.
- f) Hurtos.

- g) Denuncias por recuperación de vehículos, siempre que estos no estuvieran considerados de interés policial.
- h) Patrimonio histórico municipal.
- i) Actividades de carácter comercial o con ánimo de lucro realizadas en la vía pública o mercadillos y que constituyan delitos contra la propiedad intelectual o industrial.
- j) Defraudaciones de fluido eléctrico y análogas.
- k) Delitos contra la seguridad del tráfico.
- l) Amenazas y coacciones.
- m) Omisión del deber de socorro.
- n) Daños en general y, en especial, los causados al mobiliario urbano

#### IV. LA DEPENDENCIA DE LA POLICÍA JUDICIAL DEL MINISTERIO FISCAL

El artículo 126 CE ha optado por la denominada dependencia funcional, que supone que la Policía Judicial está dirigida por el Ministerio Fiscal, así como por Jueces y Tribunales, en –sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincente–, toda vez que a tenor de lo dispuesto en los artículos 104.1.º, 148.1.28.º y 149.1.29.º CE, los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad dependen orgánicamente del Gobierno de la Nación –Cuerpo Nacional de Policía y Guardia Civil–, de las Comunidades Autónomas –Policías Autonómicas– o de los correspondientes municipios –Policías Locales–.

Tal dependencia funcional del Ministerio Fiscal no tiene un carácter absoluto. En primer lugar, porque importantes campos de investigación se desarrollan o surgen en el curso de actividades realizadas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el cumplimiento de la misión que les encomienda el artículo 104 CE de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, y, en segundo lugar, porque la responsabilidad sobre la eficacia de la política criminal excede de las misiones que atribuye el artículo 124 CE al Ministerio Fiscal, estando reservadas al Poder Ejecutivo en virtud de lo dispuesto en los artículos 97 y 104 CE.

La Policía Judicial tiene un importante ámbito de actuación autónoma y, además, la organización del funcionamiento interno de sus servicios, de sus medios personales y materiales, entre otras materias de similares características, son también ajenas a la dirección del Fiscal –y de Jueces y Tribunales–. Como expresaba la Circular 1/1989 de la Fiscalía General del Estado, tanto la dirección de la investigación policial, como la delegación en ella de la práctica de diligencias concretas no puede representar ni que el Fiscal se convierta en un «Jefe» de la Policía, ni que aquella delegación constituya una autorización para la libre acción de la misma, de forma que el Fiscal pase a ser un mero homologador de las actuaciones policiales. Por ello, tanto en un caso como en otro, las instrucciones del Fiscal deben ser lo más precisas posibles, marcando los límites de la actuación y subrayando la titularidad del Ministerio Fiscal como director o promotor de la investigación pero dejando siempre a salvo el contenido de los respectivos campos: a la Policía Judicial corresponde la actividad investigadora en el terreno, utilizando las técnicas de investigación científica y práctica en la que son expertos; al Fiscal la determinación jurídica de los elementos y extremos que pueden constituir fuentes y medios de prueba y los requisitos para su validez, formal y procesal, cuyo cumplimiento para la investigación policial deberá promover y hasta imponer.

## V. MARCO LEGAL DE LA DIRECCIÓN POR EL MINISTERIO FISCAL DE LAS ACTUACIONES DE LA POLICÍA JUDICIAL

En nuestro derecho tradicional, el Fiscal –salvo en asuntos graves o atribuidos a las Fiscalías de la Audiencia Nacional o Especiales– ha venido teniendo conocimiento de los hechos delictivos a través de la copia del atestado, frecuentemente entregado al Juez junto con el original, o en el momento de la recepción del parte de incoación del correspondiente procedimiento judicial, del que el Fiscal encargado del asunto ha tenido conocimiento real cuando se ha trasladado la causa a la Fiscalía para proceder a su correspondiente despacho.

La evolución del proceso penal hacia fórmulas estrictamente basadas en los principios acusatorio y de contradicción, característicos del proceso penal moderno, así como el desarrollo legislativo del artículo 124 de la Constitución, han determinado una presencia e intervención mucho mayor del Fiscal en dicho ámbito procesal.

Las sucesivas reformas legislativas, cuyo hito inicial fue la LO 7/1988, de 28 de diciembre, que introdujo el procedimiento abreviado en la LECrim, seguida de posteriores modificaciones de la ley procesal penal y de la introducción de nuevos procedimientos penales, han ido consolidando progresivamente la posición activa del Ministerio Fiscal, produciendo el consecuente efecto de incrementar sus relaciones de dirección-coordinación respecto de la Policía Judicial y desterrar su anterior distanciamiento histórico.

Así, en el caso de los procesos tramitados al amparo de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor (LORPM), el Fiscal recibe directamente el atestado y decide las diligencias que han de practicarse, ordenando directamente a la Policía Judicial las que corresponda.

Por otro lado, en los procesos de la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado (LOTJ), a tenor de lo dispuesto en los artículos 25, 26 y 28, cualquier acto de instrucción exige una previa imputación, para la que el Juez no tiene competencia, por lo que la función del Fiscal en relación con la formulación de la misma, su ampliación o la petición de las diligencias concretas que deben practicarse, determina la necesidad de una relación continuada de dirección-coordinación con los funcionarios policiales encargados de la investigación.

Igualmente en el ámbito de los delitos tramitados en virtud de las normas sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, en virtud de la reforma parcial de la LECrim operada por Ley 38/2002, de 24 de octubre, el legislador ha atribuido al Ministerio Fiscal un destacado protagonismo, determinante de un necesario contacto directo con las actuaciones de la Policía Judicial.

En los procedimientos ordinario y abreviado, el Fiscal recibe copia del atestado y, una vez incoado el que corresponda, propone al Instructor la práctica de las diligencias procedentes, conviviendo así las adoptadas a su instancia con las acordadas de oficio por el Juez. No obstante, nada impide que los Sres. Fiscales, particularmente en los casos que revistan cierta gravedad o complejidad, hagan comparecer a los funcionarios policiales para pedirles explicaciones y aclaraciones e incluso para darles las instrucciones que sean procedentes, en la forma que se expone *infra*.

En definitiva, correspondiendo al Ministerio Fiscal facultades de dirección de la Policía Judicial en los términos antes indicados, los Sres. Fiscales procurarán establecer cauces para una comunicación ágil y fluida con los responsables de las distintas investigaciones criminales, cualquiera que sea la fase procesal en que las mismas se encuentren.

La Instrucción 2/1988 y la Circular 1/1989 profundizaron en el desarrollo del modelo de Policía Judicial diseñado por la Constitución y por el resto del Ordenamiento Jurídico, estableciendo pautas de actuación del Ministerio Fiscal para la asunción de la dirección de la investigación policial, referida a la determinación jurídica de los elementos y extremos que pueden constituir fuentes y medios de prueba y los requisitos para su validez, formal y procesal, cuyo cumplimiento para la investigación policial deberá promover y hasta imponer –*vid.* Circular 1/1989–

En este ámbito de dirección de la Policía Judicial por el Ministerio Fiscal, también es conveniente recordar que el artículo 773.1 LECrim establece que corresponde al Fiscal (–) dar a la Policía Judicial instrucciones generales o particulares para el más eficaz cumplimiento de sus funciones (–), y en la misma línea, el artículo 35 LOFCS señala que los Jueces y Tribunales de lo Penal y el Ministerio Fiscal tendrán, respecto a los funcionarios integrantes de Unidades de Policía Judicial que le sean adscritas (–), entre otras facultades, la de dar órdenes e instrucciones que sean necesarias, en ejecución de lo dispuesto en las normas de Enjuiciamiento Criminal y Estatuto del Ministerio Fiscal, así como el determinar en dichas órdenes el contenido y circunstancias de las actuaciones que interesan a dichas Unidades. Concretando el alcance de dichas disposiciones, la Circular 1/1989 señala que el contenido de las facultades del Fiscal (tras la LO 7/1988, de 28 de diciembre) en orden a la dependencia respecto de él, de la Policía Judicial, aparece (–) ampliado respecto al inicial contenido del artículo 4.4.º del Estatuto Orgánico, que sólo preveía dar órdenes e instrucciones en cada caso concreto. Ahora se puede también impartir instrucciones generales, sobre los modos de actuación de la Policía en la investigación criminal en orden a prioridades dentro de la actividad investigadora, coordinación con otras Policías (–).

El RD 769/1987 establece en el artículo 20 que cuando los funcionarios integrantes de las unidades orgánicas de la Policía Judicial realicen diligencias de investigación criminal formalmente concretadas a un supuesto presuntamente delictivo, pero con carácter previo a la apertura de la correspondiente actuación judicial, actuarán bajo la dependencia del Ministerio Fiscal. A tal efecto, darán cuenta de sus investigaciones a la Fiscalía correspondiente que, en cualquier momento, podrá hacerse cargo de la dirección de aquéllas, en cuyo caso los miembros de la Policía Judicial actuarán bajo su dependencia directa y practicarán sin demora las diligencias que el fiscal les encomiende para la averiguación del delito y el descubrimiento y aseguramiento del delincuente. Y el artículo 21 que una vez iniciado el procedimiento penal, (–) el fiscal encargado de las actuaciones (–) podrá (–) ordenar que comparezcan ante su presencia (–) los concretos funcionarios policiales (–) con el fin de impartir las instrucciones que estime pertinentes, indicar las líneas de actuación y controlar el cumplimiento de sus cometidos o la evolución de sus investigaciones.

Sin embargo, no se encuentra legalmente definido cuál ha de ser el ámbito competencial ni el contenido de dichas instrucciones generales, particulares u órdenes, por lo que se estima procedente establecer las pautas de actuación en relación con las atribuciones de cada órgano del Ministerio Fiscal en lo relativo a la potestad de impartirlas.

Sin perjuicio del régimen especial de dirección que tienen determinados órganos del Ministerio Fiscal en relación con las Unidades de Policía Judicial que les estén específicamente adscritas, el resto de las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial se encuentran estructuradas con arreglo a criterios de distribución territorial sobre una base provincial, salvo que por razones de especialización delictual o técnicas de investigación se establezcan unidades con ámbito de actuación más amplio (art. 9 del RD 769/1987). En adecuación de tal estructura a la del Ministerio Fiscal, deberá entenderse que las instrucciones generales son aquellas que impartan los Sres. Fisca-

les Jefes que cuenten con Unidad de Policía Judicial Adscrita o los Sres. Fiscales Jefes Provinciales dirigidas a todos los miembros de la Policía Judicial dependiente de su correspondiente ámbito competencial, referidas a criterios y prioridades de la actividad investigadora, modos de actuación, coordinación u otras cuestiones similares, para su aplicación en asuntos de análoga naturaleza.

Los Sres. Fiscales Superiores también podrán impartir instrucciones generales a las distintas Unidades de Policía Judicial de una Comunidad Autónoma, en asuntos de análoga naturaleza que afecten a varias provincias de su territorio.

En los supuestos en que dichas instrucciones generales se refieran a delitos enmarcados en el ámbito de una especialidad, serán coordinadas por el Fiscal de Sala correspondiente.

Las instrucciones particulares y las órdenes serán aquellas que cobren virtualidad en el marco de una investigación concreta, las cuales podrán ser impartidas por los Sres. Fiscales encargados de los asuntos específicos, sin perjuicio, en su caso, de la dación de cuenta al Fiscal Jefe en virtud de las facultades de dirección de la Fiscalía que a éste corresponden y a tenor de lo dispuesto en el artículo 25 EOMF.

Como orientación sobre el modo de impartir las instrucciones referidas, tanto las generales como las particulares sobre casos concretos, las expresadas Instrucción 2/1988 y Circular 1/1989 apuntaban una serie de pautas de actuación que deben seguir siendo observadas por los Sres. Fiscales, adaptándolas a la legalidad actual, particularmente al desarrollo de las normas emanadas de los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas y al marco legal generado mediante las reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operadas por L 38/2002, de 24 de octubre –que introduce los llamados juicios rápidos–; LO 5/1995, de 22 de mayo –Tribunal del Jurado–; y LO 5/2000, de 12 de enero –responsabilidad penal del menor–, así como por la nueva estructura del Ministerio Fiscal tras la modificación de su Estatuto efectuada por Ley 24/2007, de 9 de octubre, lo que hace preciso actualizar y ampliar las pautas por las que deben regirse los Sres. Fiscales en su función de dirección jurídica y coordinación de las actuaciones de la Policía Judicial referidas a la averiguación del delito y el descubrimiento y aseguramiento del delincuente.

## VI. LAS DISTINTAS FASES DE ACTUACIÓN DE LA POLICÍA JUDICIAL

La posición del Ministerio Fiscal en su función de dirección de la Policía Judicial, así como el contenido de las instrucciones –generales o particulares– u órdenes que deba impartir, será diferente en cada una de las fases procesales.

### A) **La investigación preprocesal**

El Fiscal puede asumir la dirección jurídica de las actuaciones de la Policía Judicial en cualquier momento de la fase de investigación preprocesal. Durante dicha fase, esto es, antes de que existan actuaciones judiciales en trámite, el Fiscal podrá impartir instrucciones generales a las Unidades de Policía Judicial sobre criterios de preferente investigación, modos de actuación, coordinación de investigaciones y otros extremos análogos, las cuales serán impartidas por los Sres. Fiscales Jefes que cuenten con Unidad de Policía Judicial Adscrita o los Sres. Fiscales Jefes Provinciales, a través de los Jefes de las distintas Unidades policiales.

Cuando dichas instrucciones generales afecten a Unidades de varias provincias de una Comunidad Autónoma, serán impartidas por los respectivos Sres. Fiscales Superiores.

Obviamente, será imposible que el Fiscal asuma la dirección de todos los asuntos pero, en todo caso, para que pueda decidir lo procedente, será preciso que la Policía le haya informado suficientemente de los hechos más graves o complejos y de sus circunstancias, así como de las diligencias practicadas y del resultado de las mismas. Por ello, con la finalidad de profundizar en el desarrollo del modelo de Policía Judicial diseñado por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, en la Instrucción 2/1988 se consideró necesario que los Fiscales Jefes de las Audiencias respectivas, despachen, al menos semanalmente, con los Jefes de las Unidades Orgánicas Provinciales de Policía Judicial (–), aquellos asuntos que deba conocer el Ministerio Fiscal en virtud de lo dispuesto en el artículo 20 del RD 769/1987.

Habiéndose puesto de manifiesto en numerosas ocasiones la imposibilidad y en otras la ineficacia de realizar con una periodicidad tan estricta el referido despacho de asuntos entre los Sres. Fiscales Jefes Provinciales y los responsables de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial, se estima procedente su flexibilización, debiendo establecerse con la frecuencia que se precise para el puntual traslado de la información que corresponda, de forma que permita a los Sres. Fiscales impartir las instrucciones precisas para el correcto desarrollo jurídico de la investigación. Los Sres. Fiscales Superiores constatarán a través de sus facultades inspectoras el efectivo despacho periódico expresado.

Cuando los Sres. Fiscales tengan noticia de un hecho aparentemente delictivo, bien a través de su propia actividad investigadora, bien a través de la investigación policial, deben utilizar las facultades que les confiere el artículo 5 EOMF y el artículo 773.2 LECrim, practicando por sí mismo u ordenando a la Policía Judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo. Es decir, impartirán las correspondientes instrucciones particulares, promoviendo y coordinando jurídicamente la investigación de la Policía Judicial en los términos previstos en el citado artículo 20 del RD 769/1987.

Si el Fiscal asume la dirección de la investigación, deberá incoar Diligencias de Investigación de conformidad con los artículos 5 EOMF y 773.2 LECrim. Si decide no intervenir, la Policía Judicial deberá finalizar sus investigaciones confeccionando un atestado del que hará entrega al Juez de Instrucción de conformidad con lo dispuesto en los artículos 292 ss. y 772.2 LECrim.

## **B) La dirección de la Policía Judicial en el curso del proceso judicial**

Esta cuestión ya fue abordada en la citada Circular 1/89 en los siguientes términos: la cesación de las diligencias de investigación plantea la cuestión de si el Fiscal, en curso un procedimiento judicial, puede o no practicar u ordenar a la Policía Judicial que practique algún género de diligencia de investigación o aportación de fuentes de prueba. La respuesta a esa cuestión ha de ser que el Fiscal no podrá iniciar una nueva investigación general sobre el hecho, pero sí proceder a la práctica extrajudicial de diligencias concretas, puesto que de las propias Leyes, tanto las generales sobre las atribuciones del Fiscal, como las que regulan el procedimiento abreviado, se infiere tal facultad. Llegando a la conclusión de que es evidente que el Fiscal para poder aportar esas pruebas ha de obtenerlas previamente y que para ello ha de recurrir a algún mecanismo de averiguación y obtención de las mismas, mecanismo que no

puede ser otro que su propia actividad o el auxilio de la Policía Judicial, que constitucional y legalmente de él depende.

Las instrucciones generales a las Unidades de Policía Judicial sobre criterios de investigación, coordinación, modos de actuación y otros extremos análogos durante la fase procesal, esto es, existiendo actuaciones judiciales, se impartirán por los Sres. Fiscales Jefes cuando existan unidades específicamente adscritas a órganos del Ministerio Fiscal, o, en otro caso, por los Sres. Fiscales Jefes Provinciales a través de las Comisiones Provinciales de Coordinación de la Policía Judicial, tal como se expresaba en la Circular 1/1989 de la Fiscalía General del Estado, sin perjuicio de que en supuestos de urgencia, los Sres. Fiscales Jefes puedan indicar a las correspondientes Unidades de Policía Judicial las pautas generales de actuación que correspondan, trasladándolas posteriormente a las expresadas Comisiones Provinciales.

En la actualidad, el artículo 3.5 EOMF permite al Fiscal intervenir en el proceso penal, instando de la autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares que procedan y la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos o instruyendo directamente el procedimiento en el ámbito de lo dispuesto en la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, pudiendo ordenar a la Policía Judicial aquellas diligencias que estime oportunas. En igual sentido el párrafo 2.º del artículo 773.1 se establece que (–) corresponde al Ministerio Fiscal, de manera especial, impulsar y simplificar su tramitación sin merma del derecho de defensa de las partes y del carácter contradictorio del mismo, dando a la Policía Judicial instrucciones generales o particulares para el más eficaz cumplimiento de sus funciones, interviniendo en las actuaciones, aportando los medios de prueba de que pueda disponer o solicitando del Juez de Instrucción la práctica de los mismos (–).

En definitiva, incluso durante la tramitación del procedimiento judicial, el Fiscal puede ordenar a la Policía Judicial la práctica de diligencias concretas referidas a aspectos puntuales de la investigación. Ahora bien, el necesario respeto al principio de imparcialidad que debe presidir la actuación del Ministerio Fiscal, así como el respeto a los de contradicción y defensa requieren que, una vez ordenadas estas diligencias, sea absolutamente necesario aportar su resultado a la causa cualquiera que éste haya sido. Lo contrario podría interpretarse como una forma de soslayar la función instructora que corresponde al órgano judicial en nuestro sistema actual.

### C) Fase intermedia y juicio oral

La labor de la Policía Judicial no puede quedar reducida a la mera investigación de los delitos, reunión del material probatorio y descubrimiento de los delincuentes, culminando su función con la detención y puesta a disposición de los detenidos. La labor de la Policía Judicial ha de prolongarse durante toda la fase de instrucción y, sobre todo, trascender al juicio oral.

Por ello, cuando el Fiscal decida solicitar la apertura del juicio oral deberá conocer los elementos en que basará la imputación a cuyo efecto, en el caso de que en la causa no quede suficientemente clarificado algún extremo de la investigación, deberá cursar las correspondientes instrucciones a los Jefes de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial para que se le informe sobre los mismos.

Igualmente, los Sres. Fiscales encargados de redactar el correspondiente extracto y escrito de acusación/calificación provisional deberán conocer la concreta participación en la investigación de cada uno de los funcionarios policiales que serán citados al acto del juicio oral en calidad de testigos o peritos, desechando aquellos que, aún consignados en el atestado, hayan tenido una actuación irrelevante en la misma.

Deberá desterrarse la práctica de citar a juicio de modo indiscriminado a todos los agentes cuyos números de identificación profesional figuren en el atestado.

Tanto en las instrucciones generales como en las particulares que los Sres. Fiscales cursen en su función de dirección de la Policía Judicial, deberá recordarse a los funcionarios policiales la importante función que les corresponde en el acto del juicio oral, debiendo evitarse la ratificaciones genéricas del atestado policial, o las vaguedades en la contestación a las preguntas articuladas, toda vez que el atestado ha de ser introducido en el juicio oral bajo los principios de oralidad, inmediación y contradicción.

## VII. CONCLUSIONES

1.<sup>a</sup> Los Sres. Fiscales, en el ejercicio de sus facultades de dirección de la Policía Judicial, procurarán establecer cauces para una comunicación ágil y fluida con los responsables de las distintas investigaciones criminales, cualquiera que sea la fase procesal en que las mismas se encuentren.

2.<sup>a</sup> Antes de iniciarse las actuaciones judiciales, las Instrucciones generales a las Unidades de Policía Judicial sobre criterios de preferente investigación, modos de actuación, coordinación de investigaciones y otros extremos análogos, se impartirán por los Sres. Fiscales Jefes de las Fiscalías que cuenten con Unidad de Policía Judicial Adscrita o por los Sres. Fiscales Jefes Provinciales, a través de la jefatura de las correspondientes Unidades.

3.<sup>a</sup> Durante dicha fase pre-procesal, las Instrucciones generales a las Unidades de Policía Judicial de tenor análogo a las del apartado anterior y que afecten a diversas provincias de una Comunidad Autónoma, se realizarán por el Sr. Fiscal Superior de la misma.

4.<sup>a</sup> En los supuestos en que las instrucciones generales se refieran a delitos enmarcados en el ámbito de una especialidad, serán coordinadas por el Fiscal de Sala correspondiente.

5.<sup>a</sup> Cuando existan actuaciones judiciales o cuando las mismas afecten a distintos Cuerpos policiales, las instrucciones generales a las que se refieren los apartados anteriores se impartirán por los Sres. Fiscales Jefes de los órganos del Ministerio Fiscal que cuenten con Unidades específicamente adscritas, a través de los responsables de las mismas. En otro caso, serán impartidas por los Sres. Fiscales Jefes Provinciales a través de las Comisiones Provinciales de Coordinación de la Policía Judicial, sin perjuicio de que en supuestos de urgencia, los Sres. Fiscales Jefes puedan indicar a las correspondiente Unidades de Policía Judicial las pautas generales de actuación que correspondan, trasladándolas posteriormente a las expresadas Comisiones Provinciales.

6.<sup>a</sup> Las instrucciones particulares o las órdenes a las Unidades de Policía Judicial sobre criterios o modos de actuación en investigaciones concretadas en supuestos determinados, se impartirán por el Fiscal encargado de asunto a través del Jefe de la Unidad o directamente a los funcionarios que practiquen la investigación, con la dación de cuenta inmediata y documentada al Fiscal Jefe en los casos de importancia o trascendencia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 25 EOMF. Cuando se trate de investigaciones relativas a delitos enmarcados en una especialidad, los Sres. Fiscales también informarán al Sr. Fiscal de Sala Coordinador o Delegado que corresponda.

7.<sup>a</sup> Los Sres. Fiscales Jefes Provinciales despacharán con los Jefes de las Unidades Orgánicas provinciales de Policía Judicial, con la frecuencia necesaria para el

puntual traslado de la información que corresponda, aquellos asuntos concretados en supuestos presuntamente delictivos respecto de los que no se hayan incoado diligencias judiciales, e impartirán las instrucciones que sean precisas para el correcto desarrollo jurídico de la investigación.

8.<sup>a</sup> Los Sres. Fiscales están facultados legalmente para continuar en sus funciones de dirección de la Policía Judicial aunque exista un procedimiento judicial en curso, por lo que aún en estos supuestos podrán ordenar a la Policía Judicial la práctica de diligencias concretas referidas a aspectos puntuales de la investigación, con el objeto y con la obligación de aportarlas a la causa cualquiera que fuera su resultado, en virtud de principio de imparcialidad que preside su actuación.

9.<sup>a</sup> Los Sres. Fiscales promoverán las vías de comunicación precisas con las Unidades de Policía Judicial que hayan intervenido en asuntos concretos, a los efectos de realizar las aclaraciones o ampliaciones de la información obrante en la causa que fueran necesarias, así como para determinar los agentes policiales cuya participación pueda ser relevante en relación con la pretensión punitiva, con el objeto de desterrar la práctica de citaciones generalizadas de agentes policiales y, por parte de éstos, las respuestas genéricas o evasivas en el acto del juicio oral.

En razón de todo lo expuesto, los Sres. Fiscales se atenderán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Instrucción.

## INSTRUCCIÓN 2/2008, SOBRE LAS FUNCIONES DEL FISCAL EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN

### I. PRINCIPIOS GENERALES

Ya la Recomendación (87) 18 del Comité de Ministros del Consejo de Europa instaba a los Estados miembros a simplificar el procedimiento penal. Conectando con el rol que al Fiscal corresponde en el proceso, la Recomendación (2000) 19, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativa al papel del Ministerio Público en el sistema de justicia penal insta al Fiscal a velar a fin de que el sistema de justicia penal sea lo más rápido posible.

Cierto es que la existencia de dilaciones y retrasos es común a todos los órdenes jurídicos, pero es claro que en el orden penal, por la entidad de los valores y derechos implicados, la necesidad de atajarlos se torna objetivo irrenunciable.

No es casual que el artículo 3 EOMF, en su redacción dada por Ley 24/2007, de 9 de octubre, al desglosar en dieciséis apartados las obligaciones del Ministerio Fiscal, ubique en primer lugar la de velar por que la función jurisdiccional se ejerza eficazmente conforme a las leyes y en los plazos y términos en ellas señalados, ejercitando, en su caso, las acciones, recursos y actuaciones pertinentes.

Ni el hecho de que la investigación de las infracciones penales se inicie directamente ante el Juzgado de Instrucción ni la eventual remisión a dicho órgano de las Diligencias de investigación practicadas por el Fiscal supone que éste pueda relajar su obligación de continuar coadyuvando activamente al buen fin de la instrucción.

Pese a la tantas veces aplazada reforma global de nuestra añeja Ley procesal penal, es lo cierto que las últimas modificaciones parciales desde la introducción del procedimiento abreviado por Ley 7/1988, de 28 de diciembre, se orientan a profundi-

zar en el principio acusatorio, potenciando el rol protagonista del Ministerio Público en la fase de instrucción.

Esta tendencia se reforzó con la reforma operada por Ley 38/2002 cuya Exposición de Motivos subraya las nuevas responsabilidades atribuidas al Fiscal para contribuir al éxito de la instrucción: la participación activa del Ministerio Fiscal cobra un destacado protagonismo y, por tanto, asumirá, junto con los Juzgados de Instrucción, una particular responsabilidad en la eficacia de la reforma.

Desde la dimensión del Fiscal como inspector de las causas, el ordenamiento regula la titularidad, el ejercicio de la acción penal y el desempeño de la función instructora realizando su relevancia constitucional, en tanto afecta de modo directo a las relaciones entre el Estado y los ciudadanos y en cuanto supone una distribución de facultades orientada a la instauración de un sistema de control del poder dentro del aparato estatal: así, si el Juez es investido de la potestad de instruir, al Fiscal le corresponde, además de la promoción de la acción penal, la inspección de esa instrucción y el control de legalidad de la misma.

La esencia del Fiscal como promotor de la Justicia es la asunción de la iniciativa procesal, defendiendo la legalidad procesal desde una posición activa, estimulando el desenvolvimiento ágil de las actuaciones. La Fiscalía siempre ha exteriorizado su clara voluntad de cumplimiento de tales cometidos. Ya la Instrucción n.º 1 de 31 de diciembre de 1882 instaba a los Fiscales a ejercer la inspección directa en la formación de los sumarios, por cualquiera de los medios que establece el artículo 306 de la ley de Enjuiciamiento criminal. Esta Instrucción también los exhortaba a procurar su más pronta terminación posible. La Circular de 11 de enero de 1932 –a la vista de la lentitud con que se tramitaban algunos sumarios– exhortaba a los Fiscales a remover cuantos obstáculos se opongan a que la justicia criminal se discierna pronta y acertadamente. La Circular de 24 de marzo de 1932 declaraba que la tardanza en terminar los procedimientos criminales no tanto es consecuencia de la falta de preceptos rituarios como del censurable incumplimiento de los mismos al amparo de prácticas abusivas, dañosas igualmente para el Estado y para el particular que tenga la inmensa desgracia de verse sometido a proceso.

El relevante papel del Fiscal aún durante la instrucción judicial es subrayado con nitidez en varios preceptos de nuestro ordenamiento, expresión de la preocupación del Legislador por asegurar el impulso y la inspección de la instrucción por parte del promotor de la Justicia por excelencia.

El artículo 773.1, párrafo primero, LECrim obliga al Fiscal a constituirse en las actuaciones para el ejercicio de las acciones penal y civil conforme a la Ley.

En su párrafo segundo este mismo precepto establece en relación con el procedimiento abreviado que corresponde al Ministerio Fiscal, de manera especial, impulsar y simplificar su tramitación sin merma del derecho de defensa de las partes y del carácter contradictorio del mismo, dando a la Policía Judicial instrucciones generales o particulares para el más eficaz cumplimiento de sus funciones, interviniendo en las actuaciones, aportando los medios de prueba de que pueda disponer o solicitando del Juez de Instrucción la práctica de los mismos, así como instar de éste la adopción de medidas cautelares o su levantamiento y la conclusión de la investigación tan pronto como estime que se han practicado las actuaciones necesarias para resolver sobre el ejercicio de la acción penal.

Este precepto, aplicable supletoriamente al procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, es aún reforzado para las diligencias urgentes al establecer el artículo 797.1 que el juzgado de guardia practicará las diligencias que procedan con la participación activa del Ministerio Fiscal.

El párrafo cuarto del artículo 773.1 reiterando lo ya declarado en el párrafo tercero del artículo 306 LECrim activa aún más la obligación del Fiscal de dinamizar el procedimiento cuando se transforma en causa ante el Tribunal del Jurado, al declarar que se pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, quien comparecerá e interpondrá en cuantas actuaciones se lleven a cabo ante aquél.

De hecho, el procedimiento ante el Tribunal del Jurado supone un auténtico cambio de paradigma en el rol del Fiscal, asumiendo nuevas responsabilidades que imponen que su actitud en el seno de la instrucción de procesos seguidos según las normas de la LOTJ sea particularmente activa. La Exposición de Motivos de la Ley habla de la potenciación de las atribuciones del Ministerio Fiscal.

En relación con el sumario, el artículo 306 dispone que los Jueces de instrucción formarán los sumarios de los delitos públicos bajo la inspección directa del Fiscal del Tribunal competente.

A fin de llevar a cabo esta inspección, el mismo precepto en su párrafo segundo ofrece dos alternativas: o bien se ejerce constituyéndose el Fiscal al lado del Juez instructor, o bien por medio de testimonios en relación, suficientemente expresivos, que le remitirá el Juez instructor periódicamente y cuantas veces se los reclame, pudiendo en este caso el Fiscal hacer presente sus observaciones en atenta comunicación y formular sus pretensiones por requerimientos igualmente atentos.

Abriendo aún más el abanico de posibilidades, con vocación de generalidad y tratando de evitar que la falta de efectivos pueda tornarse en obstáculo para la presencia activa del Fiscal en la instrucción, el último párrafo del artículo 306 LECrim, añadido por LO 13/2003 de 24 octubre, admite su intervención en las actuaciones de cualquier procedimiento penal, incluida la comparecencia del artículo 505, mediante videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido.

Debe por tanto desterrarse ese vetusto arquetipo del Fiscal ajeno a las vicisitudes de la causa y burocráticamente circunscrito a despachar el correspondiente dictamen cuando la misma tiene entrada en Fiscalía.

Una vez incoado en un Juzgado de Instrucción un procedimiento penal, cualquiera que éste sea, los Sres. Fiscales tienen la obligación de hacer un seguimiento del mismo, de promover las diligencias y medidas cautelares procedentes, de interponer los correspondientes recursos contra las resoluciones que estime contrarias a Derecho y de instar su rápida conclusión, se le dé traslado o no de la causa. Podría decirse que una vez iniciado, nada de lo relativo al proceso penal en curso le puede ser ajeno al Fiscal. El hecho de que no se le dé traslado de las actuaciones no puede esgrimirse como excusa para justificar la inactividad del Fiscal, una vez remitido el correspondiente parte de incoación, o una vez conozca por cualquier medio la existencia del procedimiento.

Dentro de esta misión de impulsar y simplificar la tramitación del procedimiento los Sres. Fiscales habrán de oponerse a la práctica de cuantas diligencias, trámites o actuaciones no cumplan las finalidades previstas para la actividad instructora, conforme al artículo 299 LECrim, o que sean simple expresión de una rutinaria sucesión formalista de trámites o, en fin, respondan a un excesivo celo documentador del Juez de Instrucción. En definitiva, habrán de oponerse activamente los Sres. Fiscales a cuanto suponga innecesarias repeticiones de diligencias o inútiles acopios de material impropia mente sumarial. Deberán dedicar sus esfuerzos a, como certeramente apuntaba la Circular 1/1989, erradicar la viciosa práctica de ratificación o reiteración de actuaciones ya practicadas. Habrán igualmente de oponerse los Sres. Fiscales a la práctica de diligencias propuestas por las demás partes cuando las mismas tengan un afán dilatorio o sean inútiles o impertinentes.

También procurarán los Sres. Fiscales impedir determinadas corruptelas como la toma de declaraciones en la fase de instrucción por personas distintas al Juez, como ya exigía la Circular de 11 de enero de 1932.

Claro es que este compromiso con la agilización procedimental a lo primero que obliga al Fiscal es a respetar fielmente los plazos que se le asignan para despachar sus informes, escritos y calificaciones, debiendo definitivamente desterrarse la contemplación de los plazos como previsiones bienintencionadas carentes de valor vinculante.

Debe finalmente entenderse abarcada en la función dinamizadora la solicitud por parte de los Sres. Fiscales de la conclusión de la instrucción tan pronto consideren que existe suficiente acopio de información como para resolver sobre la pretensión penal (*vid.* art. 3.1 EOMF, arts. 324, 622 y 773.1 LECrim). Ha de repararse en que es el Fiscal en realidad quien está en mejor posición, en tanto va a defender su pretensión en el acto del juicio oral, para orientar la instrucción y valorar cuándo debe ésta cerrarse. Sin perjuicio de las competencias del Juez de Instrucción, no pueden los Sres. Fiscales delegar en éste la responsabilidad de llevar a cabo una correcta y eficaz investigación.

En el desempeño de estos cometidos los Sres. Fiscales, a través de su respectivo Fiscal Jefe, pondrán en conocimiento del órgano competente (Presidente, Salas de Gobierno, Comisión Disciplinaria o Pleno del Consejo General del Poder Judicial) las irregularidades que puedan observar en la llevanza de los procedimientos, conforme a las previsiones del artículo 423 LOPJ. No necesita ser subrayada la trascendencia de esta función Fiscal como custodio de la legalidad en el proceso ni la ponderada sensibilidad con que ha de ejercerse.

La intervención activa del Fiscal durante la fase de instrucción habrá de evitar que se produzcan situaciones en las que por su parte sólo se conozca la existencia del procedimiento cuando haya finalizado esta fase preparatoria y se le de traslado para calificar, con los riesgos inherentes a esta forma de actuar, esto es, que la instrucción se finalice con deficiencias ya imposibles o difíciles de subsanar o que las posibilidades de acusar con las mínimas garantías de éxito se hayan visto sustancialmente disminuidas, abocando al Fiscal a un poco airoso papel durante la sustanciación del juicio oral.

Partiendo siempre de esa inspección permanente de las actuaciones instructoras del Juez que han de desempeñar celosamente los Sres. Fiscales, lógicamente la mayor o menor intensidad del seguimiento y control habrá de ser proporcionada a la entidad de la causa (gravedad de los hechos, complejidad de la investigación, pluralidad de perjudicados, etc.), pues los recursos siempre son limitados y su adecuada utilización define la eficacia y acierto en el desempeño de los altos cometidos encomendados al Ministerio Público. Particularmente, cuando se trate de causas con preso, la inspección del Fiscal habrá de intensificarse, conforme a los criterios recogidos en la Instrucción 4/2005, de 15 de abril, sobre motivación por el Ministerio Fiscal de las peticiones solicitando la medida cautelar de prisión provisional o su modificación en la que se instaba a los Sres. Fiscales a dispensar atención preferente a la tramitación de las causas con preso, singularmente cuando se acuerde la prorroga de la prisión provisional, promoviendo e impulsando la celeridad del procedimiento durante la fase de instrucción, e imprimiendo máxima prontitud a su intervención cuando corresponda despachar la causa. A tales efectos se establecía también el deber de llevar los fiscales en todo momento un registro personal de las causas con preso preventivo que les corresponda.

Es claro que las causas cuya instrucción se prolongue más en el tiempo habrán de ser también preferentes a la hora de su cuidadosa y continuada inspección, de forma

que puedan los Sres. Fiscales, con pleno conocimiento de causa, instar cuanto sea procedente para su más rápida conclusión y promover la corrección de cuantas irregularidades se detecten en la tramitación.

La dimensión de la actuación inspectora del Fiscal en la instrucción puede vislumbrarse en toda su amplitud a la vista de la trascendencia de esta fase, que excede de las finalidades expresamente previstas en el artículo 299 LECrim, para abarcar también la finalidad de permitir, o no, la apertura del juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y para la defensa (SSTC n.º 101/1985, 137/1988, 161/1990 y 51/1995)

Como plásticamente se expresaba en un voto particular contenido en la STC n.º 41/1998, de 24 de febrero, la construcción del edificio— se ha terminado, y la estabilidad de la obra no depende de que las plantas fuesen diseñadas y levantadas correctamente, cuando los cimientos, principio y raíz del proceso, tienen defectos graves de estructura y ejecución. La casa ha de caer por fallos del basamento: lo mismo ocurre cuando la instrucción de un proceso es mala, con infracción de derechos, y el posterior juicio oral o los últimos recursos ante el Tribunal Supremo, si proceden, quedan afectados por el pecado original.

El Fiscal, pues, como inspector de la fase de instrucción, tiene la grave e ineludible obligación de evitar que se incurra en defectos graves de estructura y ejecución en la instrucción.

Por último, dentro de esos cometidos tendentes a lograr la agilización de la fase de instrucción podrán los Sres. Fiscales, en caso necesario, oficiar a la Policía Judicial para que se lleven a cabo diligencias concretas que se estimen necesarias para su ulterior aportación a las Diligencias Judiciales. Debe subrayarse que esta habilitación ha de entenderse referida a la práctica de diligencias concretas, sin que en ningún caso pueda desembocarse en una investigación Fiscal paralela a la instrucción judicial. Esta habilitación que la Ley confiere al Fiscal (*vid.* art. 773.1 LECrim y Circular 1/1989) habrá de ser usada con prudencia, en casos debidamente justificados, pues fácilmente pueden colegirse las disfunciones y duplicidades que un mal uso de la misma puede generar. Es claro además que las diligencias así practicadas deberán unirse al procedimiento judicial, inexcusablemente y sea cual sea su resultado, tal como ya se reseñaba en la reciente Instrucción n.º 1/2008, de 7 de marzo.

## II. ACTUACIONES EN PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS

Son múltiples las llamadas de atención de las Instituciones del Consejo de Europa sobre la necesidad de lograr la reparación de las víctimas. Ya la Resolución (77) 27 del Comité de Ministros del Consejo Europa sobre indemnización a las víctimas de delito abordaba decididamente la necesidad de proteger a las víctimas, recomendación que se ve jurídicamente perfeccionada con la Convención Europea sobre la compensación a las víctimas de delitos violentos de 24 de Noviembre de 1983; también en el seno del Consejo de Europa, la Recomendación R (85) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la posición de la víctima en el marco del derecho penal y del proceso penal, propone dentro del capítulo destinado a la protección especial de la víctima, que cuando sea necesario, y singularmente en los casos de delincuencia organizada, la víctima y su familia deberían ser eficazmente protegidas contra las amenazas y el riesgo de venganza por parte del delincuente. Se ha seguido profundizando en esta dirección con la Recomendación (87) 21 del Comité de Ministros del

Consejo de Europa sobre la Asistencia a las Víctimas y la Prevención de la Victimización en la que instaba a los estados a prestar asistencia a la víctima a fin de obtener la reparación efectiva del perjuicio por parte del propio delincuente y a través de los aseguradores o de cualquier otro organismo, y cuando sea posible, la indemnización del Estado. Recientemente, la Recomendación (2006) 8, de 14 de junio, del Comité de Ministros del Consejo de Europa on Assistance to Crime Victims ha supuesto un nuevo paso adelante en pro de las víctimas. También la Unión Europea ha explicitado su preocupación por la tutela de las víctimas a través de la Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo de 2001, por la que se aprueba el Estatuto de la víctima en el proceso penal.

En nuestro ordenamiento interno el apartado primero del artículo 773 LECrim dispone que el Fiscal –velará– por la protección de los derechos de la víctima y de los perjudicados por el delito. En este mismo sentido, el artículo 3.10 EOMF encomienda al Fiscal velar por la protección procesal de las víctimas y por la protección de testigos y peritos, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas.

La designación de un Fiscal de Sala Delegado para la tutela y protección de las víctimas y la reciente Instrucción 8/2005, de 26 de julio, sobre el deber de información en la Tutela y Protección de las Víctimas en el Proceso Penal es exponente de la preocupación de la Fiscalía General por el riguroso cumplimiento por parte de los Fiscales de sus obligaciones para con las víctimas, a fin de coadyuvar a la definitiva superación de la tradicional preterición en la que se les sumía en el proceso penal.

Concretando y sintetizando las obligaciones del Fiscal para con las víctimas durante la fase de instrucción, partiendo de la plena vigencia de la reseñada Instrucción 8/2005, estos compromisos deben traducirse en las siguientes actuaciones:

1) Promover el aseguramiento de las responsabilidades civiles, instando las medidas cautelares necesarias sobre el patrimonio de responsables directos o subsidiarios.

Debe aquí hacerse un recordatorio de la plena vigencia de la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/1992, de 15 de enero, sobre tramitación de las piezas de responsabilidad civil que con acierto salía al paso de la desgraciadamente frecuente desidia en la tramitación de estas piezas, instando a los Sres. Fiscales a evitar que por simples declaraciones verbales de carecer de bienes, se produzcan declaraciones de insolvencia, por lo que deben vigilar e impulsar la tramitación de las piezas de responsabilidad civil, pidiendo una investigación más profunda de los bienes del inculgado, con informes de los equipos especializados de policía judicial, y de los organismos que puedan proporcionar datos objetivos, así Ayuntamientos, Delegaciones de Hacienda, pidiendo los datos fiscales necesarios para acreditar la solvencia o insolvencia, incluso las declaraciones del Impuesto sobre la Renta y del Patrimonio de los últimos años. Por ello, los Fiscales deberán instar, en todo caso, la formación de la pieza de responsabilidad civil, si el Juez no lo hiciese de oficio como la Ley ordena. Asimismo deberán instar y vigilar su pronta conclusión.

Más allá del ámbito de la responsabilidad civil, estas averiguaciones son esenciales para la determinación de las penas cuando se trate de multas no proporcionales, dado el criterio establecido por el artículo 50.5 CP de atender exclusivamente a la situación económica del reo, como ya se puso de manifiesto en la Circular 2/2004, de 22 de diciembre, sobre aplicación de la reforma del CP operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

2) Promover la intervención del vehículo cuando fuera procedente.

3) Instar el señalamiento de la pensión provisional a favor de la víctima de hechos derivados del uso y circulación de vehículos a motor.

4) Cuidar de que los informes médicos forenses describan con precisión las lesiones sufridas y el tratamiento exigido para su sanidad, incluyendo en su caso si la víctima va a precisar de terapia psicológica o psiquiátrica.

5) Promover la adopción de las medidas en protección de víctimas y testigos que en cada caso resulten pertinentes (órdenes de alejamiento, órdenes de protección, prisión provisional, medidas innominadas en protección de los menores del artículo 158 CC, medidas especiales para violencia de género –suspensiones de patria potestad, derecho de visitas y derecho a la tenencia, porte y uso de armas– y medidas cautelares de secuestro y prohibición de difusión, en relación con los delitos cometidos mediante la imprenta y análogos).

6) Velar por la correcta realización de la diligencia de ofrecimiento de acciones. En este punto debemos reparar especialmente, pues las últimas reformas de nuestra legislación procesal son especialmente cuidadosas con la información de derechos a las víctimas, que aparece regulado en nuestra legislación de adultos en los artículos 109 LECrim (sumario ordinario), 771 y 776 LECrim (procedimiento abreviado); artículo 25 de la Ley del Jurado y tras la reforma 8/2006, en el proceso penal del menor (art. 4). La importancia de esta diligencia como garantía de la víctima cada vez se está reforzando más en la práctica de los Tribunales. En este sentido, la STC 98/1993, de 22 de marzo, declara que aquel que había resultado lesionado y era un potencial ofendido –ostentaba la cualidad de interesado y estaba dotado de la legitimación para actuar en juicio. El que no lo llegara a hacer, por haberse omitido la advertencia legal preceptiva, menoscaba y aun cercena su derecho a la efectividad de la tutela judicial que conlleva la interdicción de cualquier menoscabo del derecho de defensa– que ni siquiera pudo haber subsanado el ejercicio de la acción civil correspondiente por el Ministerio Fiscal.

7) Velar igualmente porque se cumpla la obligación de notificar a los directamente ofendidos y perjudicados cuya seguridad pudiera verse afectada los autos relativos a la situación personal del imputado (*vid* arts. 506.3 y 544 ter, apartado noveno LECrim).

8) Cuidar de que se dé debido cumplimiento a la previsión del artículo 771.1.1 LECrim, de modo que cuando se acuerde el sobreseimiento por estimarse que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración, sea notificada la resolución a quienes pudiera causar perjuicio, aunque no se hayan mostrado parte en la causa.

9) Evitar en lo posible que la víctima sea citada más de una vez durante la instrucción.

### III. ACTUACIONES EN PROTECCIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA

Nuestro ordenamiento, entroncando con el principio de imparcialidad y de legalidad, también otorga al Ministerio Fiscal la obligación de velar por el respeto de las garantías procesales del imputado (art. 773.1 LECrim). En esta función de *patronus libertatis* referida al propio sujeto pasivo de la acción penal los Sres. Fiscales están obligados a interponer los recursos que procedan ante eventuales infracciones por parte del Juez Instructor de las garantías que nuestra legislación procesal reconoce al imputado, debiendo recordarse la expresa legitimación del Fiscal para promover el procedimiento de *habeas corpus* y para interponer recursos de amparo. Por lo que hace a esta última posibilidad los Sres. Fiscales habrá de ponerse previamente en

contacto con la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional a fin de que por la misma se evalúe previamente la procedencia y viabilidad del recurso proyectado.

#### IV. CONCLUSIONES

1.<sup>a</sup> Una vez incoado en un Juzgado de Instrucción un procedimiento penal, cualquiera que éste sea, los Sres. Fiscales tienen la obligación de hacer un seguimiento del mismo, de promover las diligencias y medidas cautelares procedentes, de interponer los correspondientes recursos contra las resoluciones que estime contrarias a Derecho y de instar su rápida conclusión.

2.<sup>a</sup> Habrán de oponerse activamente los Sres. Fiscales a cuanto suponga innecesarias repeticiones de diligencias o inútiles acopios de material impropriadamente sumarial.

3.<sup>a</sup> Sin perjuicio de las competencias del Juez de Instrucción, no pueden los Sres. Fiscales delegar en éste la responsabilidad de llevar a cabo una correcta y eficaz investigación. A estos efectos, debe partirse de que es el Fiscal quien está en mejor posición, en tanto va a defender su pretensión en el acto del juicio oral, para orientar la instrucción.

4.<sup>a</sup> Partiendo siempre de esa inspección permanente de las actuaciones instructoras del Juez que han de desempeñar escrupulosamente los Sres. Fiscales, lógicamente la mayor o menor intensidad del seguimiento y control habrá de ser proporcionada a la entidad de la causa.

5.<sup>a</sup> Los Sres. Fiscales cuidarán igualmente durante la instrucción de dar debido cumplimiento a sus obligaciones para con la víctima y en protección del derecho de defensa.

En razón de todo lo expuesto, con el propósito de cumplir las obligaciones que en relación con la instrucción impone nuestro ordenamiento jurídico al Ministerio Público, los Sres. Fiscales se atendrán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Instrucción.

### INSTRUCCIÓN 3/2008, SOBRE EL FISCAL DE SALA COORDINADOR DE MENORES Y LAS SECCIONES DE MENORES

#### I. EL MINISTERIO FISCAL Y LOS MENORES

La especial tutela y amparo requerida por los menores, como ya subrayara la Resolución adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, encuentra su fundamento en el hecho de constituir la infancia uno de los colectivos más vulnerables de la sociedad.

El papel del Ministerio Fiscal en la protección de los derechos de los menores es fundamental tanto en el ámbito civil (*vid.* entre otros muchos, los artículos 92, 137, 148, 158 y 179 CC), como en el penal, en el que en ocasiones se le encomienda ponderar la conveniencia de interponer denuncia o querrela cuando la víctima es menor (*vid.* arts. 191, 201, 287, 296, 233 CP) o se le obliga a instar de la autoridad compe-

tente las medidas pertinentes para la debida custodia y protección del menor víctima de delitos, *vid.* artículo 233 CP) o a promover las acciones pertinentes con objeto de privar de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar en determinados casos (*vid.* art. 189.5 CP).

Asimismo, dentro del proceso penal, la reforma operada en la LECrim por LO 8/2006 también asigna al Fiscal un relevante papel en la protección del testigo menor de edad (*vid.* arts. 433, 448 y 707 LECrim).

Igualmente, las obligaciones del Ministerio Público en las tareas de supervisión de la Administración en su función de protección de menores son especialmente relevantes, en cuanto se configura al Ministerio Fiscal como órgano de control de las actuaciones administrativas de los servicios sociales competentes de cada Comunidad Autónoma (*vid.* art. 174 CC).

Del mismo modo, el Fiscal es protagonista en los procedimientos de responsabilidad penal de menores, ámbito en el que es tal la entidad de las funciones que se le atribuyen, que el artículo 3 EOMF llega incluso a dedicarle dos apartados, el quinto y el trigésimo para recordarle sus obligaciones, que van más allá de instruir y promover la imposición de medidas para abarcar *la defensa de los derechos que a los menores reconocen las leyes...* (art. 6 LORPM) y velar en todo momento por la protección de los derechos de las víctimas y de los perjudicados (art. 4 LORPM).

Puede pues decirse que, si el Fiscal es institucionalmente defensor de los derechos de todos los ciudadanos, en tanto es encargado de cuidar del funcionamiento eficaz de los mecanismos de protección de los menores, es específica y cualificada-mente defensor de los derechos de éstos.

Consecuentemente, el artículo 3.7 EOMF –perpetuando unas competencias ya recogidas en el Estatuto de 1926– encomienda al Ministerio Fiscal la protección de menores y desvalidos. La posición privilegiada que el ordenamiento confiere al Ministerio Público en defensa de los intereses de los menores, que se refleja en su intervención tanto en la jurisdicción especial de menores como en el orden civil y en el penal, permite mantener que el Fiscal está presente en todas las esferas de nuestro ordenamiento en las que se ventilan intereses de menores desprotegidos, desamparados o en situación de riesgo. De ahí la gran responsabilidad del Ministerio Público en el correcto funcionamiento de las instituciones de reforma y protección. Esta cuasiomnipresencia jurisdiccional del Fiscal respecto de los menores se subrayaba ya en la Instrucción 2/1992, de 13 de febrero, *sobre intervención de los Fiscales ante la Jurisdicción de menores* en la que se afirmaba que, *el Ministerio Fiscal es el único órgano que abarca las dos vertientes del área de menores, lo que le coloca en una situación privilegiada para ponderar el caso concreto en sus justos términos.*

La importancia que desde la Fiscalía General del Estado se da a la intervención con menores se refleja en la profusa doctrina que se ha generado sobre esta materia. Así, desde el año 2000, fecha de publicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, *reguladora de la responsabilidad penal de los menores* (en adelante, LORPM), dejando al margen los Instrumentos en los que sólo de manera tangencial se aborda la problemática relacionada con la reforma de menores, podemos reseñar los siguientes: Circular 1/2000, *relativa a los criterios de aplicación de la LORPM*; Instrucción 1/2000, *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*; Instrucción 2/2000, *sobre aspectos organizativos de las Secciones de Menores de las Fiscalías ante la entrada en vigor de la LORPM*; Circular 2/2001, *sobre la incidencia de las Leyes Orgánicas 7 y 9/2000, de 22 de diciembre, en el ámbito de la jurisdicción de menores*; Consulta 1/2002, *sobre ejecución de sentencias firmes recaídas en la pieza separada de responsabilidad civil tramitada con-*

forme a la LO 5/2000; Instrucción 3/2004 sobre las consecuencias de la desaparición del Secretario en las Secciones de Menores de Fiscalía; Consulta 3/2004, sobre la posibilidad de adoptar la medida cautelar de alejamiento en el proceso de menores; Consulta 2/2005, 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; Consulta 4/2005, sobre determinadas cuestiones en torno al derecho a la asistencia letrada en el proceso penal de menores; Instrucción 10/2005, sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil; Instrucción 5/2006, sobre los efectos de la derogación del artículo 4 LORPM, prevista por LO 8/2006 y, últimamente, la Circular 1/2007, sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006.

La doctrina de la Fiscalía General del Estado en materia de protección y derechos fundamentales de menores, aún no siendo tan extensa, tiene también su plasmación en los siguientes instrumentos, dejando al margen los relativos a menores inmigrantes no acompañados: Circular 3/1984, sobre actuación del Ministerio Fiscal ante los Tribunales Tutelares de Menores; Instrucción 2/1986, sobre defensa de menores; la Instrucción 3/1988, sobre persecución de malos tratos ocasionados a personas desamparadas y necesidad de hacer cumplir las obligaciones alimenticias fijadas en los procesos matrimoniales; Instrucción 6/1990, sobre menores ingresados en los centros penitenciarios de mujeres con sus madres presas; Instrucción 2/1993, sobre la función del Ministerio Fiscal y el derecho a la intimidad de los menores víctimas de un delito; Consulta 8/1997, sobre algunas cuestiones en relación con la formalización del acogimiento familiar; Consulta 2/1998, sobre la asunción de tutela por personas jurídicas públicas; Circular 1/2001, sobre incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles (apartado VII.5); Instrucción 3/2005, sobre las relaciones del Ministerio Fiscal con los medios de comunicación; Instrucción 2/2006, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores y finalmente la Instrucción 1/2007, sobre actuaciones jurisdiccionales e intimidad de menores.

Las importantes funciones que históricamente se han encomendado al Ministerio Fiscal en relación con los menores de edad han ido paulatinamente incrementándose en sucesivas reformas, y se han visto sustancialmente potenciadas tras la última redacción del EOMF, operada por Ley 24/2007, de 9 de octubre, con la previsión, al más alto nivel, de un Fiscal de Sala Coordinador de Menores con vocación además de abarcar tanto aspectos de reforma como de protección –apartado tercero del art. 20– auxiliado por un Fiscal adscrito, previsto genéricamente en el párrafo quinto del artículo 36 EOMF y creado específicamente por el artículo 4.1.a) del Real Decreto 1754/2007, de 28 de diciembre.

La plaza de Fiscal de Sala Coordinador de Menores tiene reflejo legal genérico en el apartado primero del artículo 13 EOMF, conforme al que el Fiscal General del Estado dirige la Fiscalía General del Estado, integrada por la Inspección Fiscal, la Secretaría Técnica, la Unidad de Apoyo y por los Fiscales de Sala que se determinen en plantilla. El Fiscal de Sala Coordinador de Menores se ubica, pues, orgánicamente en la Fiscalía General del Estado bajo la dependencia directa del Fiscal General del Estado.

Esto supone, junto a la clásica organización territorial, una estructuración funcional que agiliza los mecanismos de unidad de actuación de los instrumentos de dirección del Fiscal General del Estado, además de proporcionar una formación cada vez más especializada y una coordinación en el funcionamiento de los Fiscales encargados de tareas específicas relativas a menores, aun cuando pertenezcan a distintas Fiscalías. Con ello se produce un fortalecimiento institucional de la Fiscalía General del

Estado como centro directivo, con los principios de especialización y coordinación vertical como ejes del cambio organizativo del Ministerio Fiscal.

La función del Ministerio Público como pieza esencial para procurar una interpretación unitaria del ordenamiento jurídico contribuye a garantizar los principios de seguridad jurídica y de igualdad ante la ley, hasta el punto de que puede considerarse imprescindible en un Estado de Derecho. La importancia de este cometido, si puede predicarse con carácter general respecto de todos los ámbitos de actuación del Ministerio Fiscal, se intensifica de modo notorio cuando se proyecta sobre el ámbito del Derecho de Menores, en sus facetas tanto de reforma como de protección. Esta afirmación adquiere toda su dimensión si se tiene presente que tanto la ejecución de medidas impuestas en aplicación de la LORPM como la adopción y ejecución de medidas en protección de menores son competencia de las Comunidades Autónomas, por lo que el Ministerio Fiscal, actuando conforme al principio de unidad de actuación en todo el territorio nacional puede ser un importante factor de equilibrio y cohesión frente al riesgo de prácticas dispersas y descoordinadas.

En este mismo sentido debe repararse en que difícilmente puede llegar a cristalizar una jurisprudencia uniforme en la interpretación de la LORPM, teniendo en cuenta que, las restricciones derivadas de la regulación legal del recurso de casación para la unificación de doctrina en este ámbito, hacen que las sentencias del Tribunal Supremo sean escasas y excepcionales, los criterios exegéticos uniformes.

Bien es cierto que se cuenta con un *corpus* cada vez más abundante, de resoluciones de la denominada jurisprudencia menor, que a través de la resolución de los recursos de apelación frente a autos y sentencias de Juzgados de Menores, va estableciendo criterios interpretativos de la legislación penal de menores, pero no lo es menos que son frecuentes las discrepancias entre Audiencias de distintas provincias.

En este contexto, la función a desarrollar por el Fiscal de Sala Coordinador de Menores está llamada a desempeñar un papel clave para unificar criterios de actuación tras el estudio de los problemas concretos de interpretación que las Secciones de Menores territoriales vayan planteando.

Como bases de la actuación del Ministerio Público y por ende, del Fiscal de Sala Coordinador de Menores y de las Secciones de Menores territoriales debe partirse del principio del superior interés del menor (art. 3 de la Convención de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 –en adelante CDN– y artículo 1 de la LO 1/1996, de 15 de enero, *de protección jurídica del menor* –en adelante LOPJM–), tanto en materia de protección (arts. 9, 18, 20 y 21 CDN, art. 172.4 CC), como en relación con el sistema de justicia juvenil (arts. 37, 40 y 41 CDN; arts. 1 y 7.3 LORPM). En este último ámbito también será base de la actuación de la Fiscalía la necesidad de preservar los intereses legítimos de las víctimas.

Habrán igualmente de partirse de que el menor no es sólo objeto de protección, sino que también es sujeto de derechos. Los menores son personas y como tales deben ser tratados, en tanto titulares de los derechos propios inherentes a su condición humana, sin perjuicio de las modulaciones en el ejercicio exigidas por la especial naturaleza evolutiva de su personalidad.

Los Sres. Fiscales deben hacer patente en todas sus intervenciones respecto de menores su función de garantes de los derechos fundamentales y libertades públicas y, particularmente, tendrán en cuenta la defensa de los intereses del menor y del libre y equilibrado desarrollo de su personalidad, conjugado con la defensa de la legalidad y de los perjudicados por la acción del menor, el interés público tutelado por la Ley y el interés social.

Pero en todo caso, la guía principal de actuación del Fiscal en materia de menores ha de ser el principio del superior interés del menor que, en palabras del máximo

intérprete de la Constitución, es *norma de orden público, y por consiguiente, de insoslayable observancia en el Ordenamiento jurídico español* (ATC n.º 28/2001, de 1 febrero). Este principio debe entenderse desde la consideración preferente del posible beneficio que cualquier actuación concreta pueda propiciar, directa o indirectamente, en relación con la cobertura de las específicas necesidades del menor y la garantía de sus derechos, orientado a su desarrollo armónico y pleno, a la adquisición de su autonomía personal, y a la facilitación de su integración familiar y social. Se ha dicho que el buen funcionamiento de los servicios de atención a la infancia es uno de los sensores más importantes del nivel de desarrollo de una Sociedad. Incluso podría decirse que la forma con que una Comunidad trata a sus menores es el indicador más sensible de su nivel de desarrollo político, social y ético. En este cometido, el eficaz cumplimiento por el Fiscal de los deberes que legalmente le han sido asignados ha de ser un motor de impulso y mejora, pues la presencia del Ministerio Público en todos los ámbitos en que se dilucidan las medidas convenientes para la protección o reforma de los menores le atribuye una posición ideal para actuar como elemento de cohesión y de coordinación entre las distintas instituciones implicadas.

En definitiva, el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las Secciones de Menores de las Fiscalías serán, dentro del Ministerio Público, los depositarios de la obligación de actuar en defensa de los intereses de los menores, no solamente como promotores de la acción de la Justicia dentro del proceso, sino también fuera de él, como superiores vigilantes de las actuaciones protectoras de las Entidades Públicas de Protección de Menores.

## II. FUNCIONES DEL FISCAL DE SALA COORDINADOR

El apartado tercero del artículo 20 EOMF, dedicado al Fiscal de Sala Coordinador de Menores, no contiene un desglose pormenorizado de sus funciones, pero claramente expande sus competencias tanto al área de reforma como al de protección de menores, atribuyéndole las funciones de coordinación y supervisión de las Secciones de Menores. Además, introduce una cláusula de remisión genérica, declarando que *ejercerá funciones análogas a las previstas en los apartados anteriores de este artículo, en el ámbito de su respectiva especialidad, así como las que en su caso pueda delegarles el Fiscal General del Estado, todo ello sin perjuicio de las atribuciones de los Fiscales Jefes de los respectivos órganos territoriales.*

Consiguientemente, adaptando la regulación de los Fiscales de Sala Coordinadores de Violencia contra la Mujer y de Medio Ambiente a las funciones del Fiscal de Sala Coordinador de Menores, éste asumirá las siguientes:

a) Practicar las diligencias a que se refiere el artículo 5 EOMF, e intervenir directamente o a través de instrucciones impartidas a las Secciones en aquellos procesos penales o civiles de especial trascendencia apreciada por el Fiscal General del Estado, referentes a los delitos cometidos por menores o a procesos relativos a protección de menores.

La intervención, directa o a través de instrucciones, se producirá sólo en las causas que revistan «especial trascendencia,» correspondiendo legalmente al Fiscal General del Estado apreciar en cada caso la concurrencia de este concepto jurídico indeterminado. Tal decisión de oportunidad particularizada solo abarcará el conocimiento de aquellos procedimientos en los que concurren circunstancias de relevancia especial que lo justifiquen como pueden ser el número de víctimas, gravedad intrín-

seca del hecho, repercusión o trascendencia pública o social de la conducta, calidad del sujeto activo o pasivo, o cualquier otra circunstancia similar.

El Fiscal General del Estado adoptará la decisión por iniciativa propia o a propuesta del Fiscal de Sala Coordinador de Menores, que deberá recibir de las Secciones comunicación de los hechos que pudieren merecer aquella calificación, conforme a lo dispuesto en el artículo 25.2 EOMF.

Cuando las circunstancias del caso lo justifiquen y para poder valorar la concurrencia de esa excepcionalidad, el Fiscal de Sala Coordinador podrá tomar conocimiento de las diligencias solicitando copia o personándose en la Fiscalía correspondiente previa comunicación con el Fiscal Jefe de la Fiscalía competente. El acuerdo del Fiscal General del Estado será puesto en conocimiento del Fiscal Jefe de la Fiscalía correspondiente a través del Fiscal de Sala Coordinador de Menores.

En estos casos, la intervención del Fiscal de Sala Coordinador de Menores no está sujeta a límite territorial u orgánico alguno. Puede tener lugar ante cualquier Juzgado o Tribunal, quedando excluida la intervención ante el Tribunal Constitucional.

En todos estos casos, cuando la intervención del Fiscal de Sala Coordinador sea mediata, podrá verificarla a través de instrucciones concretas impartidas al Fiscal Delegado de Menores de la Fiscalía correspondiente, que también serán remitidas al Fiscal Jefe para su conocimiento.

Sin perjuicio de la propia experiencia que el acontecer del cargo vaya deparando y de lo que pueda aconsejar, la intervención del Fiscal de Sala Coordinador de Menores en determinados procesos propios de su especialidad se producirá generalmente a través del seguimiento de sus trámites, y excepcionalmente, mediante su participación personal en concretos actos procesales.

El seguimiento de los trámites del proceso por el Fiscal de Sala Coordinador de Menores implicará esencialmente dación de cuenta y/o control de determinados dictámenes del Ministerio Fiscal (visado) antes de darles curso (escritos de alegaciones, recursos, informes de competencia...). La participación concreta en el proceso podrá ser en vistas ante los órganos jurisdiccionales (recurso de casación...) o en la tramitación escrita.

b) Supervisar y coordinar la actuación de las Secciones de Menores y recabar informes de las mismas, dando conocimiento al Fiscal Jefe de las Fiscalías en que se integren.

La facultad de supervisar y coordinar, que incluye la posibilidad de recabar información sobre asuntos concretos a efectos de estadística, análisis y estudio, elaboración de pautas generales, etc., alcanzará a la estructura y funcionamiento de las Secciones de Menores de cada Fiscalía, a los cometidos que realizan los Fiscales adscritos y su adecuación numérica, la actuación del Delegado de Menores y, la Secretaría de la Sección y personal colaborador, sin perjuicio de las facultades que corresponde al Fiscal Jefe del que dependan orgánicamente. Por tanto, la opinión del Fiscal de Sala Coordinador de Menores, expuesta motivadamente, en caso de necesidad, al Fiscal Jefe de la Fiscalía territorial supondrá un criterio adicional a tener en cuenta para facilitar una más adecuada y pertinente distribución de trabajo.

A tales efectos, al Fiscal de Sala Coordinador de Menores se le dará traslado de las actas de Juntas de la Fiscalía que traten sobre materia de menores. Igualmente se le dará traslado de las actas de las Juntas de Fiscales de las Secciones de Menores prevista en la Instrucción 2/2000.

El Fiscal de Sala Coordinador de Menores dirigirá la Red de Fiscales especialistas de Menores como foro de intercambio de información y difusión de criterios de actuación en todo el territorio nacional. Las funciones de supervisión y coordinación –a nivel estatal– del Fiscal de Sala Coordinador de Menores se superponen a las

facultades de la misma naturaleza que corresponden al Fiscal Jefe y al Delegado de Menores. El Fiscal de Sala Coordinador pondrá en conocimiento de éstos las observaciones que estime oportunas para el mejor funcionamiento y organización de la Sección.

El Fiscal Jefe, titular de la Fiscalía, sigue siendo responsable de la actividad que han de desarrollar las Secciones, correspondiéndole resolver las discrepancias de criterio entre Delegados de Menores y los Fiscales adscritos a la Sección de Menores, al ostentar la supervisión inmediata de su funcionamiento y la supervisión mediata de la gestión de dirección y coordinación encomendada a los Delegados, responsabilidad que no queda diluida por las funciones de supervisión general del Fiscal de Sala Coordinador de Menores respecto de las Secciones de Menores de las Fiscalías territoriales.

En caso de mantener el Fiscal de Sala Coordinador discrepancia frente al Fiscal Jefe de una Fiscalía sobre el criterio a adoptar en procesos en curso, sobre interpretación de la Ley, o sobre organización y funcionamiento de las Secciones, expondrá la situación al Fiscal General del Estado para que éste adopte la decisión que proceda.

En el desempeño de las funciones de coordinación y supervisión de las Secciones territoriales, el Fiscal de Sala Coordinador habrá de mantener informados a los Fiscales Jefes.

c) Coordinar los criterios de actuación de las diversas Fiscalías en materias de protección y reforma de menores, para lo cual podrá proponer al Fiscal General del Estado la emisión de las correspondientes instrucciones.

d) Elaborar anualmente, y presentar al Fiscal General del Estado un informe sobre los procedimientos seguidos y actuaciones practicadas por el Ministerio Fiscal en materia de reforma y protección de menores, que será incorporado a la Memoria anual presentada por el Fiscal General del Estado.

En este punto debe tenerse presente que la remisión genérica que el apartado tercero del artículo 20 EOMF realiza a los apartados primero y segundo para concretar las facultades y funciones del Fiscal de Sala Coordinador de Menores permitiría optar bien por seguir el modelo previsto para el Fiscal de Sala Coordinador contra la Violencia sobre la Mujer (elaboración de informes semestrales y presentación al Fiscal General del Estado para su remisión a la Junta de Fiscales de Sala y al Consejo Fiscal, *vid.* artículo 20.1.c) o el previsto para el Fiscal de Sala Coordinador de Medio Ambiente [elaboración de un informe anual para su presentación al Fiscal General del Estado sin necesidad de remisión a la Junta de Fiscales de Sala y al Consejo Fiscal, *vid.* art. 20.1.e)].

Pues bien, en el trance de optar por una u otra alternativa, teniendo en cuenta el mayor rodaje en el funcionamiento de las Secciones de Menores, es preferible por razones de operatividad y eficiencia, seguir el modelo simplificado previsto para el Fiscal de Sala Coordinador de Medio Ambiente.

La Instrucción 2/2000, establecía que *semestralmente deberá remitirse comunicación a la Inspección de la Fiscalía General del Estado con los datos estadísticos disponibles, a fin de conocer el alcance de las diligencias preliminares y expedientes incoados por las Secciones de Menores de las Fiscalías y su evolución, especificando su estado de actualización, así como cuantas sugerencias estime de interés VE/VI, sobre los problemas surgidos en la aplicación de la Ley para lograr más eficazmente el resultado que pretende esta Instrucción.*

Tras la nueva regulación estatutaria, en armonía con las características del informe a elaborar por el Fiscal de Sala Coordinador de Menores, el informe o comunicación de las Secciones pasará a tener periodicidad anual, deberá extenderse además a la materia de protección de menores y habrá de remitirse también al Fiscal de Sala Coordinador de Menores.

Ello sin perjuicio lógicamente de que las Secciones de Menores, si lo estiman oportuno, puedan remitir informes sobre aspectos concretos al Fiscal de Sala Coordinador sin sujetarse a encorsetamiento temporal alguno, dando cuenta al Fiscal jefe respectivo.

En cuanto al contenido del informe anual, habrán de hacerse constar las estadísticas, las reuniones mantenidas con autoridades o instituciones para el mejor cumplimiento de las funciones encomendadas a la Sección de Menores, referencia a asuntos de mayor trascendencia o complejidad y las cuestiones o problemas sustantivos, procesales o relativos a la organización del servicio que se planteen. El Fiscal Delegado de Menores asumirá, cuando el Fiscal Jefe lo delegue, la redacción del capítulo sobre menores, a incorporar a la Memoria. Tal capítulo se integrará por el informe a elaborar durante cada anualidad.

Además de estas funciones, directamente entroncadas en el EOMF, el Fiscal de Sala Coordinador de Menores desempeñará las siguientes, derivadas de las legalmente previstas de forma expresa:

1) Proposición de reformas para propiciar una intervención activa y eficaz del Ministerio Público en relación con la protección de los menores, su responsabilidad penal y la garantía de sus derechos fundamentales.

2) Elaboración de criterios para la unificación de actuaciones entre las Secciones basándose, fundamentalmente, en reuniones periódicas, cursos especializados eminentemente prácticos, elaboración de protocolos y guías de actuación de tales Fiscales, intercambio, publicación y difusión de las actividades anuales de las Secciones, elaboración de resúmenes jurisprudenciales sobre menores, etc.

3) Adopción de medidas orientadas a la mejora de la estadística.

4) Proposición al Fiscal General del Estado de las Circulares que considere necesarias y elaboración de propuestas de resolución de las Consultas que se planteen sobre las materias de su competencia.

En este punto podrán los Delegados de Menores, directamente o a través de su Fiscal Jefe, elevar al Fiscal de Sala Coordinador las consultas que estimen oportunas en relación con cuestiones que se planteen sobre materias de su competencia. Atendiendo a la entidad de las cuestiones suscitadas, el Fiscal de Sala Coordinador podrá optar por remitir a la Fiscalía consultante un dictamen fijando su posición, del que se dará traslado al Fiscal General del Estado para su conocimiento, o bien por elevar un borrador de resolución de Consulta al Fiscal General del Estado.

5) Coordinación general con las autoridades y órganos competentes de las distintas Administraciones.

6) Impulso y participación en la adopción de Protocolos y Convenios de coordinación y colaboración con los demás organismos implicados en la reforma y protección de los menores.

7) Proposición de cursos de formación permanente de Fiscales sobre las materias relativas a menores, e intervención en la coordinación de los mismos, colaborando con la Secretaría Técnica en la determinación de los criterios para la formación de Fiscales especialistas, dentro del marco general de los planes de formación continuada y conforme a los criterios organizativos establecidos en la Instrucción 5/1993, de 27 de diciembre, sobre la formación y perfeccionamiento de los miembros de la Carrera Fiscal.

Será objeto de especial cuidado y atención la formación de los Fiscales especialistas en menores. En efecto, en esta rama del Derecho adquiere singular relevancia la sensibilidad y formación de todos los intervinientes y, en especial, a la vista de su protagonismo, del Fiscal. La necesidad de especialización aparece recogida en los instrumentos internacionales (*vid.* punto 9 de la Recomendación 87 (20) del Comité

de Ministros del Consejo de Europa y art. 12 Reglas de Beijing) y en nuestro Derecho interno (*vid.* Disposición final cuarta LORPM). Se trata en definitiva de que las causas de protección y reforma sean atribuidas a Fiscales expertos en el ámbito de la infancia y adolescencia y en Derecho de menores, de forma que se utilicen los parámetros que rigen en esta materia especial, teniendo en cuenta que los destinatarios de estas normas son seres en formación, y deben por ello durante todas las fases del procedimiento, recibir un trato diferente al que reciben los adultos, adaptado a sus necesidades especiales.

8) Presidencia en su caso y por delegación del Fiscal General del Estado, de las Juntas de Fiscales Jefes que pueda convocar como superior jerárquico el Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma para fijar posiciones o mantener la unidad de criterios sobre las materias de la especialidad. En tales casos, la convocatoria se pondrá anticipadamente en conocimiento del Fiscal de Sala a efectos de posibilitar, en su caso, su presencia. En todo caso se le dará traslado del acta con las conclusiones alcanzadas.

9) Participación, cuando el Fiscal General del Estado lo estime oportuno, en organismos y entidades supranacionales e internacionales, que aborden materias relacionadas con la responsabilidad penal, la protección y la promoción de los derechos fundamentales de los menores.

10) Establecimiento de los contactos institucionales precisos con las instancias judiciales, policiales, administrativas, educativas, colegios de abogados y procuradores, y otros colectivos o entidades implicados o afectados, públicos o privados, a fin de mantener una cooperación eficaz en materias relacionadas con la responsabilidad penal, la protección y la promoción de los derechos fundamentales de los menores.

11) Coordinación con los Fiscales de Sala Jefes de lo Penal de la Fiscalía del Tribunal Supremo en punto a la interposición y tramitación del recurso de casación para la unificación de doctrina previsto en el artículo 41 de la LORPM. Esta intervención, que tendrá lugar en cada caso con el previo conocimiento del Fiscal General del Estado, se justifica específicamente por la especial naturaleza de este recurso, cuyos objetivos coinciden con los asignados funcionalmente al Fiscal de Sala Coordinador de Menores.

12) El Fiscal de Sala Coordinador de Menores tendrá también el cometido de recibir, contestar y dar curso a aquellos escritos que sobre materias de su competencia se remitan al Fiscal General del Estado por ciudadanos, asociaciones e instituciones. En caso de que tales escritos se refieran a quejas con posible trascendencia disciplinaria en relación con la actuación de los Delegados o Fiscales adscritos, habrá de procederse a su remisión a la Inspección Fiscal.

### III. FUNCIONAMIENTO Y COMETIDO DE LAS SECCIONES DE MENORES

#### III.1 Régimen general

La Sección de Menores se configura como Unidad especializada y organizada, con entidad propia y específicos cometidos, integrada en el organigrama de funcionamiento y servicios de cada Fiscalía. La Sección de Menores aglutina un conjunto de medios personales y materiales que se organizan ante la exigencia de especializar la intervención del Ministerio Fiscal en tales materias, aunque sin constituirse propiamente ni en Órgano del Ministerio Fiscal ni en Fiscalía Especial.

La Sección de Menores como Sección organizada ante la exigencia de especializar la intervención del Ministerio Fiscal en determinadas materias fue la primera de entre las existentes en las Fiscalías territoriales en adquirir rango legal.

El carácter especializado de la Sección de Menores deriva de la específica materia sobre la que recae su actuación, que requiere formación y sensibilidad en los Fiscales ante los diversos problemas sociales y jurídicos que presenta el menor como ser en formación, tanto cuando entra en conflicto con la Ley penal, como cuando se encuentra en situación de riesgo o desamparo, como cuando ve violados sus derechos fundamentales. Es un pilar básico del Derecho de Menores la idea de que los mismos necesitan un tratamiento específico, de acuerdo con sus necesidades.

En efecto, la disposición final cuarta de la LO 5/2000, en su apartado segundo, dispone que en todas las Fiscalías existirá una Sección de Menores compuesta por miembros de la Carrera Fiscal, especialistas, con las dotaciones de funcionarios administrativos que sean necesarios, según se determine reglamentariamente.

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, de responsabilidad penal de los menores* abordó de forma pormenorizada la organización y funcionamiento de estas secciones.

Con posterioridad, se ha sucedido de forma imparable la constitución de secciones, ya por vía legal o reglamentaria, ya a través de las potestades autoorganizativas del Ministerio Fiscal. Tras la última reforma del EOMF llevada a cabo por Ley 24/2007, de 9 de octubre, se mantienen como legalmente obligatorias las Secciones de Menores de la Fiscalía de la Audiencia Nacional y de las Fiscalías Provinciales; además de las Secciones de Violencia contra la Mujer y las Secciones de Medio Ambiente de las Fiscalías Provinciales. Se prevén legalmente pero con carácter potestativo las Secciones de Seguridad Vial y Siniestralidad Laboral.

El artículo 18 EOMF en su apartado tercero *in fine*, prevé la posibilidad de que se constituyan Secciones de Menores en las Fiscalías de las Comunidades Autónomas. Con el esquema competencial actualmente vigente, en el que la segunda instancia se atribuye a las Audiencias Provinciales, no procederá por el momento hacer uso de tal posibilidad, a salvo, lógicamente, de la necesidad de constituir Secciones de Menores en las Fiscalías de las Comunidades Autónomas uniprovinciales no desdobladas.

En relación con los aspectos organizativos de las Secciones de Menores de las Fiscalías debe, como cláusula general, partirse de la vigencia de la ya reseñada Instrucción 2/2000, de 27 de diciembre que reguló las cuestiones relativas a las condiciones que han de reunir los fiscales integrados en las Secciones, la ubicación de tales Secciones, programas de informatización, libros que han de llevarse, diligencias preliminares y expedientes, custodia de los mismos, carpetillas que han de abrirse, extractos que han de elaborarse, visados, juntas de sección, guardias, comunicaciones con otras fiscalías, resolución de las discrepancias que puedan surgir y ayuda a las víctimas de los delitos violentos y contra la libertad sexual.

Ha de tenerse presente no obstante, que el apartado de dicha Instrucción referido al Secretario en las Secciones de Menores y a sus funciones debe entenderse sustituido por la regulación contenida en la Instrucción 3/2004 *sobre las consecuencias de la desaparición del Secretario en las Secciones de Menores de Fiscalía*.

Igualmente, las consideraciones que se realizan sobre el personal auxiliar de las Secciones de Menores conservan su validez, si bien adaptadas a la nueva regulación de los Cuerpos de Gestión Procesal y Administrativa, de Tramitación Procesal y Administrativa y del Cuerpo de Auxilio Judicial incorporada a la LOPJ tras la reforma operada por LO 19/2003, de 23 diciembre.

En relación con el tratamiento de la remisión de los informes del Equipo Técnico, a las consideraciones de la Instrucción 2/2000 deben añadirse los nuevos criterios incorporados por la Circular 2/2006 conforme a la que, *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.*

Por último, las partes de la Instrucción 2/2000 dedicadas a la designación del Delegado de Menores deben entenderse sustituidas por las pautas contenidas en la presente.

### III.2 Cometidos de las Secciones de Menores

El párrafo cuarto del apartado tercero del artículo 18 EOMF establece como cometido de las Secciones de Menores *las funciones y facultades que al Ministerio Fiscal atribuye la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.*

Sin embargo, en la práctica, en la mayoría de las Fiscalías, las Secciones de Menores asumen también las competencias en materia de protección y derechos fundamentales de menores. De hecho, la Instrucción 2/2000, de 27 de diciembre ya consideraba que tal asunción *ha de considerarse sumamente positiva, siendo ello de otra parte lo aconsejable si las circunstancias lo permiten, ante las importantes vinculaciones de una y otra materia así como que con arreglo al sistema organizativo de cada Fiscalía, las Secciones de Menores podrán seguir compartiendo actividades de Reforma y tareas de Protección.*

El hecho de que al Fiscal de Sala Coordinador de Menores se le asignen conjuntamente competencias en materia de protección y reforma de menores apunta a la conveniencia de generalizar este sistema unificado de llevanza de los asuntos de menores, de modo que las Secciones de Menores se aglutine todo lo relativo a reforma y protección de menores traduciendo orgánica, funcional y territorialmente el ámbito competencial del Fiscal de Sala Coordinador.

La unificación en una única Sección de Menores de las competencias sobre protección y reforma de menores lleva aparejado un mejor conocimiento de las evidentes conexiones entre una y otra dimensión, una mayor coordinación con la Entidad Pública competente y una potenciación del rol de la Sección de la Fiscalía como referente social en todo tipo de problemas relativos a menores dentro del ámbito de actuación del Ministerio Público. Las conexiones existentes entre ambas esferas son, por lo demás, evidentes, tanto en relación con la actuación administrativa respecto de menores infractores que no alcanzan los catorce años como por el hecho innegable de que una parte importante de menores que incurren en responsabilidad penal se encuentran simultáneamente en situación de riesgo o directamente en desamparo. En este sentido, ya la añeja Instrucción 2/1992, de 13 de febrero, *sobre la intervención de los Fiscales ante la Jurisdicción de menores* reparaba en que *la población objeto de ambas actuaciones –protectora y correctora– es sociológicamente la misma. El adolescente con problemas comienza desarrollando actos contrarios a la dinámica familiar y escolar –generadores de un riesgo para el libre desarrollo de su personalidad– y acaba realizando actos que la Ley Penal tipifica como delitos o faltas.*

Ello no es obstáculo a que, dentro de las facultades autoorganizativas de las Fiscalías se repartan los cometidos de reforma y protección entre los Srs. Fiscales adscritos a la Sección de Menores, pero siempre en el triple entendimiento de que las

competencias de ésta se extienden a los dos ámbitos de actuación, de que han de ejercitarse de forma coordinada y bajo la supervisión de un único Fiscal Delegado, y de que la Sección de Menores debe considerarse unificada y organizarse conforme a los criterios expuestos.

Con carácter general, las Secciones de Menores tendrán los siguientes cometidos:

1) Se encargarán de mantener cuando el Fiscal Jefe lo delegue las reuniones periódicas procedentes con autoridades autonómicas y provinciales, así como con los mandos policiales. También, cuando el Fiscal Jefe lo delegue, mantendrán las reuniones y contactos que estime oportunos con Asociaciones de Víctimas en este ámbito.

2) Participarán a través del Delegado de Menores en las reuniones que periódicamente se celebren con el Fiscal de Sala Coordinador con vistas a unificar criterios.

3) Mantendrán en el ámbito territorial cuando el Fiscal Jefe lo delegue la actividad de colaboración y participación precisa con los servicios y entidades, públicas y privadas que tengan como función promover y garantizar los derechos de los menores.

Debe aquí tenerse presente que en el ámbito del Derecho de Menores existe implícita una obligación de colaboración interinstitucional que se impone a los entes, órganos e instituciones públicas y privadas, a fin de proporcionar a los menores en riesgo, desamparo o conflicto social una atención coherente y organizada que, además de facilitar la detección de situaciones de desprotección, permita intervenciones eficaces.

También conviene subrayar el importante papel que la iniciativa social, a través de Organizaciones No Gubernamentales y de Instituciones educativas puede desempeñar en el ámbito de la divulgación, fomento y desarrollo de los derechos de la infancia y la adolescencia, debiendo las Secciones de Menores promover cauces de comunicación con estas entidades para facilitar en estos ámbitos la participación, la consulta y la transmisión de información.

4) Darán cuenta al Fiscal de Sala Coordinador de Menores de las diligencias o procedimientos que puedan merecer la consideración de «especial trascendencia» a los efectos de su posible intervención directa.

5) Remitirán al Fiscal de Sala Coordinador de Menores los escritos de acusación, informes, testimonios de actuaciones, sentencias y recursos sobre la materia que revistan singular trascendencia.

6) Mantendrán los contactos precisos para asegurar una efectiva coordinación con las demás Secciones de la Fiscalía, en especial con la Sección de Extranjería (*vid. infra*, epígrafe III-4, punto 10); con la de Medio Ambiente (*vid. Instrucción 4/2007*, apartado III.1); con la Sección Civil, en la que se dilucidan pretensiones con efectos directos sobre menores y que deben también estar presididas por su superior interés; con la de Violencia Sobre la Mujer (*vid. Instrucción 4/2007*, apartado IV); y muy especialmente con la Sección de Vigilancia Penitenciaria, pues, como ya se aclaró en la Circular 1/2007, en su apartado VII.1 *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.*

7) Remitirán los correspondientes testimonios a la autoridad administrativa competente a los efectos legalmente procedentes, cuando de las actuaciones practicadas en Diligencias preprocesales o en expedientes de reforma o de protección se desprendiera la posible comisión de una infracción administrativa relativa a las

disposiciones autonómicas sobre atención y protección de los derechos de la infancia y la adolescencia.

### III.3 Cometidos de la Sección de Menores en materia de reforma

Conforme a las previsiones legales pueden sintetizarse del siguiente modo:

1) Dirigir personalmente la investigación de los hechos dando las órdenes precisas a la Policía Judicial, instruyendo el correspondiente expediente (arts. 6 y 16 LORPM).

2) Garantizar en todo momento la protección de los derechos de las víctimas y de los perjudicados por las infracciones cometidas por los menores, ejercitando en su caso las correspondientes acciones civiles (art. 4, párrafo primero, LORPM).

3) Defender los derechos de los menores infractores y la observancia de las garantías del procedimiento (art. 6 LORPM).

4) Remitir en su caso a la entidad pública de protección de menores testimonio de los particulares que considere precisos respecto a menores de catorce años que hubieren incurrido en una infracción penal, a fin de valorar su situación e igualmente remitir esos mismos testimonios cuando las actuaciones practicadas pongan de relieve la necesidad o conveniencia de adoptar medidas de protección respecto de algún menor (arts. 3 y 53.2 LORPM).

5) Supervisar la legalidad de las detenciones de menores practicadas por la Policía (art. 17.1 LORPM).

6) Ejercer conforme a Derecho el principio de oportunidad y promover cuando proceda soluciones extrajudiciales (arts. 18, 19 y 27.4 LORPM).

7) Promover activamente la acumulación de procedimientos conexos (arts. 20.1 LORPM y 17 LECrim)

8) Instar la adopción de medidas cautelares conforme a los fines constitucional y legalmente previstos y oponerse a las indebidamente solicitadas por otras partes (arts. 28 y 29 LORPM).

9) Velar por la celeridad en la tramitación del procedimiento, esencial para la consecución de los objetivos educativo-sancionadores previstos por la LORPM (arts. 40 CDN y 10 Pacto Internacional de 19 diciembre 1966 de Derechos Civiles y Políticos).

10) Promover la imposición de medidas cuando sea procedente y consalvaguarda del principio del superior interés del menor (art. 7 LORPM).

11) 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 (principios 8 y 21 de las Reglas de Beijing, art. 40 CDN, y art. 35. 2 LORPM).

12) Interponer los recursos en cada caso procedentes en defensa de la legalidad, de los derechos del menor infractor, de la salvaguarda del superior interés del mismo y de los derechos de víctimas y perjudicados (arts. 41 y 42 LORPM)

13) Promover la ejecución de las sentencias y el respeto a la legalidad y a las previsiones reglamentarias durante la misma, implementando cuando sea procedente la aplicación del principio de flexibilidad (arts. 13, 44.1 y 51 LORPM).

14) Visitar regularmente los centros de internamiento de menores, controlando su adecuación a las disposiciones legales y reglamentarias y el respeto a los derechos de los menores internados, inspeccionando las instalaciones, las medidas de seguridad e higiene y entrevistándose reservadamente con los menores que así lo soliciten,

promoviendo la corrección de las deficiencias que se observen [arts. 4.2 EOMF y 56.2.i) LORPM].

En caso de que las disfunciones comunicadas a la Autoridad Autónoma competente no sean corregidas en plazo razonable, atendidas las circunstancias en cada caso concurrentes, la Sección, a través del Fiscal Jefe, lo pondrá en conocimiento del Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma y del Fiscal de Sala Coordinador.

15) Promover la refundición de las medidas impuestas a un mismo menor (arts. 11, 12 y 47 LORPM).

16) Y, en fin, en conexión con las anteriores, las demás funciones previstas en la LORPM y en su Reglamento de ejecución.

#### III.4 Cometidos de la Sección de Menores en materia de protección y derechos fundamentales

Los plurales cometidos que asume el Ministerio Público en este ámbito pueden básicamente sintetizarse en dos: la encomienda que el artículo 174 CC le atribuye en cuanto a la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores, y la promoción de las acciones procedentes por violación de derechos fundamentales de menores respecto de los que el ordenamiento jurídico y en especial la LOPJM, reconoce legitimación al Fiscal.

Sin perjuicio de que tales contenidos sean desgranados en detalle en una futura Circular, puede en este ámbito hacerse especial referencia a:

1) Ejercer las funciones extraprocerales derivadas de la superior vigilancia de las actuaciones de las Entidades Públicas de Protección de Menores (arts. 174 CC y concordantes y 17 y 18 LOPJM).

2) Intervenir en procesos judiciales relativos a adopciones, acogimientos e impugnaciones de medidas protectoras acordadas por las Entidades Públicas respecto de menores (art. 749.2 LEC 2000).

3) Promover, ya en sede administrativa, ya en sede judicial, medidas en protección de menores en situación de riesgo o desamparo, entre otras, en supuestos de malos tratos, absentismo escolar, comisión de delitos por menores de catorce años, menores en riesgo por consumo de alcohol u otras sustancias tóxicas, menores utilizados para la mendicidad, etc. (art. 174 CC y art. 13.1 LOPJM).

El deber de comunicación y denuncia que, respecto de toda situación de riesgo o posible desamparo conocida alcanza a cualquier persona, resulta especialmente exigible al Ministerio Fiscal. La gravedad de las consecuencias que para el menor aparecen ligadas a situaciones de desprotección exige asegurar que la noticia pueda llegar de inmediato a las autoridades a fin de que sea igualmente inmediata la activación del sistema de protección, evitando que la demora en ésta contribuya a dificultar la reparación o a agravar los efectos.

4) Promover medidas cautelares urgentes conforme al artículo 158 CC para apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios, como en los supuestos de riesgos de traslados para la práctica de la mutilación genital femenina o de sustracción internacional de menores.

5) Proteger los derechos de los menores en supuestos en ensayos clínicos (*vid. Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos*), y en investigaciones que impliquen procedimientos invasivos sin beneficio directo (art. 20.2 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de *Investigación biomédica*).

6) Promover acciones en defensa de los derechos fundamentales de los menores, en especial ante lesiones a la intimidad y propia imagen de menores, ante la pertenencia de un menor o de sus padres a una asociación cuando ésta impida o perjudique el desarrollo integral del menor y ante internamientos de menores en centros psiquiátricos (arts. 4, 7.2 LOPJM y 763.2 LEC 2000).

Aun reconociéndose a los menores capacidades y derechos, debe partirse de que los mismos se encuentran, por su condición de tales, en una situación de debilidad, inferioridad e indefensión, constituyendo por ello un sector de población caracterizado por una especial vulnerabilidad. Este hecho determina, por una parte, la necesidad de dispensarles un *plus* de protección jurídica y, por otra, la obligación del Ministerio Fiscal de asegurar su efectividad. El respeto a la autonomía, libertad y dignidad del menor y la consideración de su participación en la toma de decisiones en función de sus capacidades habrá de ser tenido especialmente en cuenta.

Habrà en este ámbito de partirse del principio expresado por la Exposición de Motivos de la LOPJM de que *la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección de la infancia es promover su autonomía como sujetos*.

Deberà igualmente tenerse presente que el niño no sólo es sujeto de los derechos que a toda persona, por el hecho de serlo, corresponden, sino que además lo es de aquellos otros derivados de la especial protección que, por su propia situación de dependencia, le es debida.

7) Promover acciones de cese y rectificación de publicidad ilícita dirigida a menores (art. 5.5 LOPJM).

8) Intervenir en procesos sobre sustracción internacional de menores (art. 1902 anterior LEC).

9) Cumplimentar de forma efectiva del derecho del menor a poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que considere que atentan contra sus derechos con el fin de que éste promueva las acciones oportunas [art. 10.2.b) LOPJM].

10) Salvaguardar los derechos de los menores extranjeros aun cuando no residieran legalmente en España, conforme al artículo 10 LOPJM. En este punto debe hacerse un deslinde respecto de las competencias atribuidas a las Secciones de Extranjería que, conforme a la Instrucción 5/2007, de 18 de julio, tienen asignada la función de intervenir, o en su caso, coordinar, supervisar y trasladar las pautas a seguir en los expedientes sobre determinación de edad y repatriación de menores extranjeros no acompañados (arts. 35 LE y 92 RE). Por tanto, en estos ámbitos y en los derivados de los mismos (tratamiento de menores no acompañados a los que pretenda retornarse en frontera a sus países de origen, menores polizones en embarcaciones localizados en territorio nacional, etc.), será el Fiscal de Sala Coordinador de Extranjería y las correspondientes Secciones las que elaboren las pautas de actuación. A tales efectos deberá existir una estrecha colaboración entre unas y otras Secciones.

11) Promover medidas y protocolos tendentes a evitar la victimización secundaria de testigos menores.

12) Visitar periódicamente los Centros de Protección de Menores (art. 21.4 LOPJM), inspeccionando las instalaciones, las medidas de seguridad e higiene y entrevistándose reservadamente con los menores que así lo soliciten, promoviendo la corrección de las deficiencias que se observen. En caso de que las disfunciones comunicadas a la Autoridad Autonómica competente no sean corregidas en plazo razonable, atendidas las circunstancias en cada caso concurrentes, la Sección, a través del Fiscal Jefe, lo pondrá en conocimiento del Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma y del Fiscal de Sala Coordinador.

13) Supervisar la situación de los menores que permanezcan con sus madres en Centros Penitenciarios.

14) Llevar el índice de tutelas y los demás registros derivados de sus funciones de protección (art. 23 LOPJM).

15) Otras materias análogas o conexas con las anteriores, orientadas a garantizar la efectividad del superior interés del menor.

#### IV. DESIGNACIÓN Y CESE DE LOS DELEGADOS DE MENORES

##### IV.1 Régimen general

En el reformado artículo 18, apartado tercero, párrafo segundo, se dispone que las Secciones *podrán constituirse, si se estima necesario para su correcto funcionamiento según el tamaño de las mismas, bajo la dirección de un Fiscal Decano*.

No será necesario, pues, que el responsable de la Sección tenga el estatus de Decano. Dependerá de la entidad de la Sección (subordinada a su vez a las necesidades impuestas por el volumen de asuntos generado por la especialidad) y, lógicamente, de las disponibilidades impuestas por la plantilla orgánica, que es la que determinará el número máximo de Fiscales Decanos que se podrán designar en cada Fiscalía. Por tanto, allí donde las circunstancias no aconsejen o no permitan el nombramiento de Decano como responsable de la Sección de Menores, podrá encomendarse esta función a uno de los Fiscales integrados en la misma, que será Delegado de Menores sin rango de Decano.

En cualquier caso se mantendrá unificado el sistema de nombramiento del Delegado de Menores, tenga o no el rango de Fiscal Decano. Conforme al nuevo artículo 36.4 EOMF tal sistema de nombramiento seguirá dos coordenadas básicas:

1) Serán nombrados y, en su caso, relevados mediante resolución dictada por el Fiscal General del Estado, a propuesta motivada del Fiscal Jefe respectivo.

2) Para la cobertura de estas plazas será preciso, con carácter previo a la propuesta del Fiscal Jefe correspondiente, realizar una convocatoria entre los Fiscales de la plantilla. A la propuesta se acompañará relación del resto de los Fiscales que hayan solicitado el puesto con aportación de los méritos alegados.

El sistema de cese del Delegado de Menores de la Fiscalía también será unificado, ostente o no la cualidad de Decano. Consiguientemente será, en su caso, relevado mediante resolución dictada por el Fiscal General del Estado, a propuesta motivada del Fiscal Jefe respectivo (apartado cuarto del artículo 36 EOMF).

En todo caso se garantizará la audiencia del Delegado cuyo relevo vaya a ser propuesto. El Fiscal General del Estado –motivando debidamente el acuerdo– podrá discrepar de la propuesta de relevo. El nombramiento de Delegado de Menores no está sujeto a límite temporal, pero será renunciable por razones justificadas que expondrá por escrito el interesado, requiriendo la aprobación del Fiscal General del Estado.

El Delegado que presente la renuncia continuará desempeñando sus funciones hasta tanto no sea aprobada por el Fiscal General del Estado. La efectividad de la renuncia podrá aplazarse para evitar perjuicios al interés general por el que debe velar el Ministerio Fiscal.

El nombramiento de un nuevo Fiscal Jefe de la Fiscalía territorial no implica el cese del Delegado de Menores. Tampoco arrastrará tal consecuencia la designación de un nuevo Fiscal General del Estado.

Lógicamente, cuando el Delegado de Menores no tenga rango de Decano, su estatus personal no diferirá respecto del resto de los Fiscales de la plantilla, sin perjuicio de las atribuciones derivadas de su nombramiento.

El mismo sistema será aplicable *mutatis mutandis* al Delegado de Menores de la Audiencia Nacional.

#### IV.2 El Delegado de Menores para la Comunidad Autónoma

En las Comunidades Autónomas pluriprovinciales podrá designarse por el Fiscal General del Estado, en los casos en que se considere necesario, un Delegado del Menores para la Comunidad Autónoma, con funciones de relación y coordinación entre los Delegados y Fiscales especialistas de la Comunidad y de enlace con el Fiscal de Sala Coordinador.

El Delegado de Menores para la Comunidad Autónoma será propuesto por el Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma de entre los Delegados Provinciales de la Especialidad del territorio autonómico.

#### IV.3 Intervención del Fiscal de Sala Coordinador de Menores

Pese a que el EOMF no contiene una previsión al respecto, los nombramientos y ceses de los Delegados de Menores, del Delegado de Menores de la Audiencia Nacional y de los Delegados de Menores para la Comunidad Autónoma irán precedidos de un trámite de audiencia al Fiscal de Sala Coordinador de Menores.

A tales efectos, la propuesta del Fiscal Jefe tanto de nombramiento como de cese de Delegados territoriales será remitida para su tramitación ante la Fiscalía General del Estado al Fiscal de Sala Coordinador de Menores, que podrá efectuar las consideraciones que estime pertinentes.

La aprobación de la renuncia del Delegado Provincial de la especialidad podrá ser delegada por el Fiscal General del Estado en el Fiscal de Sala Coordinador de Menores. El escrito de renuncia en todo caso se dirigirá para su tramitación ante la Fiscalía General del Estado al Fiscal de Sala Coordinador de Menores, que en su caso podrá formular las apreciaciones que estime pertinentes.

#### IV.4 Cometidos de los Delegados de Menores

Al frente de las respectivas Secciones de Menores, tanto provinciales como de la Audiencia Nacional habrá de situarse por tanto, el Delegado de Menores, sin perjuicio de la entidad y número de las facultades de dirección y coordinación que el Fiscal Jefe le encomiende.

Los Fiscales Jefes siguen ostentando la dirección del órgano fiscal por corresponderles la jefatura de la Fiscalía (art. 22.5 EOMF), conservando por tanto las funciones de dirección y coordinación de la Sección que no le encomienden específicamente, y en todo caso la inspección y supervisión del funcionamiento de la misma. El hecho de la delegación de determinadas funciones de dirección y coordinación tampoco supone impedimento para que los Fiscales Jefes puedan asumir el despacho de cuantos asun-

to lo merezcan, por su especial trascendencia o envergadura, alarma producida o peligro personal que la llevanza del asunto represente (art. 109 Reglamento Orgánico del Ministerio Fiscal 437/1969, de 27 de febrero). En todo caso, la necesidad de delegar las funciones de responsabilidad al frente de las Secciones de Menores en Fiscales Delegados es incompatible con el ejercicio de estos cargos por los propios Fiscales Jefes.

Con carácter general los Delegados de Menores ejercerán las facultades en el ámbito territorial de la respectiva Fiscalía, asumiendo la responsabilidad de:

- a) Dirigir la Sección en las facetas que le encomiende el Fiscal Jefe.
- b) Coordinar la actividad y cometidos de la Sección y de los Fiscales adscritos que le encomiende el Fiscal Jefe y de cuantos Fiscales hayan de participar en materias propias de la Sección por corresponder a su intervención (por ejemplo: actuaciones en servicio de guardia).
- c) Las demás funciones que les sean encomendadas de acuerdo con las potestades autoorganizativas de cada Fiscalía.

En todas las Fiscalías deberá haber además del Delegado de Menores, al menos otro Fiscal adscrito a la Sección, de manera que aquél pueda ser sustituido en los casos ordinarios de baja por enfermedad, licencias o permisos, y cuando cese (sea por traslado a destino en Fiscalía distinta o por otra causa) mientras se procede a la designación de nuevo Delegado.

## V. DELEGACIÓN DE FUNCIONES DEL FISCAL JEFE EN EL DELEGADO DE MENORES

El Fiscal Jefe Provincial y el Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional formalizarán la delegación de funciones de dirección y coordinación por escrito.

El documento de delegación recogerá expresamente las funciones relacionadas con menores, que han de recaer sobre actividades de dirección o coordinación compatibles con la responsabilidad de supervisión que al Jefe corresponden, inspirándose en el principio de dotar de mayor eficacia a la Sección y la consideración de su carácter especializado. De los documentos de delegación y de sus modificaciones se dará cuenta a la Inspección Fiscal y al Fiscal de Sala Coordinador de Menores, remitiendo copia.

Son funciones de dirección y coordinación que los Fiscales Jefes podrán encomendar a los Delegados de Menores, entre otras:

- a) La coordinación, reparto de trabajo, y asignación de servicios en la materia de menores (reforma, protección y derechos fundamentales) entre los Fiscales especialistas adscritos a la Sección.
- b) La relación con los Delegados de otras Secciones, y con los Delegados de los demás Servicios de la Fiscalía así como con los Delegados de Menores en otras Fiscalías territoriales y en la Audiencia Nacional.
- c) La organización de los registros de la Sección.
- d) La ordenación y reparto de trabajo del personal auxiliar adscrito a la Sección, así como la emisión de instrucciones sobre cuestiones accesorias o complementarias al funcionamiento de la Secretaría de la Sección, de las que conocerá previamente el Fiscal Jefe.

e) La elaboración de estudios para mejora del servicio que presta la Sección o sobre las cuestiones técnicas que suscite la aplicación de la normativa de menores. Sin perjuicio de su traslado al Fiscal de Sala Coordinador, el Fiscal Jefe podrá introducir para debate en Junta de Fiscalía las propuestas que se deriven, o formular consulta sobre la cuestión controvertida a la Fiscalía General del Estado.

f) La elaboración de informes estadísticos relativos a la Sección.

g) El control de las retiradas de alegaciones acusatorias en procedimientos de responsabilidad penal del menor, sin perjuicio de la dación de cuenta en Junta y de la puntual remisión de nota a la Inspección Fiscal (Instrucción 1/1987 y Comunicación 4/3/04 de la Inspección Fiscal).

h) El visado de escritos de alegaciones, solicitudes de sobreseimiento e informes.

i) El visado de los dictámenes de competencia que afecten a la materia de la Sección de Menores.

j) El control de las sentencias y resoluciones de fondo que se dicten sobre las materias objeto de la especialidad de menores y el visado de los recursos interpuestos frente a ellas.

k) La supervisión de expedientes de reforma con menores sometidos a medida cautelar de internamiento, y el visado o conocimiento posterior de las peticiones por escrito de libertad o internamiento.

l) La redacción del apartado de la Memoria de la Fiscalía relativo a la Sección de Menores que como se expuso más arriba, quedará integrado por el informe anual de la Sección.

m) La coordinación con las Autoridades, Servicios, Entidades y Organismos relacionados con actividades vinculadas a la materia de la especialidad.

n) La dación de cuenta al Fiscal de Sala Coordinador de Menores de los hechos relativos a la materia de la especialidad que puedan merecer la consideración «de especial trascendencia» a los efectos de su posible intervención directa.

ñ) Ser Portavoz de la Fiscalía ante los medios de comunicación en la materia de menores bajo la dirección del Fiscal Jefe.

o) La elevación de Consultas al Fiscal de Sala Coordinador de Menores.

La entidad cuantitativa y cualitativa de la concreta delegación en cada Fiscalía y para cada función debe perseguir la máxima eficacia en la organización, por lo que habrá de hacerse depender de factores tales como el número de Fiscales, el volumen de trabajo, y la exclusividad o no en la llevanza de la materia.

Respetando un principio básico de organización, el Delegado de Menores no podrá a su vez delegar las competencias que ejerza por delegación del Fiscal Jefe, salvo con su autorización y para concretas gestiones.

## VI. DESIGNACIÓN Y CESE DE LOS FISCALES ADSCRITOS A LAS SECCIONES DE MENORES

Corresponde al Fiscal Jefe designar los Fiscales que además del Delegado de Menores se adscribirán a las Secciones, así como determinar su número. Procederá su nombramiento entre los Fiscales que lo soliciten, y en su defecto designará los Fiscales que considere más idóneos. Tras la oportuna comunicación para conocimiento general, se valorarán como méritos a efectos de preferencia en la designación, las

anteriores funciones desempeñadas, cursos impartidos o superados o cualquier otra circunstancia análoga que acredite especialización en la materia.

No deberán valorarse exclusivamente tales méritos, sino también la aptitud del Fiscal para con la materia, a la vista de las especiales características concurrentes en los principales destinatarios de los cometidos de la Sección, los menores. En este sentido la Instrucción 2/2000 se refería a que el Fiscal Jefe ponderará la formación en la materia del fiscal y *sus condiciones para intervenir en ella*.

Tras esta Instrucción y conforme a lo en ella expuesto, los Fiscales Jefes llevarán a cabo la convocatoria para el nombramiento formal de los Fiscales Delegados de Menores, conforme al nuevo procedimiento previsto en la presente. Una vez designados los Delegados de Menores de las Fiscalías Provinciales y el Delegado de Menores de la Audiencia Nacional, los Fiscales Jefes deberán proceder a la organización de las correspondientes Secciones, comunicando sus funciones (a través del documento de delegación), su composición definitiva y las responsabilidades de cada uno de sus integrantes a la Inspección Fiscal y al Fiscal de Sala Coordinador de Menores.

Por lo expuesto, los Sres. Fiscales en el ejercicio de sus funciones velarán por el cumplimiento de la presente Instrucción.

## INSTRUCCIÓN 4/2008, SOBRE EL CONTROL Y VIGILANCIA POR EL MINISTERIO FISCAL DE LAS TUTELAS DE PERSONAS DISCAPACES

### I. EVOLUCIÓN DE LA FUNCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Mediante el desarrollo de las funciones de carácter tuitivo encomendadas al Ministerio Fiscal –ya sea en el ámbito penal, actuando en defensa de las víctimas de los delitos, o en el civil, protegiendo a los menores, personas con discapacidad o desamparados–, la Institución no sólo cumple con los principales cometidos que el artículo 124 de la Constitución Española le encomienda, sino que, además, contribuye decisivamente al desarrollo del Estado Social que consagra el modelo constitucional.

Los cambios de las circunstancias económico-sociales y del sistema de valores de las sociedades actuales, han venido relevando al entorno familiar de la responsabilidad que tradicionalmente asumía en materia de protección de personas con discapacidad, derivándola hacia formas de solidaridad social. Siguiendo dicha tendencia, la Ley 13/1983, de 24 de octubre, *de reforma del Código civil en materia de tutela*, supuso un importante cambio en el sistema, al sustituirse el clásico de tutela de familia (*Consejo de Familia*) por el de autoridad (*judicial*), estableciéndose en el art. 216 CC que *las funciones tutelares... estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial*, y en el artículo 232 CC que la tutela *se ejercerá bajo la vigilancia del juez*. También se introdujo la posibilidad de que puedan ser *tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados* –art. 242 CC–.

Sucesivas reformas legislativas han venido desarrollando las funciones tuitivas que la Constitución atribuye al Ministerio Fiscal, potenciando el protagonismo de la Institución en este ámbito. Así la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, *de reforma del Código civil en materia de adopción*, dando nueva redacción al citado artículo 232 CC,

establece que *la tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado. En cualquier momento podrá exigir del tutor que le informe sobre la situación del menor o del incapacitado y del estado de la administración de la tutela.*

Por tanto, en la actualidad se produce una concurrencia en dicha función de vigilancia de la autoridad judicial y el Ministerio Fiscal, delimitada por la naturaleza de sus respectivas funciones. Así, tanto el artículo 124 CE como el artículo 3.7 EOMF denotan una idea dinámica en la actuación del Ministerio Fiscal en esta materia, acorde con lo que el artículo 299 bis CC establece al indicar que *cuando se tenga conocimiento de que una persona debe ser sometida a tutela, y en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento, asumirá su representación y defensa el Ministerio Fiscal.* Igualmente significativo es el artículo 228 CC cuando establece que *si el Ministerio Fiscal o el juez competente tuvieren conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna persona que deba ser sometida a tutela pedirá el primero y dispondrá el segundo, incluso de oficio, la constitución de la tutela.*

Por otra parte, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, *de protección patrimonial de las personas con discapacidad*, que tiene por objeto *regular nuevos mecanismos de protección de las personas con discapacidad, centrados en un aspecto esencial de esta protección, cual es el patrimonial*, destaca las funciones tuitivas del Ministerio Fiscal en dicho ámbito y le atribuye la supervisión institucional del patrimonio protegido (arts. 3.2; 5.3 y 6; y 7), a través de dos tipos de actuaciones:

a) *Una supervisión permanente y general de la administración del patrimonio protegido, a través de la información que, periódicamente, el administrador debe remitirle.*

b) *Una supervisión esporádica y concreta, ya que cuando las circunstancias concurrentes en un momento determinado lo hicieran preciso, el Ministerio Fiscal puede solicitar del juez la adopción de cualquier medida que se estime pertinente en beneficio de la persona con discapacidad. A estos efectos, el Ministerio Fiscal puede actuar tanto de oficio como a solicitud de cualquier persona, y será oído en todas las actuaciones judiciales que afecten al patrimonio protegido, aunque no sean instadas por él.*

El marco jurídico de protección también está integrado por los tratados internacionales suscritos en los últimos años por España, destacando en este ámbito el Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, con vigencia en España desde el 3 de mayo de 2008.

Esta Convención reconoce *que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.*

La aplicación de dicha Convención hace previsible una serie de reformas legislativas en diversos ámbitos, encauzadas al *propósito* expresado en el artículo 1, de *promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente*, toda vez que se exhorta a los Estados a reconocer que *las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida* –art. 12.2– y a que se adopten *las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica* –art. 12.3–, *asegurando que todas las medidas relativas al ejercicio de la capa-*

*cidad jurídica (...) respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial –art. 12.4–, así como que se tomen todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria –art. 12.5–.*

La Convención también promueve la adopción de medidas legislativas para asegurar la libertad y la seguridad de las personas con discapacidad – art. 14–, siendo de destacar, en el ámbito que nos ocupa, las que instan a los Estados a tomar todas las medidas pertinentes *para promover la recuperación física, cognitiva y psicológica, la rehabilitación y la reintegración social de las personas con discapacidad (...) incluso mediante la prestación de servicios de protección. Dicha recuperación e integración tendrán lugar en un entorno que sea favorable para la salud, el bienestar, la autoestima, la dignidad y la autonomía de la persona y que tenga en cuenta las necesidades específicas del género y la edad –art. 16.4–.* La presente Instrucción tiene por objeto dinamizar la respuesta eficaz que la Sociedad reclama del Ministerio Fiscal en el sentido expresado en dicha Convención, que en estos momentos habrá que estructurar necesariamente sobre los instrumentos legales vigentes, concretados en la institución tutelar.

La Fiscalía siempre ha exteriorizado su clara voluntad en el cumplimiento de tales cometidos. Son muestra de ello: la Circular 2/1984, de 8 de junio, *sobre internamiento de presuntos incapaces*; la Consulta de 25 de abril de 1985, *sobre la autorización judicial de las particiones con herederos incapaces representados por defensor judicial*; la Instrucción 6/1987, de 23 de noviembre, *sobre control por el Ministerio Fiscal de los internamientos psiquiátricos*; la Instrucción 3/1990, de 7 de mayo, *sobre régimen jurídico que debe de regir para el ingreso de personas en residencias de la tercera edad*; la Consulta 1/1991, de 31 de enero, *sobre aspectos procesales de la autorización judicial necesaria para la esterilización de los incapaces que adolezcan de graves deficiencias psíquicas*; y la Consulta 2/1998, de 3 de abril, *sobre la asunción de tutela por personas jurídicas públicas*.

En definitiva, el Ministerio Fiscal tiene atribuido un papel de primer orden en la protección de las personas con discapacidad, que demanda de la Institución una respuesta eficaz y con criterios uniformes en defensa de los más desvalidos.

## II. SISTEMA INFORMÁTICO DE REGISTRO DE LOS EXPEDIENTES SOBRE TUTELAS Y SU SUJECCIÓN A LA LEGISLACIÓN SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS

La institución tutelar tiene como función fundamental la de velar por la guardia y custodia de la persona tutelada y de sus bienes. Así, lo dispone el artículo 269 CC al enumerar las obligaciones que el tutor debe asumir en beneficio del tutelado, que referidas a las personas con discapacidad se concretan en: *procurarle alimentos, promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inser-*

*ción en la sociedad, e informar al Juez anualmente sobre la situación del incapacitado y rendirle cuenta anual de su administración.*

Si bien el artículo 216 CC establece que *tales funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial*, ya ha quedado expresado que el Ministerio Fiscal, en materia de incapacidades, además de la función genérica que le atribuye el artículo 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF) de *Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación*, también tiene los deberes específicos de vigilancia y comprobación del estado personal y patrimonial de los tutelados.

Para cumplimentar tales deberes es preciso que la Institución cuente con un sistema informático de almacenamiento de datos que le permita, en primer lugar, tener constancia de todos los procedimientos sobre incapacidades y tutelas –relativas a personas con discapacidad– existentes; en segundo, efectuar el control anual establecido en el artículo 294.4 CC en relación con las personas con discapacidad a las que se refiere la presente Instrucción; y en tercer término, cumplir con su cometido de vigilancia ante cualquier eventualidad, relativa a la tutela, que se pueda presentar en cualquier momento –art. 232 CC–.

A la creación de un sistema de fichero de control ya se refería la Instrucción n.º 6/1987 de la Fiscalía General del Estado, interesando *de todos los Fiscales (...) que se haga un especial seguimiento mediante la apertura de fichas individuales de las personas ingresadas en los establecimientos psiquiátricos penitenciarios por causas tramitadas en el territorio de cada Fiscalía.*

a) *Constitución en las Fiscalías Provinciales de un fichero informatizado o base de datos sobre personas sometidas a procedimientos de incapacitación o expedientes de tutela. Su actualización semestral.*

A tal efecto, los Sres. Fiscales Jefes Provinciales, mediante la utilización del programa informático facilitado por el Ministerio de Justicia o, en su caso, por la Comunidad Autónoma correspondiente, cuidarán de que se establezca un fichero en el que conste el índice actualizado de las personas sometidas a procedimientos de incapacitación o tutela, con referencia al número de identificación del expediente de Fiscalía, si estuviera en fase de diligencias preprocesales, o al judicial, si se estuviera en un momento posterior a la presentación de la correspondiente demanda o de la solicitud en procedimiento de jurisdicción voluntaria, así como los demás datos o extremos que se expresan en la presente Instrucción. Al menos una vez cada seis meses se efectuará en cada Fiscalía un control acreditativo de la actualización de dicho fichero informático.

b) *La incidencia de la legislación sobre protección de datos en el control de las tutelas.*

La LO 15/1999, de 13 de diciembre, de *Protección de datos de carácter personal*, adaptó nuestro ordenamiento a lo dispuesto por la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de los mismos, estableciendo en su artículo 1 que *tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal.*

Dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 20 de dicha LO 15/1999, mediante la Instrucción núm. 6/2001, de 21 de diciembre, de la Fiscalía General del

Estado sobre los ficheros automatizados de datos personales gestionados por el Ministerio Fiscal, se acordó la publicación en el «BOE» de la relación de ficheros de datos personales gestionados por el Ministerio Fiscal, en el ejercicio de las funciones que tiene conferidas por el artículo 124 de la Constitución Española y legislación de desarrollo.

La indicada LO 15/1999 ha sido completada mediante la publicación del RD 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento que la desarrolla, referida tanto al tratamiento automatizado como al no automatizado de los datos de carácter personal.

Los Sres. Fiscales observarán lo dispuesto en las precedentes normas en la ejecución del contenido de la presente Instrucción.

### III. LAS DILIGENCIAS PREPROCESALES RELATIVAS A LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS Y EL REGISTRO DE LAS MISMAS

Las Diligencias Preprocesales previstas en el último párrafo del artículo 5 EOMF, son el instrumento jurídico que con más frecuencia se utiliza por las Fiscalías para el inicio de la actividad que, constitucional y estatutariamente, tiene encomendada el Ministerio Fiscal para la protección de las personas con discapacidad.

Sin ánimo exhaustivo y con todas las cautelas, en la medida en que no pueden darse reglas apriorísticas y con un campo tan condicionado por el caso concreto, en términos generales y sin perjuicio de un futuro desarrollo mediante una Instrucción específicamente dedicada a la tramitación de las Diligencias Preprocesales, así como manteniendo plenamente vigente lo dispuesto en el escrito de la Inspección Fiscal de 11 de noviembre de 2005; en este momento, a los efectos de cumplimentar el objeto de la presente Instrucción, será procedente la incoación de Diligencias Preprocesales en el ámbito de la protección de personas con discapacidad, cuando sea preciso determinar, concretar o valorar los hechos, situaciones o circunstancias necesarias para fundamentar:

1. La demanda de incapacidad (art. 757.2 LEC).
2. La elección de la persona o Institución que en la demanda de incapacidad va a ser propuesta como tutor o curador (arts. 759 y 760 LEC).
3. La solicitud de internamiento ordinario o por causa sobrevenida (art. 763 LEC).
4. La solicitud de medidas cautelares (art. 762.2 LEC), particularmente, la revocación de poderes otorgados por el presunto incapaz.
5. La solicitud de medidas de protección personal y/o patrimonial respecto de personas internadas (art. 4.º.2 EOMF).
6. La solicitud de medidas de control y vigilancia sobre el guardador de hecho (art. 303 CC).
7. La solicitud de modificación de la incapacitación por circunstancias sobrevenidas. (art. 761.1,2 LEC).
8. La solicitud de remoción del tutor o curador. (art. 248 CC).

En todo caso se evitará la acumulación subjetiva, es decir, deberán incoarse Diligencias diferentes respecto de cada una de las personas a las que afecten los hechos o circunstancias que determinan su iniciación, con independencia de los vínculos o similitud de dolencias o padecimientos. Ello no obsta para que quede anotada la oportuna referencia en todas las que hayan de incoarse por hechos o circunstancias similares.

Los Sres. Fiscales Jefes Provinciales cuidarán de que en el sistema informático de cada Fiscalía se registren las Diligencias Preprocesales incoadas en relación a personas con discapacidad, en el que deberán anotarse los datos relativos a los siguientes extremos:

1. Decreto de Incoación, con referencia a la documentación soporte de la *notitia* que ha servido de base para su iniciación.
2. Los datos identificativos de la persona, autoridad, funcionario o Institución instante.
3. La identificación de la persona (con presunta discapacidad) al que se refieren.
4. El fiscal encargado.
5. Las distintas actuaciones y las fechas en que se han producido.
6. Índice numerado de los documentos que contiene.
7. El Decreto de conclusión (con indicación de lo resuelto).
8. La identificación de los procedimientos a los que hayan dado lugar las Diligencias Preprocesales y ante que Órgano Jurisdiccional se tramitan.

#### IV. SISTEMA INFORMÁTICO PARA EL CONTROL DE LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES DE TUTELAS

A tenor de lo dispuesto en el artículo 760.2 LEC (...) *la sentencia que declare la incapacitación o la prodigalidad nombrará a la persona o personas que, con arreglo a la Ley, hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él*, cuando en la demanda se hubiera solicitado su nombramiento, y practicado, en su caso, el correspondiente trámite de audiencia previsto en el artículo 759.2 LEC.

No habiéndose instado tal nombramiento en la demanda o en los supuestos en los que se modifique la tutela inicialmente acordada, el procedimiento adecuado para designar nuevo tutor será el de jurisdicción voluntaria regulado en el título III del libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, actualmente en vigor en virtud de lo dispuesto en la disposición derogatoria única de la Ley 1/2000, de 7 de enero (el último Proyecto de la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria lo regulaba de forma casi idéntica en los arts. 68 a 72).

Con el objeto de la formación del expresado fichero informático para el control de los procedimientos judiciales de tutelas, a partir de la fecha de publicación de la presente Instrucción los Sres. Fiscales Jefes Provinciales cuidarán de que se recabe de los correspondientes Juzgados de su territorio la información correspondiente a todos los expedientes de tutelas ya constituidas y en ejercicio, debiendo registrarse en el expresado fichero informático los siguientes datos:

1. Número de procedimiento y Juzgado que ha dictado la sentencia de incapacidad.
2. Fecha de la sentencia de incapacitación.
3. Fecha de la resolución judicial en la que se acuerde el nombramiento de tutor.
4. Número de procedimiento y Juzgado que ha dictado el auto de nombramiento de tutor.
5. Fecha de la formalización del inventario.
6. Fecha de la última información anual de la situación personal y patrimonial del tutelado.
7. Fecha del auto de autorización de internamiento (para el caso de que exista).
8. Número de procedimiento y Juzgado que ha dictado el auto de internamiento.

9. Fecha de la resolución judicial en la que se acuerde la continuidad o no del internamiento y periodicidad del control de la medida –art. 763.4 LEC–.

Una vez constituido dicho fichero con la información existente en las propias Fiscalías y la recabada de los órganos judiciales, los Sres. Fiscales encargados de la vigilancia de las tutelas, en cumplimiento del expresado sistema legal vigente, deberán establecer un intenso y permanente control sobre la observancia en los procedimientos judiciales de los requisitos legales relativos a la delación de la tutela y nombramiento del tutor (arts. 234 a 258 CC) y sobre el ejercicio de dicha función.

A estos efectos, ya en el procedimiento de incapacitación, en el que necesariamente han de ser parte (art. 749 LEC), bien como promotores o como defensores (art. 757 LEC), o en su caso, en el procedimiento de jurisdicción voluntaria al amparo de lo dispuesto en el art. 1815 LEC de 1881 (*vid.* disp. derogatoria L 1/2000, de 7 de enero), los Sres. Fiscales deberán examinar que se cumplen las previsiones legales en relación con los siguientes extremos:

1.º *El tramite de audiencia.*

La tutela a tenor de lo dispuesto en el artículo 231 CC *se constituye por el Juez previa audiencia de los parientes más próximos, personas que considere oportuno, y del tutelado si tuviera suficiente juicio y siempre si fuera mayor de doce años.*

2.º *El orden de preferencia en la designación del tutor.*

Los Sres. Fiscales vigilarán que se respete el orden de preferencia establecido en los artículos 234 y 235 CC, valorando la motivación judicial que fundamente la alteración de dicho orden legal, planteando, en su caso, oposición por los trámites correspondientes.

3.º *La idoneidad del tutor.*

Los Sres. Fiscales vigilarán que el nombramiento de tutor recaiga, conforme dispone el artículo 241 CC, en persona que se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y en la que no concorra alguna de las causas de inhabilidad que establecen los artículos 243 –los privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o de los derechos de guarda y educación; los removidos de una tutela anterior; los condenados a pena privativa de libertad, mientras estén cumpliendo la condena; los condenados por delito que haga suponer que no desempeñarán bien la tutela–, 244 –concurrencia de imposibilidad, enemistad manifiesta con el menor o incapacitado, mala conducta o no tener manera de vivir conocida, conflictos de intereses con el menor o incapacitado, así como los concursados, salvo que la tutela lo sea solamente de la persona– y 245 –los excluidos por el padre o por la madre en testamento o documento notarial, salvo que el Juez, en resolución motivada, estime otra cosa en beneficio del menor o del incapacitado–.

Lo anterior, teniendo en cuenta la excepción regulada en el artículo 246 CC respecto de *las causas de inhabilidad contempladas en los artículos 243.4 –los condenados por delito que haga suponer que no desempeñarán bien la tutela– y 244.4 –conflictos de intereses–, que no se aplicarán a los tutores designados en las disposiciones de última voluntad de los padres cuando fueron conocidas por éstos en el momento de hacer la designación, salvo que el Juez, en resolución motivada, disponga otra cosa en beneficio del menor o del incapacitado.*

4.º *Posibilidad de establecer medidas de fiscalización.*

A ellas se refiere el inciso primero del artículo 233 CC al disponer que *el Juez podrá establecer, en la resolución por la que se constituya la tutela o en otra poste-*

*rior, las medidas de vigilancia y control que estime oportunas en beneficio del tutelado.* Obviamente, tales medidas podrán ser interesadas por el Fiscal o establecidas por los padres, en testamento o en documento público notarial.

Dichas medidas de vigilancia también pueden ser dispuestas –en testamento o en documento público– por la persona que prevea su propia incapacidad en el futuro, en los términos del artículo 223 CC, que a tenor de lo que establece el artículo 224 CC vinculan al Juez, salvo que mediante resolución motivada las modifique en beneficio del incapacitado.

También la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, prevé la posibilidad de que en el documento público o resolución judicial en que se constituya el patrimonio protegido, se establezcan las reglas de administración o, en su caso, fiscalización del mismo.

En los supuestos que tales medidas se establezcan, los Sres. Fiscales deberán vigilar su cumplimiento.

#### 5.º *Inscripción en el Registro Civil.*

Los Sres. Fiscales comprobarán y, en su caso, instarán que las resoluciones judiciales sobre cargos tutelares se comuniquen sin dilación al Encargado de Registro Civil para su inscripción, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 218 y 219 CC.

Conviene advertir que el principio de competencia territorial que rige el Registro Civil puede ocasionar la dispersión de asientos respecto de una misma persona, lo cual puede dificultar la efectiva aplicación y supervisión de la normativa relativa a la protección de aquellas que no pueden gobernarse por sí mismas. Precisamente para evitar los efectos de tal situación se encuentra en tramitación parlamentaria *el Proyecto de Ley de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos titulares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad*, publicado en el *Boletín Oficial del las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, de 20 de junio de 2008, con el que se pretende centralizar todas las inscripciones que afecten a personas con discapacidad en el Registro Civil Central, mediante la introducción de la siguiente modificación en el artículo 18 de la Ley de Registro Civil «(...) se llevarán en el Registro Central los libros formados con los duplicados de las inscripciones sobre modificaciones judiciales de la capacidad de obrar, constitución y modificación de cargos tutelares, prórroga o rehabilitación de la patria potestad, medidas judiciales sobre guarda o administración, vigilancia o control de tales cargos, y constitución de patrimonios protegidos y designación y modificación de administradores de patrimonios protegidos practicadas en los distintos Registros Municipales».

Una vez que se lleve a efecto dicha modificación, los Sres. Fiscales contarán con un mecanismo fiable de publicidad sumamente útil en el control y vigilancia sobre las tutelas de las personas con discapacidad objeto de la presente Instrucción, toda vez que el nuevo artículo 46 bis que se añade a la LRC complementado por la disposición transitoria única de la expresada Ley, establecen la obligación de los encargados de los Registros Civiles Municipales de remisión al Registro Civil Central de las referidas inscripciones practicadas tanto antes como después de la entrada en vigor de la Ley.

#### 6.º *El lugar de la residencia de la persona sometida a tutela como determinante de la competencia territorial.*

El artículo 411 LEC establece la denominada *perpetuación de la jurisdicción* al establecer que *las alteraciones que una vez iniciado el proceso, se produzcan en*

*cuanto al domicilio de las partes, la situación de la cosa litigiosa y el objeto del juicio no modificarán la jurisdicción y la competencia, que se determinarán según lo que se acredite en el momento inicial de la litispendencia.* Este criterio competencial ha sido aplicado en diversos autos del Tribunal Supremo –ATS 27/2 y 19/12/2002 y 12/5/2003–, señalando que *el cambio de residencia de la persona incapaz no determina que el Juzgado que dictó la Sentencia de incapacitación deje de tener competencia territorial para seguir conociendo de las acciones que la mencionada incapacitación produzca.*

Sin embargo, los recientes autos del Tribunal Supremo de 25/3/2007, 4 y 20/6/2007 y 13/6/2008 se pronuncian a favor de que sea *el lugar de residencia del incapaz* el que determine *la competencia territorial, en base a lo dispuesto en el artículo 52-5.º LEC (...).* Tal criterio competencial es más acorde al principio de protección del incapaz ya que *el ejercicio de la tutela será más efectivo bajo el control del Juzgado de residencia del incapacitado, y además posibilita el acceso efectivo del incapaz a la justicia, de conformidad con el artículo 13 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.*

Por tanto, de acuerdo con la nueva doctrina jurisprudencial, una vez constituida la tutela, en los supuestos en los que los órganos jurisdiccionales planteen cuestión de competencia ante el cambio del domicilio de la persona con discapacidad, los Sres. Fiscales informarán siguiendo el criterio de la residencia actual de la misma, como determinante de la competencia.

También es conviene significar que el citado *Proyecto de Ley de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil (...)* y de la *Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad (...)*, se orienta en el sentido de dicho criterio de competencia territorial, al añadir un nuevo párrafo al artículo 3.3 de la Ley 41/2003 en el que se establece que *los notarios comunicarán inmediatamente la constitución de un patrimonio protegido por ellos autorizado al fiscal (sic) del domicilio de la persona con discapacidad (...).*

## V. REFERENCIA A LA DENOMINADA TUTELA ADMINISTRATIVA

La citada Ley 41/2003, de 18 de noviembre, *de protección patrimonial de las personas con discapacidad*, introdujo el tercer párrafo del vigente artículo 239 CC estableciendo *ex lege* la protección institucional de los mayores que se encuentren en una situación de falta de atención, asistencia o desamparo, atribuyéndola en favor de *la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 sea nombrado tutor.*

Así pues, son dos los supuestos en los que se produce la tutela administrativa: primero, cuando en el propio procedimiento de incapacitación se compruebe que no es posible realizar el nombramiento establecido en el artículo 234 CC, y segundo, cuando la persona con discapacidad se encuentre en situación de desamparo, entendiéndose por tal *la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que le incumben de conformidad a las Leyes, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.* Se introduce, pues, con dicha modificación legal un sistema similar al que ya estaba establecido para los menores en situación de desamparo en el párrafo primero del citado artículo 239 CC.

Por tanto, los Sres. Fiscales ejercerán sus funciones de control respecto de dichas situaciones de falta de atención, asistencia o desamparo de personas con discapaci-

dad, mediante el sistema informático de control y vigilancia establecido en la presente instrucción.

## VI. LA VIGILANCIA SOBRE LA SITUACIÓN PERSONAL DEL TUTELADO DURANTE EL EJERCICIO DE LA TUTELA

El tutor está obligado a velar por el tutelado en los términos expresados en el artículo 269 CC, en cuyo punto 4 impone a aquel la obligación de informar al Juez cada año de la situación personal del incapacitado, lo que no obsta a la posibilidad de que el Fiscal o el Juez puedan *en cualquier momento*, a tenor de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 232 CC o en el último inciso del artículo 233 CC, respectivamente, *exigir del tutor que informe sobre la situación del menor o del incapacitado y del estado de la administración*.

Los Sres. Fiscales cuidarán de que en ambas clases de informes, bien en el extraordinario (*en cualquier momento*) o en el ordinario de carácter anual ante el Juez, el tutor haga referencia a los siguientes extremos:

- a) Lugar de residencia del tutelado.
- b) Estado de salud en general, así como la atención personal y asistencial que haya podido requerir el tutelado.
- c) Actividades desarrolladas para lograr una mayor autonomía personal del tutelado y una mejor inserción en la sociedad.
- d) Asistencia a centros de formación o talleres de trabajo del tutelado.

Además, los Sres. Fiscales ponderarán la necesidad de recabar informes complementarios de los Servicios Sociales y/o de los médicos forenses correspondientes, sobre la situación personal, evolución de la rehabilitación y recuperación de la capacidad.

Para dar cumplimiento a la exigencia legal de informe anual ante el Juez, en la primera semana de cada mes de diciembre, los Sres. Fiscales remitirán a cada Juzgado un listado comprensivo de las tutelas constituidas ante el mismo, solicitando que proceda a requerir a cada uno de los tutores para que presenten el informe anual sobre la situación personal del discapaz, en el cual, al menos, deberán cumplimentarse las cuestiones arriba indicadas.

Asimismo, se solicitará que del informe que elabore el tutor se traslade una copia del mismo a la Fiscalía, el cual servirá de base, junto con el informe inicial, para los controles posteriores.

Todo ello, sin perjuicio de lo indicado en las ya expresadas *supra* Circular 2/84 e Instrucciones 6/1987 y 3/1990, de esta Fiscalía General, que mantienen su vigencia en relación a los supuestos contemplados en las mismas.

## VII. LA VIGILANCIA SOBRE EL PATRIMONIO DEL TUTELADO DURANTE EL EJERCICIO DE LA TUTELA

El Código Civil establece una serie de obligaciones encaminadas a la protección del patrimonio del tutelado, que el tutor debe desarrollar para, de un lado, determinar cuál es la situación patrimonial inicial de la persona sometida a tutela *–la formación*

*del inventario*—, así como para asegurar aquellos bienes de extraordinario valor que no deben quedar en poder del tutor —*el depósito*—, y de otro, garantizar la conservación del patrimonio durante el ejercicio de la tutela mediante la rendición de cuentas con carácter anual, sin perjuicio de la posibilidad indicada anteriormente, de que el Fiscal o el Juez puedan en cualquier momento exigir del tutor que informe del estado de la administración.

Sobre la importancia de tales actuaciones se pronuncia la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, *de protección patrimonial de las personas con discapacidad*, cuando expresa que *uno de los elementos que más repercuten en el bienestar de las personas con discapacidad es la existencia de medios económicos a su disposición, suficientes para atender las específicas necesidades vitales de los mismos*.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 5 de dicha Ley, la administración del patrimonio protegido puede estar encomendada a persona distinta del tutor, estableciendo el artículo 7.1 que *la supervisión de la administración del patrimonio protegido corresponde al Ministerio Fiscal, quien instará del juez lo que proceda en beneficio de la persona con discapacidad, incluso la sustitución del administrador, el cambio de las reglas de administración, el establecimiento de medidas especiales de fiscalización, la adopción de cautelas, la extinción del patrimonio protegido o cualquier otra medida de análoga naturaleza*.

En virtud de las expresadas funciones de vigilancia atribuidas al Ministerio Fiscal, es preciso establecer las pautas necesarias para controlar y conseguir no sólo la conservación del patrimonio del tutelado, sino, en la medida de lo posible, una adecuada y prudente rentabilidad.

## VII.1 Revocación de poderes

A los efectos indicados se hace preciso destacar la necesidad de adoptar una serie de cautelas en relación con la práctica frecuente de otorgamiento de poderes por los presuntos incapaces con carácter previo a las solicitudes de su internamiento o incapacidad.

Al respecto es de significar que si bien el artículo 1.732 CC dispone que *el mandato se extingue por la incapacitación sobrevinida del mandante*, seguidamente se excepciona esta regla general, al establecer que el poder otorgado sigue vigente cuando *en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste*. No obstante, *En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor*.

Al amparo de lo dispuesto en este último inciso del artículo 1.732 CC y con el objeto de salvaguardar el patrimonio del incapaz de ocasionales utilizaciones indebidas de dichos poderes, los Sres. Fiscales, con carácter previo a la presentación de la demanda de incapacidad o solicitud de internamiento, deberán requerir a los familiares del incapaz (o presunto incapaz) para que manifiesten si existe o conocen de la existencia de algún poder otorgado por el demandado, y para el caso de que así sea, aporten una copia, que deberá ser unida a la demanda.

A los efectos indicados, cuando se conozca la existencia de poderes otorgados por el presunto incapaz, los Sres. Fiscales, en la demanda de incapacitación, en su caso, en la contestación, en las solicitudes de internamiento o en el dictamen previo a la autorización del internamiento, solicitaran mediante otrosí y como medida cautelar, la suspensión de la eficacia de los poderes otorgados por el demandado, y la notificación de modo fehaciente al apoderado de la medida acordada.

En los supuestos en que no se conozca la existencia de poderes otorgados por el presunto incapaz, los Sres. Fiscales solicitarán de forma genérica, la suspensión de la eficacia de cuantos poderes hubieren sido otorgados por el demandado, y la notificación de modo fehaciente de la medida acordada al guardador de hecho, o al defensor judicial según los casos.

Estas peticiones deberán ser reproducidas en el acto de la vista oral. Igualmente, se solicitará que se notifique la medida cautelar acordada al Consejo General del Notariado, para su posterior anotación en el Archivo de Revocación de Poderes.

En todo caso, se deberá solicitar que la medida cautelar se convierta en definitiva para el caso de que la sentencia sea estimatoria, salvo en lo supuestos en los que quede evidenciado la conveniencia para el beneficio del tutelado de mantener la vigencia el poder otorgado.

## VII.2 La formación del inventario

Como establecen los artículos 262 y 263 CC, el tutor está obligado a hacer inventario de los bienes del tutelado en plazo de sesenta días desde tomar posesión del cargo, aunque el Juez puede prorrogarlo.

Esta fase es crucial, toda vez que de la correcta formación de inventario dependerá la protección eficaz del patrimonio de la persona con discapacidad. Evidentemente, el contenido del inventario inicial será la referencia para poder determinar la evolución posterior de la situación patrimonial del discapaz.

Establece el artículo 264 CC que *el inventario se formará judicialmente con intervención del Ministerio Fiscal y con citación de las personas que el Juez estime conveniente.*

Dada la relevancia del inventario en la protección patrimonial de incapaz, es conveniente unificar la actuación de los Sres. Fiscales en esta fase, a cuyo efecto deberán solicitar a través del Órgano Jurisdiccional encargado de la constitución de la tutela, que el tutor proceda, dentro del plazo establecido en el artículo 262 CC, a la formación de inventario.

Con el objeto de facilitar la labor de los tutores en la confección del inventario y evitar dilaciones derivadas de eventuales diligencias aclaratorias, en esta fase, los Sres. Fiscales deberán dirigir la correspondiente petición al Juzgado, para que traslade a los tutores la conveniencia de que el inventario refleje los siguientes extremos:

1. Relación de inmuebles, con su descripción y aportación de copias de los correspondientes documentos acreditativos de la titularidad, así como informe sobre su utilización actual, incluyendo copias, en su caso, de los documentos respectivos (contrato de arrendamiento, etc.).
2. Relación de bienes muebles, con descripción de los mismos (vehículos, cuadros, mobiliario, etc.), señalando el lugar donde se encuentran, así como su valoración, con especial referencia a las alhajas y objetos de valor histórico o artístico.
3. Títulos valores (acciones, fondos de inversión, planes de pensiones, participaciones en sociedades, etc.), con denominación de las entidades correspondientes, número de participaciones, importe de las adquisiciones, etc.
4. Cuentas corrientes y de ahorro, con designación de la entidad bancaria, número de cuenta, saldo en la fecha del inventario, nombres, demás datos de identificación y dirección otros cotitulares o autorizados.
5. Rentas de percepción periódica (pensiones, alquileres, retribuciones, dividendos, intereses, etc.), con descripción de la periodicidad e importe.

6. Declaración de la renta y del patrimonio del tutelado de los tres últimos años.

Asimismo, se solicitará que del informe del Juzgado que elabore el tutor se traslade una copia del mismo para la Fiscalía, copia que quedará en la carpetilla y que servirá de base para los siguientes controles.

En todo caso, los Sres. Fiscales podrán hacer uso de las facultades legales otorgadas en el artículo 95.1.f) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, *General Tributaria*, al Ministerio Fiscal para dirigirse a la Agencia Tributaria recabando la información que obre en la misma sobre las personas con discapacidad.

Es de especial trascendencia en la fase de formación de inventario tener en cuenta los créditos que pudiera tener el tutor contra el tutelado, ya que como establece el artículo 266 CC *el tutor que no incluya en el inventario los créditos que tenga contra el tutelado, se entenderá que los renuncia.*

### VII.3 Depósito

Cuando en el patrimonio del tutelado hubiere dinero, alhajas, objetos preciosos, valores mobiliarios o documentos, que a juicio del Fiscal no deban quedar en poder del tutor ni del incapaz, se solicitará del órgano judicial, como dispone el artículo 265 CC, que se depositen en establecimiento destinado al efecto, corriendo los gastos a cargo de los bienes del tutelado.

## VIII. INFORME SOBRE LA SITUACIÓN PATRIMONIAL DE TUTELADO

El tutor tiene el deber de informar tanto al Fiscal como al Juez (art. 232 y 233 CC, respectivamente) de las incidencias acaecidas en el ejercicio de la tutela, y además la obligación de rendir cuentas de su gestión *anualmente* (art. 269.4 CC), de forma rigurosa, contable, numérica y acompañada de los oportunos justificantes, debiendo distinguirse ésta de la cuenta general que el tutor debe prestar al cesar en su cargo.

A estos efectos, los Sres. Fiscales, todos los años, en la primera semana del mes de diciembre, remitirán a cada Juzgado un listado comprensivo de las tutelas constituidas ante el mismo, solicitando que proceda a requerir a cada uno de los tutores para que presenten la rendición anual de cuentas, en la cual, al menos, deberán cumplimentarse los siguientes extremos.

1. Estado de las cuentas corrientes y cartillas de ahorro, con aportación de copia de los extractos de movimientos bancarios del último periodo.
2. Detalle de los ingresos por:
  - Pensiones.
  - Rendimientos inmobiliarios.
  - Rendimientos mobiliarios.
  - Otros rendimientos periódicos.
3. Relación de los gastos corrientes o básicos realizados por cuenta del tutelado:
  - Vestido y alimentación.
  - Gastos médicos

- Gastos de alojamiento
  - Reparaciones en la vivienda
  - Otros gastos (con especificación de los mismos).
4. Gastos derivados del patrimonio inmobiliario:
    - Impuestos.
    - Conservación y mantenimiento.
    - Reparaciones.
    - Otros (con especificación de los mismos).
  5. Gastos derivados del patrimonio mobiliario:
    - Impuestos.
    - Comisiones bancarias.
    - Otros (con especificación de los mismos)
  6. Gastos de carácter extraordinario.

Asimismo, se solicitará que del informe que elabore el tutor se traslade una copia del mismo para la Fiscalía, copia que quedará en la carpetilla y que servirá de base, junto con el inventario inicial, para los siguientes controles.

#### IX. ACTUACIONES AL FINALIZAR LA TUTELA

Al finalizar la tutela por las causas previstas en los artículos 276 y 277 CC, se deberá estar al contenido de lo dispuesto en los artículos 278 a 285 del CC, y principalmente procederá:

1. Devolver el patrimonio al tutelado.
2. Rendir cuenta general de su administración a la autoridad judicial en plazo de tres meses, susceptibles de prórroga. La acción para exigir la rendición prescribe a los cinco años contados desde la terminación del plazo para efectuarlo (art. 279 CC). El Juez oírá al nuevo tutor o, en su caso, al curador o defensor judicial, y al sometido a tutela o a sus herederos (art. 280 CC). Los gastos serán a cargo del tutelado (art. 281 CC).
3. Devengo de intereses: Si el saldo de la cuenta es contrario al tutor, desde la aprobación de la cuenta devengará interés legal en su contra (arts. 284, 282 CC).

#### X. CONCLUSIONES

Primera.–Los Sres. Fiscales darán cumplida observancia a la Circular 2/84 y a las Instrucciones 6/1987 y 3/1990 de la Fiscalía General del Estado, las cuales mantienen su vigencia en los ámbitos que en las mismas se contempla.

Segunda.–Los Sres. Fiscales Jefes Provinciales, mediante la utilización del programa informático facilitado por el Ministerio de Justicia o, en su caso, por la Comunidad Autónoma correspondiente, establecerán una base de almacenamiento de datos, en la que han de registrarse, para su constancia en la misma, todas las Diligencias Preprocesales y de los procedimientos judiciales relativos a las tutelas de las personas

con discapacidad, con expresión en el mismo de todos los extremos expresados en el cuerpo de la presente Instrucción.

Tercera.—Los Sres. Fiscales Jefes Provinciales cuidarán que en la constitución y desarrollo de dicha base informática de almacenamiento de datos, se observe lo dispuesto en la legislación sobre protección de datos de carácter personal.

Cuarta.— Los Sres. Fiscales revisarán cada seis meses la efectiva actualización de dicha base de datos.

Quinta.—Los Sres. Fiscales realizarán un efectivo control sobre el cumplimiento de los requisitos legales relativos a la delación de la tutela, nombramiento de tutor, ejercicio y extinción de dicho cargo, mediante la vigilancia de los procedimientos judiciales de tutelas.

Sexta.—Cuando se planteen cuestiones de competencia entre órganos jurisdiccionales por razón del cambio residencia de una persona sometida a tutela, los Sres. Fiscales, de acuerdo con la más reciente doctrina jurisprudencial, y atendiendo a razones de inmediatez, eficacia y efectividad, informarán a favor de atribuir la competencia al juzgado del lugar de residencia actual de la persona con discapacidad.

Séptima.—Los Sres. Fiscales solicitarán anualmente de los Juzgados correspondientes, que se requiera a todos los tutores para que informen de forma amplia y razonada sobre la situación de las personas con discapacidad, así como sobre su patrimonio, procurando adecuar los dictámenes e informes al contenido de la presente Instrucción.

En razón de todo lo expuesto, los Sres. Fiscales se atenderán, en lo sucesivo, a las prescripciones de la presente Instrucción.



# BIBLIOGRAFÍA

## Revista de Libros

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: «La imagen de la Justicia en “El Quijote”, en Cervantes y en su tiempo». *Quaderns Fòrum*, IX. II.lustre Col.legi d'Advocats de Tarragona, desembre, 2005, 38 pp.

### I

Recientemente se ha impreso una lección magistral del catedrático de Derecho penal de la Universidad Rovira i Virgili, Gonzalo Quintero Olivares, coincidiendo con el último centenario de la aparición de la inmortal novela de Miguel de Cervantes. Se trata, como el mismo autor indica, de un breve y sustancioso texto que responde a la clausura del curso académico de ese año y subsiguiente apertura del de la Escuela de Práctica Jurídica del Colegio de Abogados de Tarragona (p. 3), patrocinador de la publicación. Sin ser obra específicamente dedicada al Derecho punitivo ni al procesal penal, se aproxima extraordinariamente a algunos de sus aspectos, que son los que voy a resaltar; de ahí, que me haya parecido merecedora, por su calidad, de esta noticia.

El prof. Gonzalo Quintero aborda el Derecho penal con una visión cercana y accesible. Es autor de monografías y comentarios científicos de gran valía —¡claro es!— y de sólida formación clásica; mas igualmente es capaz de producir escritos, siempre técnicos, pero con una impronta de cómoda divulgación, así como sorprendernos con originales narraciones al margen de su especialidad. Su literatura fácil, servida con una pluma brillante, se muestra claramente en esta edición oportuna que retoma la senda trazada por autores como Rafael Salillas (1905) o Luís Arroyo (1993). Ahora, un siglo mas tarde de la investigación del gran criminalista y penitenciario español, la Dirección General de Instituciones Penitenciarias ha reeditado (Madrid, 2006) el fascículo de la Revista Penitenciaria (mayo, 1905) que contiene el excepcional trabajo referido a la criminalidad del momento histórico, con ocasión del cuarto centenario de El Quijote. Igualmente, en el mismo año citado aparece, de la mano del Instituto de Estudios Jurídicos Internacionales, el Seminario celebrado con anterioridad bajo el título «El Derecho en la época del Quijote» (Navarra, 2006), coordinado por el prof. de Historia del Derecho Aguilera Barchet, concordantes muchas de sus ponencias con la aportación de Quintero. Un año antes, en 2005, la Univer-

sidad de Alcalá dio a la luz un librito con la aventura –extrayéndola del global– de los galeotes (1.<sup>a</sup> parte, cap. XXII), sumándose así también a la conmemoración del citado evento.

## II

Como bien dice el prof. Quintero Olivares los problemas que tuvo Cervantes con la justicia criminal, a lo largo de su vida, lo fueron con la cárcel (pp. 7 y 14), bien porque la padeció directamente o vio el sufrimiento de los demás al respecto. Después de una resumida pero enjundiosa semblanza biográfica de nuestro personaje (I, pp. 9 ss.), los siguientes apartados de la separata se dedican al tema genérico de «la justicia de la época cervantina» (II, pp. 17 ss.) y al concreto asunto de «las ideas sobre la justicia y la libertad en Don Quijote y la cultura europea» (III, pp. 29 ss.).

En relación al capítulo contextual, el prof. de Tarragona nos regala algunas interesantísimas precisiones. En primer lugar, nos recuerda como el desconocimiento del principio de legalidad en la etapa referida nos impide, con propiedad, hablar de «delitos y penas», aunque existían leyes criminales con severísimos castigos (p. 17). En segundo término, detecta que la penalidad que conoce Cervantes se va haciendo progresivamente más dura (p. 22), lo que no es óbice para que se produzca un aumento de la criminalidad organizada «con lenguaje propio (jerga de germanía)» (p. 23) y un paralelo crecimiento de la exhibición de la represión penal, especialmente de la pena de muerte, ejecutada en lugares públicos, los «humilladeros» (p. 24), y aplicada a un gran número de infracciones aún a las que hoy consideraríamos como menos graves.

En materia de procedimiento y como tercer punto, Gonzalo Quintero se hace eco del proceso inquisitorio de la época, «que habría de durar siglos» (p. 18) y de la admisión como prueba legal del tormento, sistema que se desarrolla a través de dos órdenes jurisdiccionales especiales, religioso el uno, la Inquisición –que «se dedicaba a velar por las buenas costumbres cristianas a golpe de tortura y hoguera» (p. 24)– y civil el otro, la Santa Hermandad (pp. 18 y 19). Por último, señala como la ideología penal se rige por el pensamiento dispar de Alfonso de Castro, teólogo fanático, cuya obra es «una apoteosis de alabanza al *ius puniendi*» (p. 26) y de Diego Covarrubias, «personaje bien diferente del anterior» (*loc. cit.*), más técnico y apegado a la lógica de la norma y para Quintero más merecedor de atención que la prestada siempre al penalista franciscano.

La parte postrera del trabajo se contrae al análisis de las propias ideas de Cervantes expresadas en *El Quijote*. Su sentimiento del Derecho se compendia por Quintero Olivares en dos aspectos que advierte en su obra universal y que compendian todos los demás: la justicia y la libertad (pp. 30 y 31), «principios rectores de la ética quijotesca» (p. 32), que no importa se manifiesten con una dosis equidistante de piedad y equidad –«criterio para interpretar la ley cuando ésta deje espacio para ello» (p. 37)– como en los correspondientes episodios de los galeotes o de los consejos al Sancho gobernador de Bara-

taria, pues el Hidalgo manchego no necesariamente identifica «la solución legal con la respuesta justa» (p. 36).

Excusado es decir que todo el fascículo se jalona de abundantes y precisas notas (71 en total), que sitúan perfectamente la información que se va aportando en el texto, completando así una obra amable, meritorísima y llena de interés para el jurista.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático de Derecho penal UAH

FERNÁNDEZ APARICIO, Juan Manuel: *Derecho Penitenciario. Comentarios prácticos*, Sepín, Madrid, 2007, 318 pp

## I

El autor, Fiscal de la Audiencia Provincial y de Vigilancia Penitenciaria de Jaén, nos ofrece en el presente texto sus cocimientos de reconocido experto en lo relativo a una materia que fue una de las novedades más trascendentes y creadoras de la vigente Ley General Penitenciaria, introducida en su título IV: el Juez de Vigilancia Penitenciaria. Órgano jurisdiccional ampliado y convertido después, para su correcto funcionamiento, en Juzgado, con la dotación precisa del personal correspondiente figurando entre los miembros que lo componen, con toda lógica y en destacadísimo lugar, el representante del Ministerio público.

El libro tiene una parte dogmática (hasta la p. 180) y otra formada de la recopilación de anexos legislativos. Excusado es decir que mi atención descriptiva y crítica va a centrarse en la primera, sin perjuicio de la reconocida utilidad de tal addenda.

Vaya por delante mi juicio positivo acerca del valor de estas reflexiones, aportadas por quien está «a pie de obra» en la trascendente tarea de controlar la ejecución penal. La función principal otorgada a dicho Juez de Vigilancia –y al Fiscal– es, precisamente, la de ser el garante de la misma, mediante el adecuado y atento desempeño de sus competencias legales y la interposición o resolución del entramado de recursos previstos para la defensa de los intereses de los reclusos presuntamente vulnerados. Mientras que aquéllas se prevén con amplitud en el texto orgánico, éstos se han ido articulando, con cierta meticulosidad, a través de prevenciones y disposiciones legislativas de carácter procesal, teniendo su claro fundamento en las periódicas y fructíferas reuniones de los Jueces de Vigilancia, que van aportando soluciones a lo no previsto por la ley sustantiva ni trazado en la clásica norma adjetiva. Esta monografía especializada y rigurosa nos da cuenta, con un lenguaje claro y técnico a la vez, de la situación actual en ambos aspectos.

## II

Además de un prólogo (pp. 7 ss.) y una introducción (pp. 15 ss.), del propio autor, el libro contiene fundamentalmente cinco apartados (pp. 13 y 14) que se dedican a otras tantas materias donde tiene cabida necesaria la función garantista del Juzgado de Vigilancia. De indudable interés resulta la referencia inicial y concordante que de ese gran desconocido que es el ordenamiento penitenciario militar se hace. En cuanto al primer capítulo, es una meditación básica, desarrollada con fe, acerca del «marco constitucional del Derecho Penitenciario» (pp. 17 ss.), retomada de la propia Ley, con aporte de jurisprudencia, cuando en aquélla se establece el denominado doctrinalmente estatuto jurídico del recluso en sus artículos 3 y siguientes.

Ha de mencionarse también la interpretación equilibrada, puesta de manifiesto a lo largo de su trabajo, que realiza Fernández Aparicio de algunos de los asuntos más controvertidos, por mor de desafortunadas reformas recientes, advertidas y tratadas por él mismo por escrito, con anterioridad (p. 49, n. 38), con mentalidad progresista.

A la vista del prisma metodológico citado en el mismo subtítulo del texto del que damos cuenta («Comentarios prácticos»), no parece necesario aclarar que –según confesión propia– Fernández Aparicio no efectúa unos pormenorizados comentarios de toda la legislación penitenciaria de referencia, si no que selecciona aquella problemática que más afecta a la aplicación real del cumplimiento de la pena privativa de libertad (pp. 8 y 9). De ahí, que muchas instituciones no hayan sido contempladas. La profesión del autor y su mayor dedicación a unos temas, pues, se encuentran plasmadas en estas líneas e, indudablemente, a mi parecer, justifican las omisiones.

## III

La «clasificación penitenciaria» es el primer tema de enjundia que se estudia (pp. 27 ss.). Partiendo de la directa relación de la «respuesta penitenciaria» con las particularidades del tratamiento individualizado de cada interno, cuya identidad es distinta (p. 28), deduciéndose de ahí la utilidad de los diferentes grados, este capítulo comienza estipulando algunos aspectos generales de la materia propuesta, entre los que destaco dos: el problema de la clasificación de los arrestados de fin de semana y el referido a los traslados de los condenados. En cuanto al primer asunto –el de si es posible la clasificación de estos penados– el autor acierta cuando da su positiva respuesta (pp. 35 y 36) y, en relación al segundo, también lo hace al concluir con la competencia exclusiva de la Administración penitenciaria, cupiendo, en su caso, la vía contenciosa, no la de vigilancia (pp. 37 y 38), soluciones ambas bien articuladas y con las que estoy completamente de acuerdo y que defendiendo –notoriamente, la segunda– desde hace treinta años, es decir desde el mismo momento de la elaboración y discusión parlamentaria de nuestra hoy vigente Ley.

A continuación, Fernández Aparicio habla de los tres grados penitenciarios de clasificación, advirtiendo su concordancia con los establecimientos correspondientes. Del primero o cerrado, quiero destacar la completa referencia que se hace de la importante Instrucción 21/1996, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, dictando la normativa reglamentaria que viene al caso (pp. 41 y 42), eficiente complemento de la reglamentaria, así como el tema de la evidente legalidad de los FIES (p. 45). Si en este grado, aplicado a un número de reclusos que no supera nunca estadísticamente el millar (pp. 38 y 39), prima legalmente la seguridad, en el segundo u ordinario, el más habitual, «se persigue que el interno participe en actividades de trabajo y formación» (p. 45). Y el tercero o abierto, es preparatorio «para conseguir la integración (del interno) en la sociedad» (p. 48).

Las páginas más relevantes se refieren a la polémica reforma procurada por la Ley 7/2003 (pp. 49 ss.). Sabido es que el legislador no estuvo aquí acertado. Que el denominado doctrinalmente «período de seguridad», introducido en la modificación acontecida del artículo 36 CP en 30 de junio, no se adecua a nuestra tradición carcelaria. Que esta rígida severidad, de tiempos tasados, en la ejecución no nos pertenece, pues la obtención del tercer grado u otros beneficios no debe tener mas relación que con el buen comportamiento del penado y sus verdaderas muestras de readaptación durante el cumplimiento de la condena que, pese a la reforma, siguen siendo los objetivos constitucionales y legales, primordiales y prioritarios, de la pena privativa de libertad (arts. 25.2 CE y 1 y 59 LOGP). La retroactividad «contra reo» que proclama la Disposición Transitoria Única de tal sedicente reforma, enmascarada como norma de ejecución, colma el vaso y es incompatible con el citado directo dictado constitucional y el original sentir del legislador penitenciario, así como la no menos grave obligatoriedad exigente, sin matiz alguno, de tener satisfechas las responsabilidades civiles dimanantes del delito cometido. La razonable interpretación judicial y de la propia Dirección General, atenta a los desatinos, ha suavizado, como veremos más adelante, este último tema (p. 54).

Más brevemente se trata de «la determinación de la pena» (pp. 61 ss.). Después de referirse Fernández Aparicio al abono de la prisión preventiva (pp. 62 ss.), sienta una diferenciación necesaria en esta materia: «la acumulación (de condenas) es competencia del Juez sentenciador, mientras que la refundición es del Juez de Vigilancia Penitenciaria» (p. 64)

Por el contrario, el número de páginas que se dedican a los «beneficios penitenciarios» es extenso (pp. 67 ss.). En ellas se estudian institutos cuales los permisos de salida, la libertad condicional y el indulto particular. Dentro de los primeros plantea el autor algunos temas conflictivos, frecuentes ahora en el mundo del ejercicio real de la jurisdicción. Y así, resuelve que en los delitos de índole sexual es frecuente que los psicólogos de los establecimientos formulen votos particulares, contrarios a su concesión, en las Juntas de Tratamiento que aprueban los permisos ordinarios, siendo aquéllos tenidos muy en cuenta por los Jueces de Vigilancia que deben «actuar con suma prudencia» pues, ante la duda, cabe la motivada resolución denegatoria, atendiendo al criterio «pro

societate» en vez de al *pro libertate* (p. 71), opinión basada en la experiencia, lo que no discuto, pero quizá demasiado intransigente.

Por otra parte, en cuanto a dichos permisos de excarcelación transitoria para extranjeros, se distingue entre extranjería y arraigo, declarándose la compatibilidad y la posibilidad cierta de disfrutarlos por tal clase de penados (p. 73). En fin, cerrando este tema, se defiende en el libro comentado la tesis correcta, ante «la oscuridad» legal, de la competencia de los Jueces de Vigilancia para autorizar permisos de salida para los sometidos a una medida de seguridad (p. 79).

La libertad condicional se analiza detenidamente, tanto en lo referente a su régimen general (pp. 80 ss.), cuanto a los supuestos especiales (pp. 93 ss.). Lo más importante, para quien esto escribe, es la plasmación del criterio interpretativo generoso, que ya he apuntado, que acerca del nuevo requisito –para obtener aquélla– de tener satisfechas las responsabilidades civiles (pp. 89 ss.), llevan a cabo jurisprudencia y Administración penitenciaria. Constatada la «tendencia» o el «esfuerzo» finalista del reo en cumplir tal obligación –por ejemplo: haciendo algunas periódicas entregas del total económico al que fue condenado– el obstáculo puede ser removido (p. 91). En cuanto a los indultos particulares, se fijan y delimitan las competencias de los Equipos Técnicos penitenciarios y de los Jueces de Vigilancia en las respectivas materias de propuesta y tramitación de aquéllos (p. 107), recordándonos que la concesión, por imperativo legal, a ninguno les pertenece.

El siguiente capítulo (VI, pp. 113 ss.) se ocupa de las penas de «trabajos en beneficio de la comunidad» y de «localización permanente» que se conciben por el legislador «como alternativas a la pena de prisión y, en concreto, a las de duración reducida» (p. 113). En el apartado se plasma y desmenuza su regulación normativa a raíz de la instauración de ambas modalidades de ejecución en nuestro Derecho.

#### IV

El último apartado del libro analiza los «diversos aspectos procesales del Derecho penitenciario» (pp. 141 ss.), capítulo que me parece de especial y elevado interés. La profesión de Fiscal y su dedicación a la vigilancia penitenciaria de Fernández Aparicio, son la clave de la relevancia de estas páginas. De entre los asuntos que se mencionan quiero destacar estos tres: las reglas de competencia, el recurso de casación y, claro es, la actuación del Fiscal.

La reflexión se inicia con la constatación –que conocen bien los operadores jurídicos– de algo criticable e incontrovertible: «la ausencia de un procedimiento propio» en esta materia (p. 141). La Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Disposición Adicional Quinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como en su día las originarias Prevenciones del propio Consejo General, como es sabido, suplen de un modo modesto la estrepitosa ausencia, habiendo quedado en meritorio Proyecto –nunca revitalizado– la regulación específica de este tema desde la postrera legis-

latura del PP. Los órganos competentes para conocer son los Jueces y Juzgados de Vigilancia (pp. 145 ss.) del «lugar donde se encuentre el interno», salvo si «ha sido enjuiciado por la Audiencia Nacional» (p. 149) cuyo nuevo y específico Juzgado Central tiene competencia en todo el territorio español, cualquiera sea el centro penitenciario donde esté preso, detenido o condenado el reo.

Por lo que respecta a los medios de impugnación, desde un primer momento se proclama de forma rotunda que la legitimación «ha de quedar en manos exclusivamente del interno y del Fiscal» (p. 151). Con posterioridad, se trae a colación el debate sobre la posibilidad de la admisión de otros sujetos activos, como la acusación particular y, especialmente, el Abogado del Estado. Tras pormenorizada exégesis legal y jurisprudencial (pp. 154 ss.) se concluye con la firme opinión negativa ya expresada (p. 156). En referencia al recurso de casación, introducido por la Ley 5/2003, se recuerda su único efecto de unificación de doctrina para «asegurar la unidad del orden normativo jurídico-penal en materia penitenciaria para tutelar una aplicación de las normas que garanticen óptimamente el derecho de igualdad» (p. 163) y se recopilan las directrices trazadas para el mismo por la propia Sala Segunda del Tribunal Supremo (pp. 165 y 166).

En cuanto al Fiscal de Vigilancia Penitenciaria –la materia de la actual y valiosa ocupación profesional del autor– sus funciones se describen con extrema corrección, adaptándolas a partir del Estatuto de su Ministerio, y se resumen en este párrafo: participa como parte en todos los expedientes que se incoan en el Juzgado, conoce con exclusividad de la clasificación en tercer grado y controla *in situ* los centros carcelarios y sus internos (p. 169). Para el desarrollo de estas actividades, la Fiscalía General del Estado ha procurado unas disposiciones específicas que finalmente se citan y compendian.

Un corto repertorio bibliográfico informativo (pp. 177 ss.) pone término a la obra que, como ya he manifestado, juzgo muy recomendable para el conocimiento directo y práctico de nuestro Derecho penitenciario.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático de Derecho penal UAH

BUENO ARÚS, Francisco: *Nociones de prevención del delito y tratamiento de la delincuencia*, Dykinson, Madrid, 2008, 506 pp.

## I

Que Paco Bueno, Profesor Ordinario Emérito de la Universidad de Comillas, es un reconocido maestro entre los penalistas españoles no es

necesario demostrarlo. Su larga trayectoria de dedicación docente e investigadora a nuestra ciencia atestigua una vida entregada meritoriamente al Derecho penal y penitenciario. Sus múltiples publicaciones así nos lo dicen y le inundan de prestigio. Sus cargos públicos y su amplia labor prelegisladora siempre han tenido la referencia de la materia de su especialidad, pues el prof. Bueno Arús no se ha ocupado profesionalmente de otra cosa que no sea explicar y, en su caso, tratar de mejorar el ordenamiento punitivo vigente. Y esto lo ha efectuado, en todo momento, desde el conocimiento, la lealtad institucional y el acendrado deber, no siempre recompensado. Mi larga amistad y trato permanente con él me permite atestiguar su excepcional competencia jurídica y la bondad humana de su comportamiento. Sus libros tienen una grandeza no advertida fácilmente en otros autores, pues Paco Bueno escribe para los demás, para enseñar el Derecho a todos, para exponer lo actual y criticarlo en su caso, proponiendo claras, factibles y pertinentes soluciones. Cuanto de su pluma ha salido tiene estos estupendos rasgos que le son característicos.

El presente libro es una culminación. Escribe Bueno Arús desde la inconfundible atalaya de haber llegado a ese punto de la vida académica en que todo se expresa con perspectiva, procurada por la constancia en los estudios y la distancia de posiciones advenedizas o improvisadas. Es creación universitaria pensada, a la vez, para especialistas y alumnos –especialmente de la Universidad Europea de Madrid, «para cuyas necesidades precisamente se ha elaborado» (p. 504)– que encontrarán en ella cuanto de interesante acontece y se debate en este campo del saber. «Nociones» es texto que contiene un conjunto de reflexiones, ordenadas modestamente –muy propio del autor– como Lecciones, que aproximan al momento final de la construcción de su concepción sistemática, fundamentalmente, de la teoría de la pena y de la temática penitenciaria más controvertida. En 21 capítulos se condensan las materias citadas que son objeto de la discusión más reciente. En vez de seguir de manera inflexible el orden propuesto en el índice, para mi exposición prefiero agruparlas en las siguientes: las muchas y diversas referidas a la prevención del delito, las atinentes al Derecho penitenciario, a la victimología, al ordenamiento correccional de menores y al Derecho penal internacional.

La prevención delictiva se clasifica en cuatro grandes y acertados apartados: las nociones generales; su nivel primario y el secundario; y el tercero o política criminal. Casi la mitad de la monografía se dedica a estos temas tratados con sabiduría por Bueno Arús. En lo que se refiere al primero de los aspectos reseñados, después de una diáfana exposición del mismo, concluye en el carácter preventivo del Derecho penal, en sus dos modalidades tradicionales, general y especial, que nos presenta, con clarividencia, como límites a la actuación del poder estatal (pp. 63 y 64). Antes el autor ha efectuado un inteligente repaso a la doctrina científica al respecto (pp. 38 ss. y 45 ss.) y a la posición internacional (pp. 54 ss.).

Lo que Paco Bueno denomina originalmente «primer nivel de la prevención» lo refiere esencialmente a las políticas sociales (pp. 69 ss.) y al trabajo

(pp. 97 ss.). De aquéllas es digna de significar la limpia meditación que realiza acerca de la importancia de la división de poderes y su significación en este tema (pp. 75 ss.), para luego pasar a defender con rigor la necesidad de «los factores tradicionales» (p. 83), religión, moral, escuela, familia y trabajo, como elementos cargados históricamente de relevancia en el asunto tratado. Del «trabajo como factor de prevención de la delincuencia» (p. 97) se ocupa a continuación nuestro monografista, partiendo de la consideración constitucional de la labor retribuida y la prohibición de trabajos forzados, que no hay que confundir, como el prof. Bueno Arús dice, con toda razón y experiencia, con la voluntariedad del mismo en el caso de los internos, sosteniendo correctamente su obligatoriedad (pp. 99 y 100) cuando lo hay disponible en los centros.

Si el primer nivel citado «comprende un clima de convivencia dentro de la sociedad», el segundo son «medidas dirigidas específicamente a la lucha contra el delito» (p. 115), explica con claridad y difícil sencillez el autor, poniéndonos, entre otros, unos ejemplos determinantes: la reforma del CP que introduce nuevas conductas delictivas, la reorganización de la Administración de Justicia para hacerla más eficaz para la ciudadanía, el incremento proporcional de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, la promulgación de nuevas normas sobre circulación de vehículos, huelgas ilegales o terrorismo, así como la sustitución de los macrocentros penitenciarios (pp. 116 ss.). En fin, todo un programa de actuación estatal que luego con brillantez, parcialmente, desarrolla con detenimiento en esta lección 5.

El tercer nivel es la actuación individualizada dirigida al delincuente para evitar su reincidencia (p. 135), objeto de la Política criminal, a la que dedica Bueno Arús otros tantos capítulos de su obra. Entre sus extensos y preciados pensamientos quiero distinguir especialmente los siguientes: la tajante defensa que expone de los clásicos principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y seguridad jurídica (pp. 157 ss.); el adecuado y sutil matiz que hace del principio *in dubio pro reo*, el cual «se refiere a la prueba de los hechos» (p. 163), no siendo postulado de la interpretación normativa; y en postrer término, la exposición penológica que lleva a cabo en la lección 8 (pp. 179 ss.).

La teoría del bien jurídico es abordada a continuación. Arrancando como de costumbre de la Constitución (pp. 208 ss.), el prof. Bueno Arús elabora una clasificación de tales derechos de la persona, objeto indubitado de protección penal, desde el prioritario valor de la vida humana (pp. 210 ss.) hasta otros bienes también dignos de valoración, como libertad y seguridad o propiedad (p. 212 ss.). Cierra este apartado con unos cultivados renglones destinados al –tan hoy en boga– denominado «Derecho penal del enemigo», para acabar sentando, con buena cabeza, que esta concepción es extraña a nuestra Norma fundamental y a la Ley General penitenciaria (p. 218), si bien se lamenta de las últimas reformas en la legislación antiterrorista y en la de menores.

## II

Parte fundamental del libro es la escrita sobre el Derecho penitenciario (lecciones 10 a 15). El saber de Paco Bueno en esta materia es superior a lo habitual en los penalistas españoles. Fue su primera y magistral especialización científica que nunca ha abandonado. Y fue colaborador excepcional de quien esto escribe, hace treinta años, en la puesta en marcha de la vigente Ley penitenciaria, participando recientemente, por derecho propio, en los trabajos de su «relectura» de 2004/2005. Sus enseñanzas cercanas y humanitarias están expuestas sistemáticamente en estas lúcidas páginas pudiendo seguirse este trazado: contenido de la debatida relación jurídico-penitenciaria, es decir, estatuto del recluso y prestaciones de la Administración; concepto, naturaleza y muestra del sistema, beneficios y tratamiento penitenciarios, así como, finalmente, meditación sobre la tan traída y llevada crisis de la prisión.

Los derechos de los internos, preventivos y penados, se conforman en esta trascendente monografía atendiendo a la legislación constitucional y penitenciaria (pp. 229 ss.), de la que se parte, al igual que el establecimiento de sus límites (pp. 236 y 237), apareciendo como el garante de los mismos el Juez de Vigilancia, detectando el autor la ausencia de un procedimiento regulador de su actuación (p. 238), normas orgánicas procesales de las que, como penitenciarista de pura cepa, siempre se mostró partidario y por las que siempre ha luchado. Las prestaciones-deberes de la Administración se enumeran en la lección 11 y son las recogidas en los preceptos legales y reglamentarios correspondientes, cerrándose la misma insistiendo en la pedagogía social (pp. 248 ss.). El sistema penitenciario es «la ejecución organizada de las penas privativas de libertad conforme a un plan y un fin» (p. 259), dice con rotunda prestancia Bueno Arús. A sus aspectos regimentales dedica su pensamiento en las siguientes lecciones de su libro, incluyendo en esta perspectiva los beneficios carcelarios y el cumplimiento de la condena, «ficticio» lo califica (p. 275), precisamente por la acción de rebajas y adelantamientos reglados de la libertad.

Del tratamiento en la Ley penitenciaria se ocupa ampliamente el prof. Bueno Arús (pp. 301 ss.), recogiendo los preceptos correspondientes a la «relectura» citada (pp. 331 ss.) en cuya ponencia, como ya he dicho, intervino. Por lo que hace a la crisis de las penas privativas de libertad, sin perjuicio de ofrecernos el estado histórico y el actual de la cuestión, viene a confluír, haciendo gala del sentido común que le caracteriza, en la opinión mayoritaria de rechazar el abolicionismo y entender la necesidad de la pena (p. 366).

La victimología y el Derecho correccional de los menores configuran los apartados prácticamente finales del libro. Paco Bueno demuestra en ambos su sentimiento cercano a los agraviados, a los más inocentes y, pese a ser infractores, a los también indefensos. Además de otros temas, es de destacar el estudio que hace de nuestra legislación en lo que concierne a las víctimas del delito y a su asistencia (pp. 194 ss.).

En relación a la ordenación legal de los menores corrigendos, quiero indicar las vías en las que se mueve el autor: por un lado, el carácter prioritario del interés del menor (pp. 403 ss.) patente en todo lugar y ocasión en su límpido sentimiento; y por el otro, el racional análisis de esta legislación sancionadora especial sustantiva (pp. 431 ss.), orgánica y procesal (pp. 457 ss.). Al tratarse de uno de los más relevantes especialistas de esta materia los capítulos a ella relativos son completísimos. Y así, toca los antecedentes históricos, la evolución de la Ley 5/2000, con sus reformas posteriores, y nos presenta una más que interesante valoración crítica (pp. 424 ss.). Bien puede hacer Bueno Arús todo ello. Le sobra autoridad para escribir y ser escuchado. No en balde fue uno de los inspiradores y redactores principales de esta norma generosa pero sentada en la realidad, pese a escuetas disfunciones –no tantas– que las modificaciones subsiguientes trataron –no siempre– de corregir. En ella, desprendidamente, dejó Paco Bueno buena parte de su preciosa salud y casi todo su denodado tiempo.

El libro se cierra con una lección acerca del Derecho penal internacional (pp. 479 ss.), última dedicación intelectual de Paco Bueno, sobre la que atesora un excelente Manual, escrito en unión con De Miguel Zaragoza. Unas enjundiosas notas biográficas acerca de la valiosa vida profesional y obra doctrinal de nuestro recensionado (pp. 503 ss.) completan la obra, verdaderamente recomendable para todos. Para unos, los penalistas de mi generación, porque la lectura de las ideas del autor nos reactiva nuestra concepción del Derecho penal, garantista y humanista; y para otros, los más jóvenes, porque les aproxima a la elaboración de un sistema meritario de saberes y exposición de los mismos. Y en esto, como en otras muchas cosas, el prof. Bueno Arús es un gran maestro.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático de Derecho penal UAH

# NOTICIARIO

## NUEVOS CATEDRÁTICOS DE DERECHO PENAL

Tras haber superado las pruebas de acceso al Cuerpo de Catedráticos de Universidad, han obtenido la Cátedra de Derecho Penal los siguientes profesores: D. Enrique Peñaranda Ramos, en la Universidad Autónoma de Madrid; D. Esteban Sola Reche, en la Universidad de La Laguna; D.<sup>a</sup> Margarita Martínez Escamilla, en la Universidad Complutense de Madrid; D. Miguel Olmedo Cardenete, en la Universidad de Granada; D.<sup>a</sup> Mercedes Pérez Manzano, D. Manuel Cancio Melia, D. Bernardo Feijoo Sánchez, D.<sup>a</sup> Silvina Bacigalupo Sagesse y D. Fernando Molina Fernández, en la Universidad Autónoma de Madrid; D. Esteban Mestre Delgado, en la Universidad de Alcalá; y D.<sup>a</sup> María del Carmen Gómez Rivero, en la Universidad de Sevilla.