

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 LXII
MMIX

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Boletín Oficial del Estado

Madrid, 2010

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

Reservados todos los derechos.

NIPO (BOE): 007-10-032-9

NIPO (M. de Justicia): 051-10-018-2

ISSN: 0210-3001

Depósito legal: M-126/1958

IMPRENTA NACIONAL DEL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO

Avda. Manoteras, 54. 28050 Madrid.

Injusto y culpabilidad en el pensamiento de Juan Bustos Ramírez

HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE

Catedrático de Derecho Penal. Universitat de Girona

1. INTRODUCCIÓN

En agosto de 2008 moría en Santiago de Chile mi querido y entrañable amigo y maestro el Dr. Juan Bustos Ramírez que fuera Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Chile y en la Universidad Autónoma de Barcelona. Con él desaparecía no sólo un gran penalista sino también un ser humano excepcional que para los que lo conocimos y fuimos sus amigos permanecerá eternamente en nuestro recuerdo. Para los que además de ser sus amigos tuvimos el privilegio de ser sus discípulos u otros de ser simplemente sus compañeros académicos, nos quedó una obra científica que por la originalidad y solidez de sus planteamientos tiene asegurada su vigencia por mucho tiempo en la doctrina penal europea y latinoamericana.

Su condición de Presidente de la Cámara de Diputados chilena al momento de su muerte motivó que se decretara luto nacional en Chile y que se celebraran funerales de Estado. En aquella ocasión se me permitió hablar en mi calidad de amigo y discípulo en representación del mundo académico. Elegí mis palabras pensando en lo que había sido la vida profesional de mi amigo: una vida dedicada a la política y a la universidad o a la universidad y a la política, tanto da. Dije en aquella ocasión *«tanto en su quehacer político como en el académico partía del reconocimiento de la posición antinómica de la persona con el Estado y coherentemente colocaba en el primer plano el prin-*

cipio de la dignidad de la persona humana y el de su autonomía ética, esto es que no era la persona la que debía estar al servicio del Estado, sino al revés, el Estado al servicio de las personas. A partir de estas premisas construyó una teoría crítica del sistema penal cuyos postulados van ganando cada día más espacios en el mundo académico».

2. SU ETAPA FORMATIVA Y SU MADUREZ

Durante su etapa de formación, después de su Licenciatura en Derecho en Chile, viajó por primera vez a España en el año 1960. Defendió su tesis doctoral que fue dirigida por Juan del Rosal en la Universidad Complutense de Madrid sobre «Lo objetivo y subjetivo en la teoría de la acción» para a continuación viajar por primera vez a Alemania en 1962 a estudiar con el que quizá fuera el penalista más relevante en esa época, Hans Welzel, cuya teoría final de la acción y su polémica con los causalistas monopolizaban la discusión en el mundo jurídico europeo en aquellos años. Bajo su dirección elabora su tesis doctoral alemana que defiende en el año 1965. En ella trata justamente el problema de la imprudencia que parecía irreconciliable con la teoría final de la acción (1).

Ese mismo año regresa a Chile y se incorpora como investigador al Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Chile, dirigido en aquella época por Álvaro Bunster, y también al Instituto de Ciencias Penales que entonces dirigía Eduardo Novoa, que al mismo tiempo lo nombró profesor auxiliar en su cátedra en la Universidad de Chile. De aquella época data su traducción, junto con Sergio Yáñez, de la 11.^a edición alemana del Derecho Penal de Hans Welzel y la publicación, junto con Sergio Politoff y Santiago Grisolia, de un primer tomo dedicado a «Los delitos contra las personas. Vida y Salud» de una obra que habría de ser una Parte Especial del derecho penal y que lamentablemente quedó interrumpida con el golpe militar de 1973 que obligó a dos de sus autores, Juan Bustos y Sergio Politoff, a exiliarse. Después de una breve estadía en 1974 en la Universidad Central de Tegucigalpa, en Honduras, gracias a una invitación del profesor Reyna, se fue a Argentina donde dio clases en la Universidad de Buenos Aires gracias al interés de los profesores Bacigalupo, Baigún y Ramos Mejías y más tarde en la Universidad de Belgrano, por invitación del profesor Campos.

(1) Se publicó en 1967 en Chile por la Editorial Jurídica con el nombre «Culpa y finalidad».

En octubre de 1975 fue detenido en Argentina en el marco de la Operación Cóndor diseñada por los dictadores latinoamericanos para perseguir a la disidencia política. Estuvo seis meses en prisión de donde salió por las gestiones personales del profesor Armin Kaufmann de la Universidad de Bonn y se trasladó a Alemania con una beca de la Fundación Alexander v. Humboldt. En el año académico 1976-1977 invitado por el profesor Juan Córdoba Roda que lo incorporó a su Cátedra en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, se trasladó a una España que salía de la dictadura y daba sus primeros pasos en la senda de la democracia. Una vez en España, después de una etapa como profesor titular contratado en la Universidad de Barcelona, fue contratado como catedrático por la misma Universidad para impartir clases de derecho penal en Lérida. En 1982 ganó un concurso para la Cátedra de Derecho Penal en la Universidad de La Laguna y después un concurso de traslado que le permitió volver a Barcelona incorporándose a la Universidad Autónoma de Barcelona. Su segunda estancia en Europa acabó con su traslado a Chile en el año 1989. En Chile recuperó su puesto de profesor de derecho penal en la Universidad de Chile. En 1997 fue elegido diputado y reelecto posteriormente en dos ocasiones e integró como parlamentario la Comisión Permanente de Constitución, Legislación y Justicia hasta que fue elegido Presidente de la Cámara de Diputados del Parlamento chileno.

La perspectiva del tiempo nos permite situar a Juan Bustos Ramírez en Europa en dos momentos históricos diferentes. En su primera estadía en España se encuentra con una dictadura represora que desconocía los derechos fundamentales básicos. La libertad de Cátedra era sólo una ilusión. La actividad investigadora debía ser «neutral» y no podía ir más allá del texto de la ley. En estas condiciones lo cómodo era reducir el derecho penal a la dogmática, a propuestas sistemáticas que marginaran cualquier consideración política como algo ajeno al derecho. La actividad investigadora se centraba en la teoría del delito. Se trataba por la vía interpretativa de adaptar en lo posible el Código de 1848 español que había sido pensado y redactado conforme a la doctrina penal de la época (2) a los planteamientos dogmáticos más actuales que venían de Italia y especialmente de Alemania. En aquellos años, hasta España llegaban los ecos de la

(2) El Código de 1848, de cuya redacción lamentablemente no hay actas, no cabe duda que cuenta entre sus preceptos numerosas instituciones del derecho canónico. Sin ir más lejos, la responsabilidad objetiva en su forma de *versari in re illicita* y también la *actio libera in causa*. La propia definición de delito contenida en su art. 1 como «acción u omisión voluntaria penada por la ley» recuerda la definición de pecado de San Agustín haciendo una concesión al principio de legalidad.

disputa académica que sostenían en Alemania casualistas y finalistas, es decir, por una parte si el concepto de acción debía ser entendido como la causa de un resultado y, por tanto, libre de toda subjetividad, o debía ser entendido como acción final, esto es, dirigida por el autor para la consecución de un determinado resultado, por tanto plena de subjetividad. Esta discusión se proyectaba al desvalor que debía fundamentar el injusto, es decir, si la acción debía ser prohibida porque podía causar un resultado no deseado, con lo cual el juicio de desvalor se postergaba al resultado, o si por el contrario, el desvalor debía anticiparse a la misma acción por afectar a los «*valores de conciencia ético-sociales*», como decía Welzel (3). Un derecho penal que sólo se miraba a sí mismo, completamente impermeabilizado frente a la contingencia política. La discusión era cómoda para los juristas españoles. Una discusión sobre el concepto de acción alejaba el peligro de incomodar al régimen. En Alemania, sin embargo, la explicación es diferente. El país venía saliendo de un régimen donde el totalitarismo había llegado hasta los últimos extremos. Al disidente no sólo había que silenciarlo, sino que había que exterminarlo. Todo el aparato del Estado, la policía, el paramilitar de tropas de asalto, burócratas y también los jueces asumieron dicha tarea de exterminio. En la postguerra, estos jueces frente a las acusaciones de haber cooperado con los nazis, daban la excusa que ellos no habían hecho otra cosa que aplicar la ley. Una vez promulgada la Constitución de Bonn, en 1949, los penalistas que no querían mirar hacia atrás, se refugiaron en el derecho natural y en la construcción sistemática. Dos situaciones diferentes la de España y la de Alemania, diferentes motivos pero similares soluciones. La reducción del derecho penal a la Parte General y a la teoría del delito para no incomodar al régimen en un caso y para evitar mirar al pasado en otro.

Este es el panorama con que se encuentra Juan Bustos en España y Alemania en su etapa de formación. Tiene la ocasión de encontrarse con los más destacados dogmáticos de la época y de estudiar con ellos. Cuando Juan Bustos vuelve a Chile, vuelve un gran dogmático pues entiende, como también otros juristas, que, más allá de una apariencia de formalidad, la dogmática tiene un gran valor político como garantía frente a la arbitrariedad, para la seguridad jurídica.

Después de salir del campo de detención argentino gracias al esfuerzo de Armin Kaufmann, que fue personalmente a Buenos Aires para pedir su libertad, como explicábamos anteriormente, amparado con una beca de la Fundación Alexander von Humboldt, llegó a Ale-

(3) WELZEL H.: (1993) Derecho Penal Alemán. Parte General, trad. de la 11.^a ed. alemana de BUSTOS J. Y YÁÑEZ S., Ed. Jurídica, Santiago de Chile, pág. 15.

mania en 1975 donde se encontró con un panorama científico totalmente diferente. La discusión sobre el concepto de acción y otros temas propiamente de la parte general, había cedido espacio a otros problemas. Ahora se discutían problemas que en último término se referían a la legitimación del derecho penal, –teorías de la pena y el objeto jurídico protegido penalmente–, y sobre temas marcadamente político-criminales, como los límites del *ius puniendi* en un estado social y democrático de derecho. Al mismo tiempo, se empieza a considerar el derecho penal no sólo desde una perspectiva normativa con fundamentos en la metafísica, sino también desde la sociología y filosofía política, como parte de un *sistema* cuyo exclusivo objetivo es el control social. Desde esta visión de considerar en conjunto las distintas disciplinas dentro de un sistema integrado de control social formal, el jurista no sólo se ocuparía del derecho penal, sino también de las otras disciplinas jurídicas que tienen también esta función, como el derecho procesal penal, el derecho penitenciario, el derecho sancionador administrativo, el derecho regulador de la función policial. Al mismo tiempo, nacería dentro de la criminología una corriente crítica hacia el sistema penal en su conjunto. La criminología en esta nueva corriente ya no tendría por objeto el estudio del delincuente y las causas del delito, sino el sistema penal. Ahora no se trataba de responder por qué el hombre delinque, sino por qué un determinado comportamiento socialmente lesivo fue definido como delito y otro no. Se trata de estudiar críticamente el control social penal, el funcionamiento de las instituciones de control penal y los procesos de criminalización. Esta era la situación de la discusión académica en el derecho penal en la Alemania de los años setenta, cuando Juan Bustos Ramírez se incorpora por segunda vez a la universidad alemana, pero ya era otra persona. Ya no era el estudiante recién licenciado que había venido a aprender con los juristas más destacados de la época, sino que era uno más que venía avalado por su prestigio en el mundo hispanoparlante.

En efecto, el dogmático finalista que había llegado a Chile en 1966 había alternado sus labores académicas con el ejercicio de la política activa. Sensibilizado por el bajo nivel de desarrollo social y económico de Chile y las enormes bolsas de pobreza provocadas por el mantenimiento de un modelo que todavía, principalmente en el campo, tenía una estructura medieval, se adheriría al programa político de la Unidad Popular que encabezaba el candidato a la Presidencia de la República Salvador Allende Gossens. El triunfo de Allende lo llevó a asumir responsabilidades de gobierno que provocaron después su exilio. Este es el Juan Bustos Ramírez que llega por segunda

vez a Alemania con la beca Humboldt. Ya no era simplemente el brillante recién licenciado en derecho de la Universidad de Chile, sino un jurista comprometido con un programa de cambio de las estructuras sociales y económicas que mantenían a un gran sector del pueblo chileno en la marginación, la pobreza y el desamparo. Su llegada a Alemania coincide esta vez con un ambiente académico muy diferente al de su primer viaje. Los juristas alemanes ya no tenían miedo de enfrentarse con su pasado. La visión crítica del derecho en general y del derecho penal en particular que encontró Juan Bustos en la nueva generación de juristas alemanes, en el año 1976, fue propicia para que diera una nueva dirección a su línea investigadora. Juan Bustos era ahora otro jurista, un jurista comprometido social y políticamente para quien el estudio del derecho penal debía ir más allá del mero estudio de la norma jurídica. Este jurista es el que encuentra en Alemania un ambiente académico en que disciplinas que en el marco de las ciencias jurídico-penales antes ocupaban un lugar secundario, como la política criminal, el derecho procesal penal, el derecho penitenciario, el derecho penal juvenil y de menores o la criminología, estaban ahora en un plano por lo menos igual al derecho penal. Problemas como el fin y función de la pena, las alternativas a la prisión, el rol de la víctima en el sistema penal o del bien jurídico aparecían con frecuencia en los artículos, monografías y seminarios de la época. De entonces es su artículo «Política criminal e injusto» que publica en la *Revue Internationale de Droit Penal* (4). En este trabajo en que por primera vez trata el problema de la determinación material del concepto, se refleja lo que era el ambiente académico de la época: «Pero, a pesar de que se ha escrito mucho sobre el bien jurídico, desde que Birnbaum hiciera sus planteamientos sobre la lesión del bien en contraposición a la lesión del derecho, no se ha avanzado mucho en la determinación del concepto. Y es por eso lo que recalcan todos los últimos autores que se han dedicado al tema y que son muchos, pues en los últimos tiempos el bien jurídico ha vuelto a ponerse de moda, quizá justamente porque se ha renovado la preocupación por la política criminal» (5).

Cuando más tarde en el año 1977 se traslada a España, el dictador, el español se entiende, acababa de morir. El proceso de transición había comenzado. Cada día que pasaba se anunciaba alguna acción de gobierno que marcaba un camino a la democracia. La disolución de las Cortes franquistas, la legalización de los partidos políticos, elec-

(4) 1978, núm. 1.

(5) También de esa época es (1974) «Consideraciones en torno del injusto» en *Nuevo Pensamiento Penal*, Buenos Aires.

ciones libres para la formación de unas Cortes constituyentes, una Constitución Política en la que se plasmaban los derechos y libertades fundamentales y los mecanismos jurídicos para garantizarlos, inequívocamente anunciaban un proceso de transición de la dictadura a la democracia.

La experiencia vital en Chile del jurista Juan Bustos Ramírez, entre su primer y segundo viaje a Europa, no puede dejar de tenerse presente para entender la línea de investigación que desarrollaría a partir de finales de los setenta y comienzo de los años ochenta en Alemania y España. En la obra de Juan Bustos Ramírez de esos años y los siguientes, se plasmaron las reflexiones y propuestas de un jurista sólido, original y maduro, también crítico, pero al mismo tiempo comprometido con la democracia y el Estado constitucional de derecho.

3. UNA VISIÓN DEL DERECHO PENAL DESDE LA NUEVA CRIMINOLOGÍA Y LA POLÍTICA CRIMINAL

En febrero de 1983 apareció una obra colectiva uno de cuyos codirectores era Juan Bustos Ramírez (6). En el Capítulo I de la Primera Parte de la obra, se ocupó del nacimiento, concepto y de las relaciones de la criminología con el derecho penal. En esa oportunidad señaló, entrando en la discusión sobre el objeto y contenido de la disciplina: «En definitiva, pues, hay diversas formas de entender la criminología. De una forma estricta, como un puro problema individual; de una forma limitada, como un enfrentamiento entre individuo y sociedad, o de forma amplia, esto es, fundamentalmente como un problema político, como una definición de vida social que se hace en una determinada organización social. Desde otro planteamiento se puede decir que la criminología se considera desde un punto de vista estático o desde un punto de vista dinámico, esto es, poniendo el acento en el carácter de proceso social que reviste la criminalidad. En otras palabras, el problema del contenido de la criminología no está tanto en un aspecto formal de materias a comprender, como surge de la distinción que hace Kaiser entre concepción estricta (“investigación empírica del delito y de la personalidad del autor”) y amplia [“comprende el conocimiento empírico experiencial sobre las variaciones del concepto de delito (criminalización) y sobre la lucha contra el delito, los controles

(6) BERGALLI R., BUSTOS J., MIRALLES T.: (1983) *El pensamiento criminológico I*, (R. BERGALLI y J. BUSTOS, directores) Ediciones Península, Barcelona.

de los demás comportamientos sociales desviados, así como la investigación de los mecanismo de control policial y judicial”]...., sino en el objeto mismo de referencia y en el criterio con que se enfoca dicha referencia» (7).

Continúa Bustos, indicando que la evolución de la criminología desde una concepción estática a una dinámica, de un criterio estricto a uno amplio, implica la superación de la criminología como una disciplina entendida de un modo naturalista destinada a investigar las «causas» de la criminalidad y con esta superación de la concepción de la desviación y de la criminalidad como una realidad ontológica, es decir anterior al ser y a la historia, que conlleva precisamente por esta naturaleza ontológica, la aceptación acrítica de las definiciones legales.

La concepción del delito como el resultado de un proceso social de definición lo lleva a precisar que hoy el contenido de la criminología no es otro que «el estudio de la criminalidad y el control considerados como un solo proceso social surgido dentro de los mecanismos de definición políticos y jurídicos de una organización social determinada» (8). De ahí que Bustos Ramírez se cuestione incluso la propia denominación de la disciplina: «El salto cualitativo provocado en ella la ha transformado completamente –la ha colocado con la cabeza sobre la tierra–, con lo cual se ha puesto en revisión no sólo lo que es, sino necesariamente también su propia denominación: ¿estamos ante la criminología –etapa del saber que nos interesa ya del pasado– o bien ante la controlología o la sociología del derecho penal, o, mejor aún, de la opresión?» (9).

De esta forma, en sus relaciones con el derecho penal, esta nueva criminología a la cual se adhiere Bustos Ramírez aparece como una disciplina autónoma pero recíprocamente interdependientes. En estas nuevas condiciones el derecho penal no puede circunscribir el ámbito de la criminología pues éste es mucho más amplio en tanto que abarca genéricamente todas las conductas desviadas, lo sean o no de una norma penal. La criminología en las actuales circunstancias se plantea como un estudio crítico del derecho penal en tanto que en su base están las normas jurídicas que son resultado de un proceso de definición y como una forma de control social.

Sin embargo, estima Bustos Ramírez que «es importante dejar aclarado que el derecho penal es supuesto indispensable de la criminología. Sin derecho penal no sería posible concebir la crimino-

(7) Ob. cit., nota anterior p. 22; cursivas en el original. La obra que cita BUSTOS DE KAISER G. es: (1976) *Kriminologie*, Heidelberg-Karlsruhe, 3.^a ed., C.F. MÜLLER, p. 3.

(8) Ob. cit., nota 4, p. 23, cursivas en el original.

(9) *Ibidem*.

logía. Ésta surge en razón de que, a través de un mecanismo institucional y formal como es la norma penal, una organización social determinada fija objetos de protección y con ello determina qué es delito y quién es delincuente y al mismo tiempo una forma especial de reacción social. Estos datos –no dogmáticos, sino justamente sujetos a revisión crítica– son el punto de partida indispensable para la criminología, salvo que se quiera hacer un planteamiento criminológico exclusivamente metafísico o meramente naturalista. De ahí que uno de los aspectos básicos para el análisis criminológico tendrá que ser precisamente el proceso de fijación de esos objetos de protección, esto es, los llamados «bienes jurídicos» en el derecho penal» (10).

En la concepción de Bustos Ramírez de la criminología como una ciencia crítica del sistema penal, en principio haría que coincidiera con la política criminal toda vez que ambas «estudiarían la legislación desde el punto de vista de los fines del Estado y, además, harían la crítica de ellos para la reforma del derecho penal en general. La diferencia estribaría en el hecho de que la política criminal implica más bien la estrategia a adoptar dentro del Estado respecto de la criminalidad y el control. En ese sentido la criminología se convierte, respecto de la política criminal, más bien en una ciencia de referencia, en base material para configurar dicha estrategia (11)».

El penalista, según Bustos Ramírez, no podía trabajar ignorando la criminología y la política criminal. Por ello, se siente obligado a escribir en la Introducción de un libro recopilatorio exclusivamente de sus trabajos dogmáticos posteriores al año 1973, cuando tuvo que abandonar Chile: «No hemos incluido otro tipo de artículos del mismo período que hacen referencia a cuestiones de la parte especial, de política criminal o de criminología, con el objeto de darle coherencia interna a la presentación. De todos modos a lo largo de las páginas de la presente obra aparece con toda evidencia nuestra preocupación en el último tiempo por los problemas político-criminales y criminológicos. Ello porque creemos que en la actualidad ni la teoría del delito ni la de la pena pueden prescindir de tales consideraciones y que el aporte que han dado en el último tiempo tales direcciones de las ciencias penales no puede pasarse por alto por ningún jurista. Más aún, creemos que la crisis a que hoy se enfrenta la llamada dogmática penal sólo puede superarse en la medida que se lleve a cabo un esfuerzo integrativo conceptual de la significación

(10) Ob. cit., nota 4, pp. 24-25.

(11) Ob. cit., nota 4, p. 25.

para el derecho penal de los logros en el ámbito político-criminal y criminológico» (12).

Desarrollando este pensamiento Bustos Ramírez, en el año 1987, publicaría un artículo en la revista *Nuevo Foro Penal* que tituló «Criminología Crítica y Derecho Penal», en Homenaje a Francesco Carrará (13). Allí llamó la atención en el hecho que la dogmática penal «no sólo determina las características del delito, sino que al mismo tiempo pretende definirlo y toda definición implica que se tiene poder para hacerlo. La pretensión apolítica y objetiva de la dogmática carece de fundamentación», concluye con acierto. El proceso de definición del delito no es un proceso neutral sino que es ejercicio de una opción política ejercida por un poder político que lo hará conforme a su propia visión del mundo. La nueva criminología abandona el estudio etiológico del delincuente, posiblemente determinado al delito por razones biológicas, antropológicas o sociales, para fijar su atención en el poder político concreto que puede definir dictando normas penales. El derecho penal, de esta forma, constituye una expresión concreta del poder político de definición. La criminología crítica estudia el sistema penal en su globalidad como un instrumento de control de un Estado concreto en un momento histórico determinado. Dicho de otra forma, el Estado, poder político por antonomasia, ejercerá el control penal de acuerdo con sus necesidades concretas en un determinado período histórico. Las prioridades en el control penal no son las mismas en el período de la Restauración en que se hizo necesario proteger la religión castigando delitos como la blasfemia, que las que hay en la actualidad en el Estado constitucional de derecho comprometido con las libertades y derechos fundamentales de las personas, de castigar los comportamientos contrarios a la libertad ideológica (14).

4. UN DERECHO PENAL PARA EL ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Bustos Ramírez con razón no podía desasociar el derecho penal de la forma de Estado. En un artículo publicado en *Papers: Revista*

(12) «Introducción» en *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Ed. Temis, 1982, Bogotá, p. 1.

(13) Reproducido en *Obras Completas*, t. II, Iustitia, Lima, pp. 19-51.

(14) Sobre el derecho penal de la Restauración: SINA, P. (1962) *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs Rechtsgut*, Basel.

de *Sociología* (15), establecimos, por una parte, la relación entre el sistema socio-económico que surgió con las revoluciones liberales del siglo XIX y las diversas explicaciones que ha dado la filosofía política sobre su naturaleza, fines y funciones que en su evolución ha ido tomando el Estado y, por lo otra, la naturaleza, fines y funciones que se han ido dando históricamente respecto de la pena. En otros términos, se trataba de establecer la vinculación que existe entre las teorías legitimadoras del Estado con las teorías legitimadoras del derecho penal.

En este trabajo, después de establecer la coherencia de una teoría retributiva de la pena y una concepción preventivo general con el Estado liberal primitivo, la de una teoría preventivo especial con el Estado liberal positivista intervencionista y la atribución a la pena de una función de reinserción social y/o de reafirmación y/o de interiorización de los valores del derecho con el Estado de Bienestar, postulamos la incompatibilidad de estas concepciones de la pena con el Estado social y democrático de derecho.

En aquella oportunidad dijimos que «cuando hablamos de Estado democrático nos estamos refiriendo a todo aquel que no aparece exclusivamente reducido a su aspecto coactivo puro, sino que por ello mismo aparece como un sistema abierto y en constante proceso de apertura. No a una democracia total y perfecta, aún utópica (16).»

El Estado democrático de derecho constitucionalmente definido es el espacio político donde actúa el penalista. Un penalista que no debe perder de vista «que el derecho penal es un instrumento de aplicación inmediata y directa sobre los hombres y, por tanto, que sus planteamientos no tienen el simple carácter de una disquisición teorizante o metafísica, sino una significación eminentemente práctica». El jurista en general y el penalista en particular, por tanto, no es ni puede ser neutral en un Estado constitucional de derecho, es un jurista democrático, es decir un hombre que está sometiendo su pensamiento a una constante revisión crítica y que está abierto a «los aportes de otras disciplinas a fin de profundizar el desarrollo demo-

(15) Este artículo titulado «Pena y Estado» (*Papers: Revista de Sociología*, núm. 13, Barcelona) se publicó por primera vez en 1980 y fue el primer trabajo que publicamos conjuntamente, y dio comienzo a una colaboración que se prolongaría hasta su muerte. Posteriormente fue reproducido en un libro recopilatorio de artículos de Juan Bustos Ramírez llamado *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Ed. Temis, 1982, Bogotá, pp. 115-135; en un libro también recopilatorio *Control Social y Sistema Penal*, Ed. PPU, 1987, Barcelona, pp. 53-88 y en *Obras Completas*, t. II, *Iustitia*, Lima, pp. 55-85.

(16) «Pena y Estado», en *Obras Completas*, p. 74.

crático del Estado e impedir entonces que la función de control y represión del aparato del Estado elimine la participación de los ciudadanos en su accionar, la que es básica para la progresiva democratización del Estado» (17).

La pena en una sociedad determinada es una autoconstatación del Estado. Con ella el Estado constata su existencia dentro de dicha sociedad. Tiene, en consecuencia, un carácter simbólico por encima de consideraciones sobre su presunta eficacia o utilidad. En un Estado democrático la pena será autoconstatación de ese Estado democrático, es una reafirmación de su existencia y surge cuando se afectan determinadas relaciones sociales concretas que normativamente el Estado ha decidido políticamente protegerlas. Es decir, cuando determinadas interacciones sociales han afectado algún bien jurídico que el Estado ha decidido proteger. Interacciones que el propio Estado ha desvalorado precisamente porque al significar un riesgo para un bien jurídico, son recogidas por los tipos penales. El injusto penal, por tanto, surge en función de la protección de un bien jurídico, que son sus bienes jurídicos. No se trata de una función neutral, «el Estado fija mediante la pena determinadas relaciones sociales, mantiene la estratificación social, como forma de autoconstatarse y mantenerse. Por eso, la principal tarea dentro de un Estado democrático, y su diferencia con otras formas de Estado, reside en la constante revisión hasta sus bases mismas de esta función» (18).

El establecimiento del fin de la pena no puede surgir de la respuesta a la pregunta qué es la pena. De esta pregunta sólo surge la función de la pena que, como hemos visto, es la protección de bienes jurídicos, sin perjuicio que sea cuestionable qué bienes jurídicos concretos son merecedores de protección penal. La pregunta del fin de la pena sólo puede plantearse en relación al nivel de la imposición de la pena y éste es el hombre, que es un fin en sí mismo, y que en un Estado democrático constitucional de derecho es un ser crítico y liberado. «De lo que se trata, pues, es de lograr que la pena cumpla este fin, aunque como todo fin sea utópico y difícil de lograr, y que al mismo tiempo implique una cierta contradicción con el Estado mismo, en cuanto lo obliga constantemente a abrirse, en el sentido de poner a revisión su propia autoconstatación a través de su función de protección. Pero esa es la contradicción inherente a todo Estado democrático verdadero» (19).

(17) «Introducción», en *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Ed. Temis, 1982, Bogotá, p. 2.

(18) «Pena y Estado», en *Obras Completas*, p. 86.

(19) *Ibíd.*

5. LAS NORMAS PENALES EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL DE DERECHO (20)

5.1 La naturaleza de las prohibiciones y mandatos: ¿imperativos?

La línea de investigación desarrollada por Juan Bustos Ramírez, crítica con el modelo vigente pero en la dirección de construir un sistema penal respetuoso con las exigencias del Estado democrático constitucional de derecho, necesariamente lo tenían que llevar a revisar la teoría de la norma. Criticaba que el contenido de la norma penal quedara reducido a un problema de obediencia y desobediencia y en último extremo de permisos a la persona. Las normas desde este punto de vista se presentan ante la sociedad como *imperativos* cuya inobservancia acarrea una reacción social a cargo del Estado. Esta teoría, que tiene sus raíces en las tesis de la ciencia política del II Imperio de Bismarck, de la personalidad moral del Estado (21), se acomoda a la tarea que en Alemania había asumido el Estado prusiano de unificar e industrializar el país. Sin duda, esta teoría de los imperativos es perfectamente coherente con esa forma de Estado y de su relación con las personas, pero no con la concepción del hombre y de las recíprocas relaciones con el Estado en el Estado democrático constitucional de Derecho.

No obstante, Juan Bustos, por esa misma época, en una conferencia que dio en México (22), refiriéndose a la compatibilidad del imperativismo con los postulados del Estado democrático constitucional de derecho, señaló que «la norma no surge en virtud de un *fiat* metafísico y tampoco como en el Estado Absoluto, por la sola voluntad del soberano, sino que la norma aparece en un Estado de derecho en razón de un proceso complejo legitimante, que según sean las posiciones doctrinarias puede tener por base el consenso de los ciudadanos, el enfrentamiento de grupos de poder (para la teoría del conflicto) o bien la confirmación de la ideología dominante o hegemónica en el poder político». Más adelante, en esa misma ocasión afirmaría que «cualquiera que sea la posición que se adopte sobre la génesis o legitimación de la norma, ella necesariamente tiene que contar con el hecho, que frente al consenso ha quedado un disenso con sus propias valoraciones (y sus propias nor-

(20) BUSTOS J. y HORMAZÁBAL H. (2004), *Nuevo Sistema de Derecho Penal*, Trotta, Madrid, pp. 41 ss., y lo desarrollamos conjuntamente en esta obra y posteriormente en *Lecciones de Derecho Penal* (2006), publicado también en Trotta.

(21) JELLINEK, G.: *Teoría General del Estado*.

(22) En el INACIPE el 28 de septiembre de 1981. Está publicada en las *Obras Completas*, t. II, con el nombre «Del estado actual de la teoría del injusto», pp. 121-135.

mas), que frente al grupo de poder triunfante ha quedado el vencido también con sus valoraciones (y sus normas) y que frente a la ideología dominante o hegemónica confirmada, hay ideologías que no han llegado a ese nivel, pero que son existentes. Luego un ordenamiento jurídico de un Estado de derecho necesariamente tiene que contar y asumir esa realidad, lo que será de importancia a la hora de señalar el contenido y alcance de lo injusto, sus límites (23)».

A partir de estas constataciones discutimos y propusimos una teoría alternativa que superara la teoría de los imperativos. En un primer paso partiendo de la base de que la estructura de la norma no se agota con la simple apreciación de la presencia en ella de un mandato, de una omisión o de la prohibición de una acción, afirmamos que en la estructura de una norma penal hay un proceso interactivo o comunicativo de una persona con otra, de carácter conflictivo, que está políticamente desvalorado por el Estado democrático constitucional de derecho cuyas relaciones con el Estado no son simplemente de obediencia o desobediencia, como se propone en las tesis imperativistas. No puede perderse de vista que en el marco de relaciones de las personas con el Estado democrático constitucional de derecho y recíprocamente de este Estado con las personas, éstas no sólo son titulares de los derechos fundamentales a la libertad, dignidad, igualdad y justicia, sino, por encima de los Estados, también de los derechos humanos. El carácter universal, indiscriminado y exigible de los derechos humanos coloca a las personas en un plano de igualdad con los Estados. Por lo tanto, la visión de la norma como un imperativo y su reducción a una cuestión de obediencia y desobediencia no es compatible con la concepción de la persona en un Estado democrático constitucional de derecho.

Por otra parte, una visión imperativista de las normas pierde de vista que las relaciones entre personas pueden tener diversas significaciones y que no pueden ser entendidas simplemente como una mera transgresión a la norma. La vida social es mucho más rica, es un proceso de conflictos de menor o mayor intensidad. Las prohibiciones y mandatos penales están referidos a los procesos sociales de mayor intensidad, a las que afectan a aquellas relaciones sociales que el Estado quiere preservar con el derecho penal, es decir a los bienes jurídicos.

Desde esta perspectiva, y considerando la posición de la persona en el Estado democrático constitucional de derecho, las normas penales no pueden ser entendidas como imperativos ni tampoco las personas, titulares de derechos supraestatales, como sujetos a los que no les cabe otra cosa frente a ellas que obedecer o desobedecer, sino como *instrucciones* a las personas en el sentido de que frente al conflicto

(23) *Ibíd.*

tienen una amplia gama de formas de solucionarlos e incluso ignorarlo, pero al mismo tiempo le *advierte* o *previene* que hay una forma específica, la que señala la norma, que si recurre a ella será sancionado. En una norma no hay simplemente un comportamiento, sino una interacción de varios, de un sujeto activo, un sujeto pasivo y el Estado que reacciona frente a la interacción de los primeros. En esta interacción el Estado ocupa un segundo plano, y pasa al primero sólo en caso de transgresión de la norma y activa todo el sistema penal.

5.2 La naturaleza de las causas de justificación: ¿Normas permisivas?

El ordenamiento jurídico, aparte de las normas de instrucción expresadas en forma de prohibiciones (tipos de acción) y de mandatos (tipos de omisión), contempla otros tipos de normas. Históricamente su existencia fue desconocida tanto por el monismo imperativista, que sólo reconocía normas de prohibición y mandato, como por el monismo de Kelsen, que sólo reconocía normas de sanción. Los procesos interactivos que configuran la vida social no pueden ser aprehendidos por una tesis normativa que sólo contemple prohibiciones y mandatos. Este modelo no puede integrar los derechos subjetivos de las personas y en especial los derechos fundamentales. El modelo normativo que fundamenta el derecho penal tiene que integrar, junto con las prohibiciones y mandatos, otro tipo de normas que, por otra parte, son manifiestas dentro del sistema penal como queda claro con la simple constatación de la existencia de determinados preceptos que bajo ciertas y determinadas circunstancias eximen de pena al infractor de una norma permisiva o de mandato. Normas que, por ejemplo, en las condiciones expresadas en el correspondiente precepto, eximen de pena al que se defiende, por ejemplo, frente al ataque ilegítimo de una persona (legítima defensa) o de un animal (estado de necesidad justificante) y lesiona un bien jurídico ajeno.

También en estas normas y mucho más claramente que en las prohibiciones y mandatos, se contienen procesos interactivos de conflicto en que el Estado reconoce, bajo ciertas condiciones, prioridades a la persona que se encuentra en determinada situación. Hay pues, junto a las normas de instrucción, por lo menos otro tipo de normas que eximen de pena a la persona que soluciona un conflicto afectando a un bien jurídico protegido por una norma prohibitiva o de mandato.

En el derecho penal, del mismo modo que en la teoría general del derecho, también se ha discutido sobre la existencia o no de *normas permisivas*. Para una posición extrema el ordenamiento jurídico estaría compuesto sólo por imperativos. Las normas permisivas serían irrelevantes y,

por tanto, superfluas, pues si algún comportamiento no está prohibido ni mandado, quiere decir que está permitido. Esta postura radical, que ha tenido numerosas contestaciones, no ha tenido acogida en el derecho penal. La ha tenido, en cambio, una posición no tan extrema que si bien reconoce la existencia de normas permisivas, éstas están subordinadas a los imperativos de modo que la ausencia de un permiso constituye una condición de existencia de la prohibición o del mandato. Esta tesis se recoge en la llamada *teoría de los elementos negativos del tipo*. Conforme a esta teoría un comportamiento deja de ser típico si tiene lugar bajo las condiciones que expresa la norma permisiva y pasa a ser, por tanto, un comportamiento indiferente al derecho penal.

Desde un punto de vista sistemático la teoría de los elementos negativos del tipo es muy atractiva, pues permite solucionar con coherencia problemas como el error sobre un presupuesto, sobre una causa de justificación, que es un error sobre un hecho en definitiva, como error de tipo. Sin embargo, la búsqueda de la coherencia sistemática, no puede hacernos perder de vista que cuando un tipo penal recoge un comportamiento el derecho penal está emitiendo un juicio de desvalor social extremo de ese comportamiento. Resulta difícil pensar que el desvalor de la muerte de una persona vaya a desaparecer de forma absoluta por la concurrencia de las condiciones de la legítima defensa. La norma penal que recoge una prohibición o un mandato constituye una *instrucción* para las personas en el sentido de evitar comportamientos que provoquen riesgos para los bienes jurídicos o de actuar para neutralizar esos riesgos.

De ahí que resulte indiscutible que el ordenamiento jurídico no sólo está constituido por normas que son continente de obligaciones, hay también otras normas independientes de las prohibiciones y mandatos, como ponen de manifiesto las causas de justificación. Sin embargo, en relación a la naturaleza de las normas cuya existencia presuponen las causas de justificación, surge la legítima duda de si éstas son normas permisivas, pues si así fuera habría que concluir que autorizan la lesión de un bien jurídico. Esto significaría que con la legítima defensa el ordenamiento jurídico-penal está dando un permiso para matar a una persona condicionado naturalmente a la concurrencia de los presupuestos de dicha causa de justificación. La sorprendente conclusión sería que matar a una persona y, por tanto, la lesión de un bien jurídico básico, la vida humana, que es condición de existencia de nuestra sociedad, en esas circunstancias estaría permitida por el derecho penal.

Desde un punto de vista formal y sistemático esta conclusión es impecable pero analizada desde la perspectiva más amplia es incom-

patible con la visión del hombre en los postulados de un Estado democrático constitucional de derecho, como un ser libre dotado de dignidad y de capacidad de autodeterminación. La muerte es la negación absoluta de esa persona. Es necesaria una reflexión más profunda y una revisión específica del problema de la naturaleza de las normas que fundamentan una causa de justificación en el derecho penal, las que la doctrina penal califica como normas de permiso.

Los tipos penales recogen comportamientos de los cuales se derivan normas penales. La inclusión de un comportamiento dentro de un tipo penal desde un punto de vista político-criminal implica una definición desvalorativa extrema de ese comportamiento, formalmente hecha por medio de una ley pasa a ser desde ese momento entendido socialmente como delito. La definición del comportamiento como delito se hace a partir de una selección entre otros comportamientos ilícitos, es, por tanto, selectiva entre comportamientos que previamente han sido valorados como contrarios a derecho. El delito, en consecuencia, dentro de las ilicitudes constituye una especie de ilicitud que la ley precisa con los diferentes elementos estructurales, objetivos y subjetivos con los que se estructura el correspondiente tipo penal. La ilicitud del comportamiento definido como delito es, por tanto, previa, no proviene del hecho que sea punible. Su condición de punible es posterior, sólo la ha adquirido con el precepto legal. Los elementos objetivos y subjetivos delimitadores de un comportamiento originariamente ilícito expresan el plus de ilicitud que en coherencia con el principio de *extrema ratio* hace que esa concreta forma de provocar un riesgo al bien jurídico pase a ser, con la correspondiente definición legal, un delito. De este precepto penal se deriva la norma que *instruirá* a las personas sobre un comportamiento al que no podrán recurrir para solucionar sus conflictos. Ese *plus de ilicitud* es consustancial a todo tipo penal y es el que legitima que en muchas ocasiones, por ejemplo, el ilícito administrativo pase a ser ilícito penal o el que fija el límite entre una falta y un delito.

Ahora bien, en las causas de justificación, por ejemplo en la legítima defensa y el estado de necesidad, el proceso interactivo que encierra todo tipo penal ha llegado a una situación extrema no abarcada por el tipo en particular, pero sí por la correspondiente causa de justificación. Los hechos que exceden el tipo penal son abarcados por la causa de justificación. No son hechos frente a los cuales el derecho permanezca indiferente. La causa de justificación viene a dar una respuesta jurídica a un conflicto social extremo reconociendo un derecho de defensa –por ejemplo, en la legítima defensa frente a una agresión ilegítima–, a la persona que se encuentra en una situación de riesgo. Este derecho a la defensa, como todo dere-

cho, sin embargo, se encuentra sujeto a los límites que la propia norma establece. De ahí que en el análisis jurídico del hecho, el establecimiento de la antijuridicidad del comportamiento constituya una segunda valoración del hecho. La primera ha sido la de la tipicidad con los parámetros que establece de forma genérica el tipo penal. La segunda valoración será la de la antijuridicidad con los parámetros más amplios del ordenamiento jurídico.

La antijuridicidad constituye, en esencia, un momento valorativo casi absoluto en la teoría del delito. Justamente por su casi exclusiva esencia objetivo-valorativa, la antijuridicidad admite graduaciones. Un comportamiento puede ser más o menos antijurídico, como sucede con las circunstancias atenuante de eximente incompleta del art. 21.1 del Código Penal español en relación con cualquier causa de justificación del art. 20 del mismo CP. Si no concurren todas las condiciones para la legítima defensa, por ejemplo, y concurre la esencial de agresión ilegítima, atenúa la pena. El comportamiento de defensa será punible pero, en todo caso, con una pena menor a la señalada en el precepto legal. Entre la antijuridicidad del comportamiento sin la concurrencia de causa de justificación que acarrea la pena del precepto y el comportamiento con la concurrencia de una causa de justificación que exime absolutamente de la pena, existen grados intermedios entre ambos extremos como lo demuestra la atenuante de eximente incompleta.

Las que continuaremos llamando de modo provisional normas permisivas no dan exactamente un permiso. Ellas obligan a valorar objetivamente situaciones, calidades o circunstancias que hacen referencia al carácter valioso o desvalioso de una situación. Su contenido es complejo. No dan un permiso, sino lo que hacen es reconocer un derecho a la defensa a una persona en una determinada situación de riesgo y obligan al intérprete a una valoración a fin de establecer el *merecimiento* del ejercicio de ese derecho en esa situación concreta. El problema no es, en consecuencia, el de una distinción de licitud o ilicitud, sino de *reconocimiento de una situación de crisis y de valoración del merecimiento del derecho a solucionarla afectando a un bien jurídico*. Un comportamiento amparado por una causa de justificación no necesariamente lo transforma de ilícito a lícito con efectos en todo el ordenamiento jurídico. La causa de justificación puede tener efectos en el ámbito penal y, por tanto, neutralizar el plus de antijuridicidad que conlleva todo comportamiento criminalizado pero dejar espacios de ilicitud en otros ámbitos del ordenamiento jurídico. Esto explica que en la causa de justificación «estado de necesidad» subsista un derecho del perjudicado por la acción de salvamento a reclamar

una indemnización. En estos casos se habrá excluido la ilicitud penal, esto es, el plus de antijuridicidad, pero no la ilicitud civil.

De este modo, la concurrencia de una causa de justificación en el derecho penal no acarrea la absoluta conformidad con el derecho del comportamiento típico, sino la obligación de valorar si el nivel de antijuridicidad es el máximo o si este nivel ha quedado neutralizado como efecto de esta valoración. Así, puede ocurrir que un mismo comportamiento no llegue al nivel de ilicitud que exige el derecho penal, pero que, no obstante, llegue al exigido por el resto del ordenamiento jurídico.

La valoración de la situación crítica y, a su respecto, del merecimiento del ejercicio del derecho reconocido en la norma de la causa de justificación, oscila, como todo lo valorativo, entre máximos y mínimos. El merecimiento máximo llevaría a la exclusión absoluta de la antijuridicidad. El merecimiento no máximo puede llevar a la exclusión sólo del plus de antijuridicidad y dejar subsistentes otras responsabilidades con sede en otras partes del ordenamiento jurídico o a una responsabilidad penal atenuada. Así se explica que, por ejemplo, si ha habido provocación de la agresión ilegítima, se estime que en esa situación de crisis el provocador no sea merecedor del derecho de defensa pero sí de una responsabilidad penal atenuada.

En suma, el problema del fundamento de las causas de justificación no es de si en una situación de crisis hay un permiso para un comportamiento típico, sino de si hay una norma que reconoce esa situación de crisis concreta y establece que en esa situación el afectado es merecedor de un derecho, por ejemplo, de defensa frente a una agresión ilegítima o de lesionar un bien jurídico de menor valor en el estado de necesidad. Las causas de justificación no son normas permisivas que excluyan la antijuridicidad sino *normas de merecimiento* de un derecho en una determinada situación de crisis (24). Esto explica que, por ejemplo, en el estado de necesidad se excluya la responsabilidad penal pero quede subsistente la civil fundada en el principio de *enriquecimiento sin causa*.

Esta constatación lleva a plantearse el problema de si existe una antijuridicidad exclusivamente penal y que, por tanto, una causa de justificación excluye única y exclusivamente la responsabilidad penal, lo que significa que aun cuando se excluya con la causa de justifica-

(24) Estrictamente son normas que reconocen un derecho subjetivo. Hemos preferido no llamarlas normas de reconocimiento y merecimiento como proponíamos originalmente, teniendo en cuenta que en la teoría general de las normas se reserva el nombre de normas de reconocimiento a la norma que reconoce la superior jerarquía de la Constitución.

ción la responsabilidad penal, el comportamiento continuaría siendo antijurídico en otras ramas del derecho, el civil o el administrativo, por ejemplo. Una afirmación de esta naturaleza entra en conflicto con el principio de la unidad del ordenamiento jurídico y también con el principio político-criminal limitador del *jus puniendi*, del carácter de *extrema ratio* del derecho penal, pues si este principio exige que la intervención penal sólo queda sustancialmente legitimada si se han agotado todos los recursos para la solución del conflicto, la consecuencia lógica sólo puede ser que si un comportamiento es definido como delito, no sólo es penalmente antijurídico sino que también lo es para todas las demás ramas del derecho.

El problema no es de si el comportamiento es o no antijurídico y de si la causa de justificación convierte un comportamiento inicialmente antijurídico en un comportamiento conforme a derecho, problema al que inevitablemente nos lleva la tesis de que las normas de las causas de justificación son normas permisivas. Tal como señalamos anteriormente las normas de las causas de justificación son normas que obligan al Juez a considerar el merecimiento de la exención de responsabilidad que podrá ser plena o parcial. En la obra citada se señala textualmente: «Por eso entendemos que el problema está mal planteado. No se trata de cuestionar la unidad del ordenamiento jurídico y, en consecuencia, de si la antijuridicidad es una categoría general del derecho, sino de plantearse el problema de la naturaleza esencial de la categoría antijuridicidad y de la naturaleza y alcance de las causas de justificación en el derecho penal, cuestiones que creemos haber dejado aclaradas en párrafos anteriores cuando señalamos que éstas no son estrictamente normas permisivas como se entienden en la Teoría General del Derecho, sino normas complejas de reconocimiento y merecimiento que junto con reconocer un derecho subjetivo obligan a valorar una situación y a considerar para la situación concreta el merecimiento de dicho derecho. De ahí que pueda ocurrir, como ocurre, que pueda quedar eliminado el ilícito penal pero que queden subsistentes otros ilícitos en otros ámbitos del ordenamiento jurídico que habrá que considerar caso a caso y que pueden extenderse a cualquier causa de justificación. De ahí que pueda ocurrir, como ocurre, que pueda quedar neutralizada la intervención penal, pero el comportamiento continúe siendo antijurídico. No está en discusión, en consecuencia, la que para nosotros es indiscutible unidad del ordenamiento jurídico, sino simplemente la naturaleza y alcance de las llamadas causas de justificación penal. A nuestro entender no constituyen permisos sino normas que reconocen un conflicto y perfilan sus circuns-

tancias obligando a una valoración sobre la necesidad de la intervención penal, pero la antijuridicidad del comportamiento permanece. Esta circunstancia es la que da fundamento a la persecución en algunos casos, clara y expresamente en el estado de necesidad, de la responsabilidad civil (25)».

Más adelante: «Hay en este planteamiento una marcada diferencia con la llamada teoría de los elementos negativos del tipo, que incluye a las normas permisivas o de reconocimiento como simples elementos negativos delimitadores del tipo legal y, por tanto, también de las prohibiciones y mandatos cuya existencia depende de la ausencia de un permiso. Esta teoría, al fundarse en una concepción imperativista de las normas y, por tanto, en una perspectiva puramente estatal, prescinde absolutamente de las personas cuyos derechos, de esta forma, se ven jibarizados. Ello no ocurre si se entiende, como aquí se hace, que en las causas de justificación se reconoce –no se trata de un permiso– un derecho a las personas en situaciones de conflicto extremo para lesionar un bien jurídico ajeno. Pero, si bien se reconoce ese derecho, éste no tiene carácter absoluto. En cada caso el Juez, sobre la base de las pautas que le da la propia ley que deberá siempre observar, deberá valorar el merecimiento de la exención de responsabilidad, que podrá ser plena o parcial. Así, por ejemplo, en los casos de exceso intensivo estricto en la legítima defensa, o sea, de uso consciente de un medio no racional o en los casos en que ha mediado una provocación previa por parte del defensor, *actio illicita in causa*, el merecimiento no puede ser pleno, pero teniendo en cuenta que el fundamento del derecho de defensa, la agresión ilegítima con el consiguiente riesgo para el bien jurídico, persiste, se considerará parcialmente el merecimiento y consecuentemente una respuesta penal atenuada» (26).

6. LA TEORÍA DEL INJUSTO O DEL DELITO

Juan Bustos Ramírez publicó en el año 1984 la Parte General de su *Manual de Derecho Penal Español* (27). En esta obra presentó por

(25) Ob. cit., nota 17, p. 50.

(26) *Ibíd.*

(27) Ariel, Barcelona. De esta obra se hicieron cuatro ediciones. La última con el nombre de *Manual de Derecho Penal. Parte General*, fue editada por PPU en el año 1994. Con motivo del Código Penal de 1995, habiéndose ya trasladado a Chile, el *Manual* modificado pero conservándose lo sustancial, se publicó en dos volúmenes con mi colaboración con el nombre de *Lecciones de Derecho Penal* por la Editorial Trotta de Madrid. El primer volumen se editó en el año 1997 y el segundo en el año 1999. En el año 2006 las *Lecciones* se publicaron en un solo volumen, también con mi colaboración.

primera vez de forma sistemática su pensamiento penal. En este Manual se puede apreciar una primera parte que tituló «Bases y evolución del derecho penal» donde desarrolló principalmente cuestiones político-criminales; una segunda parte que tituló «El delito» esencialmente dogmática; (28) una tercera parte dedicada a «El sujeto responsable» donde reformula el concepto de culpabilidad (29); y una cuarta y quinta partes dedicadas a «Las circunstancias que modifican la responsabilidad» y a «La pena», respectivamente.

Juan Bustos reformularía la propuesta clásica de una teoría del delito con los elementos tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. A su juicio, debía separarse el problema del delito o injusto constituido por la tipicidad y la antijuridicidad que serían entre otros elementos por todo lo subjetivo referido a la acción del sujeto, del elemento culpabilidad referido al sujeto mismo y que prefiere denominar teoría del sujeto responsable.

6.1 El bien jurídico, piedra angular del sistema

Juan Bustos hace notar que en la construcción originaria de la teoría del delito de claras raíces positivo-naturalistas, se colocó en la base del sistema a la acción, con lo cual dejó aparentemente la determinación del injusto al concepto de acción cuando en realidad estaba entregada a la causalidad. La acción asimilada a un hecho de la naturaleza que producía cambios en el mundo social sería típica si podía demostrarse una relación causa-efecto entre dicha acción y un resultado. En su conferencia en México de septiembre de 1981 (30) dijo a propósito del contenido esencial de la tipicidad que «si nos preguntamos cuál ha sido el contenido esencial de la tipicidad desde Beling en adelante, nos encontraremos con sólo aparentemente es la conducta, o bien la acción, y que en realidad es la causalidad, esto es, que el tipo describe un determinado antecedente y consecuente y una determinada relación entre ambos. En

(28) Para Juan Bustos no había una separación tajante entre dogmática y política criminal. Entendía que la función de la política criminal era «conectar la dogmática con la realidad social, establecer fines social-políticos para la elaboración y contenido de ella»: BUSTOS, Juan (1980) «Significación social y tipicidad», *Obras Completas*, t. II, pp. 197 y ss.; también en *Doctrina Penal II*, Depalma, Buenos Aires.

(29) Juan Bustos reformularía la propuesta clásica de una teoría del delito con los elementos tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. A su juicio, debía separarse el problema del delito o injusto constituido por la tipicidad y la antijuridicidad que serían entre otros elementos por todo lo subjetivo referido a la acción del sujeto, del elemento culpabilidad referido al sujeto mismo y que prefiere denominar teoría del sujeto responsable.

(30) Ver nota 22.

otras palabras, la dogmática penal, desde el llamado sistema Liszt-Beling construye la tipicidad, es decir, la adecuación de un hecho real con un tipo legal, sobre la base de la causalidad.»

A pesar del origen causalista naturalista del dogma de la causalidad este se ha mantenido en la historia de la teoría del delito incluso con la reformulación del concepto de acción, primero, con las corrientes neokantianas, y posteriormente, con el finalismo, a pesar de la fuerte crítica de esta última corriente al positivismo y a la filosofía de los valores y de su voluntad declarada de superarlos. En efecto, Welzel sostenía que la teoría de los valores que los neokantianos habían llevado a la dogmática penal era simplemente un complemento del positivismo (31). Sin embargo, incluso para Welzel y su teoría final de la acción, la causalidad sigue en la base de su teoría del delito. Y esto siempre será así, continuaría Juan Bustos, mientras se siga poniendo en la base de la teoría del delito, como ha sido históricamente, a la acción. La acción al constituirse en piedra angular del sistema de la teoría del delito, será el concepto que dará contenido a la tipicidad y a la antijuridicidad, esto es, al injusto. Así señala, el concepto de acción neokantiano explicaría la presencia de elementos valorativos, y el concepto final de acción, la presencia de elementos subjetivos en el tipo (32).

De ahí que, a su juicio, en un derecho penal para un estado constitucional de derecho, debe ser el bien jurídico el que debe constituirse en piedra angular del sistema y que, en consecuencia, debe dar contenido material al injusto, pero, eso sí, previa formulación de un concepto material, no formal, de bien jurídico.

La teoría del bien jurídico de Juan Bustos, sin perjuicio de su posterior complementación y ampliación en obras posteriores (33), aparece, y cito en orden cronológico, en (1974) «Consideraciones en torno del injusto»; (1978) «Política criminal e injusto»; (1980) «Significación social y tipicidad», y (1981) «Del estado actual de la teoría del injusto» (34).

6.2 Un concepto material de bien jurídico

La búsqueda de un concepto material de bien jurídico, entendiendo por tal el que fuera capaz de expresar lo realmente protegido por el

(31) WELZEL, H.: (1935) *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, pp. 64 ss.

(32) Véase *Lecciones*, ob. cit., nota 27, pp. 146 ss. Este capítulo sobre las variaciones de contenido en la teoría del delito aparece ya en la primera edición en 1984.

(33) Principalmente en el *Manual* y las *Lecciones*, citados en la nota 29.

(34) Todos estos trabajos se pueden encontrar en *Obras Completas*, t. II. Las fechas indicadas en el texto son las de su primera publicación.

derecho penal por encima de ideologías que enmascararan la realidad de lo efectivamente protegido, lo llevaría a examinar críticamente las propuestas históricas de la doctrina penal. Esta visión crítica la centró principalmente en von Liszt, Mezger y Welzel, con ocasión de sus investigaciones sobre el contenido material del injusto que conforme a su tesis debía estar, en un Estado democrático constitucional de derecho, en el bien jurídico. En esta línea sostuvo en 1974, en «Consideraciones en torno del injusto», que lo planteado anteriormente lo obligaba a analizar un poco más el concepto de bien jurídico. Von Liszt expresaba que: «bien jurídico es el interés jurídicamente protegido. Todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del derecho eleva el interés vital a bien jurídico». Mezger señaló que: «precisamente el estado en que se halla el interés medio que toma en cuenta el derecho lo denominamos bien jurídico», y un poco antes: «interés es la participación de la voluntad individual o social en el mantenimiento de un determinado estado. La lesión o puesta en peligro de dicho estado lesiona o pone en peligro mediatamente el interés en que dicho estado se mantenga». Y Welzel ha planteado que bien jurídico «es todo estado social deseable que el derecho quiere resguardar de lesiones» (35) y criticaba «conforme a esto podemos decir que el derecho penal y los códigos lo único que hacen es recoger los bienes jurídicos que va determinando el desarrollo social» o en otros términos, que eran definiciones meramente formales que no expresaban lo que era realmente un bien jurídico.

No obstante, veía en estas definiciones un punto en común y este era que todas eran definiciones que trascendían al derecho penal, que surgen más allá del derecho, y que la tarea es sólo reconocerlos. Frente a estas definiciones trascendentes distinguía las que eran inmanentes: «el criterio de la inmanencia de los bienes jurídicos, que fue sustentado por Binding, plantea que ellos son inmanentes a la norma, esto es, que cada norma tiene y determina totalmente su bien jurídico. En el fondo el bien jurídico queda reducido a un simple problema interpretativo, al criterio teleológico de lo que quiso el legislador» (36). En este punto, Juan Bustos destaca que Binding, lo mismo que Rocco, atribuye además exclusivamente la titularidad de los bienes jurídicos al Estado y que v. Liszt se la atribuye al individuo considerado socialmente en la medida que sostiene que los intereses con que él identifica

(35) La cita de v. LISZT proviene del Tratado de derecho penal, t. II, p. 2; la de Mezger del Tratado, t. I, p. 389, y la de WELZEL de *Derecho penal alemán*, 11.ª ed., p. 15.

(36) En *Del estado actual de la teoría del injusto*.

a los bienes jurídicos los crea la vida (37). Y continúa «si consideramos conjuntamente tanto la posición inmanente como la postura de la titularidad de los bienes jurídicos por el Estado, que están íntimamente relacionadas, nos daremos cuenta que se entra en un círculo vicioso o bien necesariamente a negar el bien jurídico (o que es lo mismo a convertirlo en algo vacío, carente de contenido propio). Así si el bien jurídico sólo se puede explicar desde la norma, quiere decir que hay que buscar en la norma su contenido, pero hemos visto que esta no se puede explicar por sí misma, que hace referencia a algo, lo que nos lleva de nuevo al bien jurídico y este nos regresa a la norma y así hasta nunca terminar; o bien, si la norma es la que nos señala el contenido del bien jurídico y basta con la norma, el problema de fondo no sería la lesión de un bien jurídico, sino la desobediencia a la norma como planteaba Binding, lo que está muy cerca del planteamiento de deslealtad».

Descartado el criterio de inmanencia, señala que para un concepto material de bien jurídico habrá de enmarcarse dentro de un criterio trascendental al sistema penal, no de carácter jusnaturalista, sino que precisado por la política criminal, en cuanto el ordenamiento jurídico sólo puede referirse a una sociedad existente y real como precisaba v. Liszt cuando señalaba que «el bien jurídico surge así, como un concepto límite, determinado por el ordenamiento jurídico, y por tanto, dentro de él, en cuanto lo ha fijado, pero con un contenido proyectado hacia el cuerpo social, que el derecho tiene que asumir» (38).

Por tanto sería el criterio de trascendencia el que debería llevar a una determinación material de bien jurídico. En la investigación que lo habría de llevar a proponer una definición material de bien jurídico, las palabras de v. Liszt, aclarando lo que debía entenderse por concepto límite, constituyeron su punto de partida. Decía el jurista alemán a comienzos del s. xx: «Quisiera a estas frases agregar unas aclaraciones más en detalle sobre lo que pienso con la denominación del bien jurídico como concepto límite. Entiendo por concepto límite un concepto que se traslada del campo de una ciencia al campo de otra; un concepto al cual se remite la primera, sin que ello pueda determinarlo o fundamentarlo, ya que no le pertenece más a ella, sino a otro campo del saber; pero un concepto que al mismo tiempo y justamente por eso establece la unión entre aquellas ambas ramas del saber, muestra sus profundas conexiones, garantiza su recíproca

(37) *Ibidem.*

(38) *Ibidem.*

fecundación (39)». Más adelante v. Liszt agrega: «Pero la designación del concepto “bien jurídico” como un concepto límite quiere denotar todavía más. Ella debe acentuar fuertemente la conexión interna de la ciencia jurídica con la política, la necesidad de constante fomento y fecundación recíproca; debe interponer reguardo contra un tratamiento puramente formalístico del derecho, esto es, exclusivamente lógico jurídico» (40).

El punto de partida lo dejaba claro v. Liszt. El concepto de bien jurídico colocado en el límite de la política criminal con el derecho penal (dogmática) debía ser capaz cumplir no sólo una función por una parte, político criminal de *lege ferenda*, por tanto crítica y una función dogmática de *lege lata*, sino también por la otra de servir de punto de unión entre injusto y política criminal. El concepto daría contenido material al injusto. Para ello el concepto debería superar el formalismo jurídico y expresar lo que realmente se protege en una norma penal. El concepto debía ponerse al servicio de la crítica desvelando lo que realmente se protege y al mismo tiempo valorar el merecimiento de protección, y también al darle un contenido sustancial al injusto, posibilitar en las interpretaciones jurídicas para el caso un amplio abanico de causas de exención de responsabilidad penal fundadas en la incolumidad del bien jurídico.

Desde estas premisas, Juan Bustos sometió a examen las diferentes propuestas de los juristas trascendentes al derecho penal del s. XIX y XX, desde que el concepto de bien jurídico fuera acuñado por Birnbaum con clara impronta jusnaturalista (41), hasta Amelung y Hassemmer (42) que mantuvieron una interesante polémica en las recíprocas recensiones que hicieron a sus respectivos libros (43).

Para Juan Bustos, sin perjuicio del valor de estas obras desde el punto de vista histórico y del aporte que hicieron a la discusión jurí-

(39) La cita la hace Juan BUSTOS en (1978) «Política criminal e injusto», en *Obras Completas* t. II, Ara Editores, Lima, pp. 155-174; y proviene de v. LISZT: «Der-Begriff des Rechtsgut im Strafrecht und in der Encyclopädie der Rechtswissenschaft», en ZStW, 8, p. 139.

(40) *Ibidem*.

(41) BIRNBAUM, J.M.F. (1834) «Über das Erforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechen, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung», en *Archiv des Criminalrechts*.

(42) Fueron muchos los juristas que escribieron sobre el bien jurídico en aquella época que corresponde justamente a la segunda estadía de Juan Bustos en Alemania. Entre muchos autores Peter Sina, H.J. Rudolphi, Harro Otto, Michael Marx, y en España, entre otros, Miguel Polaino Navarrete y González Rus.

(43) KNUT AMELUNG publicó en 1972 su libro *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft* y en 1973 WINFRIED HASSEMER su libro *Theorie und Soziologie des Verbrechen*. Las recíprocas recensiones aparecieron en la ZStW 87.

dico penal no sólo en Alemania sino también en España y Latinoamérica, las propuestas formuladas hasta ese momento, así como los resultados de la polémica fueron pobres, pero destacó, en todo caso, que los planteamientos de Hassemer «están más en la línea de v. Liszt que los de Amelung, y por ello mismo resultan más fructíferos, frente a un concepto que como decía v. Liszt es un concepto límite y, por tanto, nos lleva necesariamente a otro campo del saber diverso de la dogmática, al de la política criminal» (44).

En efecto, Amelung señala que los objetos jurídicos protegidos por la norma penal son las condiciones de vida en común que para Hassemer más que una definición es un principio general y, por tanto, inmune a la discusión sobre su contenido. A su vez, Amelung critica a Hassemer diciendo que sus esfuerzos teóricos sobre el bien jurídico «contienen dos pensamientos importantes, pero en lo demás permanecen demasiado abstractos, porque Hassemer se esfuerza poco por análisis y definiciones exactas. Sin embargo, se habla a tan gran distancia sobre un objeto que no se determina de más cerca, que entonces muchas afirmaciones sobre él se tornan inexactas o infundadas».

Juan Bustos tercia en la discusión con su propia teoría del bien jurídico, una teoría material del bien jurídico que situada en el límite de la política criminal con el derecho penal, sería válida para ambas disciplinas, para la crítica del derecho penal y para la interpretación de las normas penales en la resolución del caso, es decir, como se proponía Hassemer como meta, «una teoría concluyente sobre el bien jurídico, que fuera al mismo tiempo una teoría del delito y de las praxis penal» (45).

Según Juan Bustos «el problema está pues en que las raíces del bien jurídico no están en el campo del derecho, como decía v. Liszt, y frente a ello hay la alternativa de buscar sus presupuestos –categorías– en el campo de la metafísica o en el de la realidad social. El primer camino nos lleva por el campo de la abstracción, de la deducción, y en cierto modo más semejante al tradicional de la ciencia jurídica; el segundo, en cambio, al estudio del hombre en cuanto ente social y a su actuación dentro de una realidad social determinada, luego a la concreción, a la inducción, a la constante interacción del hombre y su medio, a la determinación de las estructuras sociales. A señalar entonces que lo que lo que le interesa proteger al derecho son las relaciones sociales determinadas, y, por tanto, las posiciones que en ellas tienen

(44) Ob. cit., nota 38.

(45) Ob. cit., nota 41, p. 102.

los individuos y su intermediación con objetos y entes con las interacciones consecuenciales que surgen entre ellos» (46).

Así con la determinación del bien jurídico como algo concreto y vinculado a una sociedad concreta Juan Bustos sostendría que un bien jurídico en cuanto que es objeto de protección del derecho es una relación social concreta determinada normativamente de carácter sintético y dinámico (47). En otras palabras, que cuando se dice que en el delito de homicidio el bien jurídico protegido es la vida humana, está diciendo que la vida está protegida por el derecho penal, por lo tanto normativamente, no en su dimensión biológica, moral o religiosa, sino respecto de las relaciones interpersonales dentro de una sociedad concreta y sus contradicciones. Esas relaciones sociales concretas mismas constituyen los bienes jurídicos, en ellos se plasman de manera concreta lo que se protege.

En una sociedad democrática la protección de bienes jurídicos por el derecho penal se constituye en un principio garantizador cognoscitivo pues permite determinar qué es lo que se está protegiendo. El examen de las relaciones sociales, las posiciones que ocupan en ellas los individuos, su intermediación con las cosas y otros entes, y la interacción que se produce entre ellos constituyen los presupuestos de un bien jurídico. Es en estos presupuestos de los bienes jurídicos donde hay que buscar la génesis, significación y también la legitimidad de los bienes jurídicos. Por ello, un derecho penal programado para la protección de bienes jurídicos está sujeto a una constante revisión. Sólo una sociedad democrática es la que permite someter a examen crítico a una norma penal y establecer, sometiendo a examen sus presupuestos, si la relación social concreta protegida es reflejo de la realidad social actual. A esto se refiere Juan Bustos cuando señala que el concepto de bien jurídico, entendido como síntesis normativa de una relación social concreta, es dinámico, pues en una sociedad democrática, la significación y legitimación de la protección penal de dicha relación está expuesta a una permanente crítica. Ello explica que un determinado momento histórico, se estime que una determinada relación social concreta es merecedora de protección y por tanto de constituirse en bien jurídico, y que en otros momentos históricos deje de serlo. Ello explica los procesos de reforma de la Parte Especial, como por ejemplo, que en una sociedad agrícola se privilegie la protección de la posesión de la tierra y de los animales y que en las sociedades postindustriales se ponga el

(46) *Ibíd.*

(47) Juan Bustos dice textualmente que el bien jurídico es «una síntesis normativa (fijada por el ordenamiento) de una relación social determinada y dinámica».

acento en la protección de la propiedad intelectual e industrial, castigando, por ejemplo, las copias ilegales de programas informáticos o la revelación de un secreto de empresa.

6.2.1 *Bienes jurídicos microsociales y macrosociales*

La dinámica penal ha hecho que a los bienes jurídicos tradicionales como la libertad, la vida, la salud y el patrimonio, asociados directamente al interés de la persona, se hayan ido incorporando bienes jurídicos de carácter colectivo de relativamente reciente incorporación, como el medio ambiente, la seguridad en el tráfico rodado, el proceso de ingreso y egresos del Estado que se han sumado a los ya históricos delitos contra el Estado. Frente a la clasificación de estos bienes en categorías como bienes jurídicos disponibles y no disponibles que a efectos de la eficacia eximente de responsabilidad penal que algunos sectores de la doctrina le dan al consentimiento.

En la década de 1980, incluso entre aquel sector de la doctrina que sostenía la tesis del bien jurídico como objeto de protección del derecho penal, se suscitó la discusión sobre la idoneidad del concepto, por su origen liberal individualista, para dar fundamento material a los delitos cuyo objeto de protección tenía un carácter supraindividual (48). En esa dirección fueron las intervenciones de Tullio Padovani (49) y de Winfried Hassemer (50), en unas Jornadas en el año 1984 en Urbino, de las que da cuenta el primer número de la revista *Dei delitti e delle pene* que fundara el añorado Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Saarbrücken Alessandro Baratta. Estos juristas temían que en tanto que por su origen individual el bien jurídico gira en torno a la persona, su contenido conceptual sería insuficiente para abarcar un «ámbito particular en que se percibe e individualiza un conflicto de intereses y la modalidad normativa establecida para resolverlo» que no sería precisamente un bien jurídico, sino «metáforas conceptuales».

Además, se temía que la tendencia que ya en esos años se observaba en el derecho penal de ampliar su intervención, llevara a una anticipación de la intervención penal y a la creación de delitos de peligro

(48) BUSTOS RAMÍREZ en dos ocasiones trató este tema. En «Los bienes jurídico colectivos», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, y en (1986) *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Ariel Derecho, Barcelona, pp.4 y ss.

(49) PADOVANI T. (1984) en *Dei delitti e delle pene* n. 1, «La problemática del bene giuridico e la scelta delle sanzioni», pp. 114-131;

(50) HASSEMER W. (1984) en *Dei delitti e delle pene* n. 1 «Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra costituzione e diritto naturale», pp. 104-113.

abstracto (51). En último término, estas posturas reducirían la doctrina del bien jurídico a un ámbito de aplicación muy limitado, Juan Bustos una vez más plantea su punto de vista y lo hace también una vez más a partir de consideraciones de carácter político. Recuerda que la visión no intervencionista en los procesos sociales del Estado liberal originario se transforma con el Estado social y democrático de derecho. El Estado asume entre sus tareas la intervención en los procesos sociales para la solución de los conflictos y en el ámbito penal surge la necesidad de protección de un ámbito más amplio que el de los meros intereses individuales o del Estado, por lo general, vinculados a los procesos socio-económicos. De esta forma, si ya la consideración de la doctrina del bien jurídico presentaba dificultades tratándose de los bienes jurídicos colectivos históricos, como la fe pública o la seguridad del Estado, a estas deberían de sumarse ahora las que presentarían las nuevas formas de criminalidad definidas en el contexto de un Estado social y democrático de derecho. Aquí Juan Bustos plantea que en definitiva de lo que se trata ahora «no es tirar por la borda el concepto de bien jurídico, sino de ir a la precisión de estos nuevos bienes jurídicos. Más aún, se podría anunciar la tesis de que cuando, en ciertos casos realmente, al contrario de lo que dice Padovani, se está recurriendo a una “metáfora conceptual”, a un mero pretexto de bien jurídico, para ampliar arbitrariamente la intervención del Estado» (52). Con esta última frase Juan Bustos destaca el carácter político criminal deslegitimador que tiene el concepto de bien jurídico respecto de normas penales que no protejan bienes jurídicos, normas que no podrían tener validez sustancial en un Estado constitucional de derecho.

El concepto material de bien jurídico debía no sólo cumplir esta función político criminal de carácter negativo, sino también explicativa, no legitimadora, de lo que realmente se está protegiendo y de esta manera exponerlo a la revisión crítica. Así la visión del bien jurídico como una relación social concreta sitúa a los sujetos en relación en el proceso social. Los bienes jurídicos individuales, como por ejemplo la vida, la salud o la libertad, más allá de un derecho subjetivo, representan para el derecho penal una relación social concreta y es en cuanto a tal que son protegidos por el derecho penal. La diferencia de la vida como derecho subjetivo y como bien jurídico aparece de este modo muy clara. El bien jurídico representa una

(51) Este tema fue objeto de discusión en el XIII Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal en 1984 en El Cairo. Esta discusión dio lugar a la Recomendación 9 sobre «El concepto y los principios fundamentales del derecho penal económico y de la empresa».

(52) Ob. cit., nota 48.

valoración masiva y universal. De este proceso valorativo se desprende una diferenciación entre los bienes jurídicos que son esenciales para el sistema social global, es decir, aquellos sin los cuales no podría existir o sería otro diferente, como las relaciones sociales vida, propiedad y libertad, y los bienes jurídicos colectivos. Estos últimos están referidos al funcionamiento del sistema social y su afección implica a la colectividad, a una masa de individuos. Estos bienes jurídicos aparecen vinculados a la evolución del Estado democrático de derecho a Estado social y democrático de derecho y sus funciones interventoras en los procesos sociales, no para reprimir o sólo para reprimir, sino también para atender a las necesidades de cada una de las personas, «de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas», como dice el art. 9.2 de la Constitución Española. El bien jurídico aparece en este contexto y respecto de esos bienes jurídicos colectivos materialmente como una relación social amplia y múltiple de los sujetos entre sí. La consideración de estos bienes jurídicos es macrosocial en oposición a los bienes jurídicos microsociales. Se trata con ellos de atender a las condiciones para que a su vez la protección de la vida, la salud, la libertad y de los bienes jurídicos microsociales en general, sea efectiva. En este sentido, tienen un carácter complementario con los bienes jurídicos microsociales básicos para la existencia del sistema social. Quedan, por eso, materialmente definidos como una relación social cuyo merecimiento de protección está basado en la satisfacción de las necesidades de cada uno de los miembros de la sociedad (53).

De este modo, en coherencia con lo expresado, Juan Bustos propondría una nueva clasificación de los bienes jurídicos, y en base a ella, sistematizaría su Manual de Derecho Penal. Parte Especial (54). Por una parte, estarían los bienes jurídicos referidos a las bases y condiciones de subsistencia del sistema, y por otra, los referidos al funcionamiento del sistema. Bajo el epígrafe «Delitos contra las bases de existencia del sistema» agruparía los delitos contra la vida, contra la salud individual, contra la libertad y seguridad de las personas, contra la posición de los sujetos en sus relaciones sociales en los que incluiría los delitos contra el honor y contra el estado civil de las personas, contra la humanidad y contra el patrimonio. El epígrafe de delitos contra el funcionamiento del sistema comprendería tres grandes subcategorías: delitos contra los bienes jurídicos colectivos, delitos contra

(53) BUSTOS en *Los bienes jurídicos colectivos*, nota 48.

(54) Nota 48.

los bienes jurídicos institucionales y los delitos contra los bienes jurídicos de control.

7. LA TEORÍA DEL INJUSTO O DEL DELITO

7.1 La polémica desvalor de acto y desvalor de resultado

Como vimos anteriormente (supra 6), Juan Bustos entendía que debía separarse el problema del delito o injusto constituido por la tipicidad y la antijuridicidad del elemento culpabilidad que como está referido al sujeto mismo, prefiere denominar teoría del sujeto responsable. A estas teorías del injusto y del sujeto responsable suma una teoría de la pena que habrá de ser continente de los principios jurídicos que informan la determinación e imposición de la pena en un Estado democrático constitucional de derecho.

En la base de la teoría del injusto, para Juan Bustos debía estar el bien jurídico y no la acción. El bien jurídico le da, de acuerdo con Bustos Ramírez, contenido material a la tipicidad y a la antijuridicidad. El contenido material, o sea el bien jurídico, explica el injusto más allá de una explicación de carácter formal que lo reduzca simplemente al cumplimiento de las exigencias del principio de legalidad, esto es, a la mera vigencia de la norma. Sin embargo, históricamente, señala Juan Bustos, la explicación del injusto no ha estado siempre en el bien jurídico, sino en «dos posibilidades radicalmente opuestas, una que ve la razón del injusto en el desvalor de resultado y otra que basa el injusto en el desvalor de acto» (55).

Critica Bustos Ramírez las posturas que sustentan la explicación del injusto exclusivamente en la afección de un bien jurídico, sea un peligro o una lesión efectiva, no por su planteamiento en sí, sino por su afirmación que el contenido del injusto se radique única y exclusivamente en dicha afección, esto es, en el desvalor de resultado. En esta línea crítica sostiene: «De ahí que para estos autores la acción como tal sólo importa en cuanto provocó el resultado, no interesa el contenido de la acción, sino sólo que hubo un impulso voluntario. Y es por eso que la acción queda reducida a un mero proceso causal. Con esto no hay posibilidad alguna de distinguir entre un resultado producto de una acción dolosa o de una culposa, ambas quedan igualmente englobadas y, por tanto, lo injusto de una y otra es igual –cosa

(55) En «Consideraciones en torno del injusto» en *Obras Completas*, pp. 83-99 y también en *Política criminal e injusto* pp. 125-144.

que en la actualidad Gimbernat rechaza—, y sólo se logra excluir otros encadenamiento causales, que antaño también fueron considerados, como los originados en un animal o un proceso físico, gracias a que dogmáticamente se afirma que el proceso causal debe tener su origen en la voluntad humana. Pero, en todo caso, este razonamiento es incapaz de eliminar del derecho penal la responsabilidad objetiva y, al contrario, su consecuente aplicación lleva necesariamente a afirmar la responsabilidad objetiva» (56). Explica tan grave y contundente afirmación a partir de la colocación sistemática por lo autores que adherían al causalismo valorativo del dolo y de la culpa en la culpabilidad en los siguientes términos: «en la medida en que se menoscaba un bien jurídico protegido por una norma, aparece necesario que alguien responda por ello, y de este modo quedan englobados tanto el caso de los delitos calificados por el resultado cuanto el del *versari in re illicita*, ya que en ambos casos tenemos un bien jurídico particular protegido por una norma que ha sido contrariada por un acto que ha provocado un menoscabo al bien jurídico. Desde el punto de vista de la culpabilidad, basta sólo comprobar que la acción haya sido dolosa o culposa, con lo cual quedan establecidos los presupuestos de culpabilidad e injusto» (57).

La determinación del injusto desde el desvalor de acto la sustentaría Welzel a partir de los fundamentos axiológicos de la teoría final de la acción, esto es, la atribución al derecho penal de la misión de proteger los valores elementales de conciencia de carácter ético-social estableciendo prohibiciones y mandatos de acciones cuya desobediencia implicaría, en primer término, la realización de un desvalor de esta naturaleza y por inclusión la lesión de un bien jurídico. Luego, para Welzel, destaca Bustos Ramírez, lo fundamental no sería la afección del bien jurídico, sino la acción que la provoca, no porque signifique un riesgo para el bien jurídico, sino porque es contraria a los valores elementales de conciencia de carácter ético-social. En otras palabras, el injusto lo determina una acción prohibida que si es realizada o bien si es mandada y es omitida, significa un comportamiento desvalorativo respecto de los aludidos valores elementales de conciencia de carácter ético social (58).

Juan Bustos Ramírez, discípulo directo de Hans Welzel, disiente en este punto de su maestro alemán, ya que entiende que el contenido

(56) En «Consideraciones» p. 87; la alusión a GIMBERNAT proviene de su artículo «El sistema del derecho penal en la actualidad», publicado en *Anuario de Ciencia Jurídica*, 1, 1971-2, pp. 101 y 102.

(57) En «Consideraciones» p. 87.

(58) WELZEL, H. *Derecho penal alemán*, traducción de Juan BUSTOS y Sergio YÁÑEZ de la 11.ª edición alemana, Ed. Jurídica, Santiago de Chile.

del injusto no puede consistir exclusivamente en la constatación de un desvalor de acto definido ontológicamente ni tampoco en un programa de protección de bienes jurídicos mediatizado por el aseguramiento de la vigencia de los elementales deberes ético-sociales, esto es los valores de acto. Del mismo modo que lo hizo para rechazar el desvalor de resultado como fundamento del injusto, llevó hasta un extremo el pensamiento finalista. Lo hace reconociendo que la teoría final de la acción al colocar sistemáticamente el dolo y la culpa en el tipo excluyó por principio la responsabilidad objetiva. A partir de esta reordenación de los elementos del delito sostuvo que sólo sería «posible concebir dentro del injusto una conducta dolosa o culposa y, por tanto, sólo podemos incluir menoscabos que aparezcan ligados a estas acciones dolosas o culposas» (59), pero agrega Juan Bustos, que, «al aplicarse de forma estricta la doctrina finalista, si bien, se elimina la responsabilidad objetiva, en cambio se llega a fundamentar una responsabilidad subjetiva o ética absoluta, lo que se advierte con claridad, como señala Baumann, cuando Welzel analiza la tentativa inidónea y el resultado en los delitos culposos (60). En efecto, para Welzel, la punibilidad de la tentativa inidónea se legitima a partir del significado que tiene para su teoría el ordenamiento jurídico. Según Welzel en un sentido amplio, constituye un «poder espiritual que configura la vida del pueblo», cuya «realidad y validez ya se lesiona con una voluntad que emprende acciones que considera acciones de ejecución idóneas de un delito» (61). Esta fundamentación del castigo de la tentativa inidónea no le parece a Bustos Ramírez satisfactoria ya que prescinde completamente del bien jurídico que es sustituido por algo tan vago e impreciso como «el ordenamiento como poder configurador del orden».

Tratándose de los delitos culposos, Bustos Ramírez comparte con Welzel la apreciación que el desvalor de resultado no puede influir en el desvalor de acción ni el de acción sobre el de resultado, pues las consideraciones para determinar uno y otro son totalmente distintas. Pero, Welzel, a partir de aquí llega a una conclusión que no es compartida por Bustos Ramírez cuando dice que con «esto se demuestra cuán poco el resultado es parte esencial jurídico penal del hecho culposo» (62). A partir de esta apreciación de Welzel, Bustos Ramírez, con razón, señala que Welzel podría decir lo mismo respecto de los delitos dolosos y, concluye con agudeza que este planteamiento en el fondo es el mismo que permite a Welzel sustentar la punibilidad de

(59) En «Consideraciones...», ob. cit., nota 55, pp. 90 y ss.

(60) Ob. cit., p. 91.

(61) Ob. cit., nota 58, p. 267.

(62) Ob. cit., nota 58, p. 193.

la tentativa inidónea. En efecto, si se plantea que en el delito culposo lo importante es el desvalor de acción definido a partir de una mera infracción del deber de cuidado desligada de toda consideración del bien jurídico volvemos al punto de definir dicho desvalor por afectar al ordenamiento «como poder configurador del orden» (63).

Resumiendo, como puede apreciarse para Bustos Ramírez la discusión sobre el contenido de la teoría del delito y de sus fundamentos no podía cerrarse sin entrar a considerar dentro de ella el bien jurídico y su relación con el desvalor de acto y de resultado. El bien jurídico constituye, a su juicio, el punto de partida de todo análisis lo que lo lleva a descartar como respuesta al problema las consideraciones del subjetivismo que explica el injusto por afectar simplemente al ordenamiento jurídico y también las conclusiones de la teoría causal que prescinde totalmente del desvalor de acto. Entiende que tanto uno como otro deben ser considerados en el injusto, sólo que en dos momentos diferentes. El desvalor de acto en la tipicidad y el desvalor de resultado en la antijuridicidad.

7.2 El contenido material del injusto según Bustos Ramírez

Para Bustos Ramírez en la teoría del injusto el bien jurídico, el desvalor de acto y el desvalor de resultado constituyen elementos imprescindibles que necesariamente tienen que aparecer en los diferentes momentos del análisis (64). De acuerdo con su planteamiento el injusto no puede fundarse exclusivamente en las malas intenciones o los malos ánimos de las personas ni tampoco en la mera causación de resultados. El bien jurídico y su protección en su propuesta no son sólo una meta o un programa político criminal que obliga al legislador, sino también al Juez en el análisis del caso.

En otras palabras para él el concepto de bien jurídico es un factor de validez de las normas penales. Si una norma penal no resiste el examen de si lo protegido merece ser cualificado como bien jurídico

(63) A este respecto hay que señalar que Welzel no llega tan lejos, no así su discípulo Zielinski que llevando a un extremo la tesis del desvalor de acto y su relación con el ordenamiento jurídico como poder espiritual, concluye que también en los dolosos bastaría con el desvalor de acto. Véase BUSTOS RAMÍREZ ob. cit., nota 55, p. 92.

(64) Lo expuesto en términos generales, salvo que se indique lo contrario, se refiere a la forma básica de protección a un bien jurídico, esto es, a los delitos dolosos. Debe entenderse, en consecuencia, que para los delitos omisión y los delitos culposos concurren otras exigencias específicas. Sobre el particular BUSTOS-HORMAZÁBAL (2006) *Lecciones de Derecho Penal*, Trotta, Madrid, y también (2004) *Nuevo Sistema de Derecho Penal*, Trotta, Madrid. BUSTOS RAMÍREZ publicó en Chile en 1995 la monografía *El delito culposo*, Editorial Jurídica, Santiago de Chile.

de acuerdo con los condicionamientos de un Estado constitucional de derecho, carece de legitimación material. En el momento de creación de la norma penal, su conformidad con el principio de legalidad simplemente acredita su vigencia pero no su validez, pues no cumple con la exigencia de proteger un bien jurídico (65). En el momento de la aplicación de la norma penal, en los dos diferentes niveles del análisis del caso, esto es el de la comprobación de la tipicidad y de la antijuridicidad, se trata de comprobar en concreto el contenido desvalorativo del comportamiento. La tipicidad constituye una primera valoración (desvaloración) del comportamiento y la antijuridicidad una segunda valoración (desvaloración). Este doble proceso valorativo surge como una exigencia del *principio de lesividad* y éste de la propia norma penal que, como hemos expresado, en un Estado democrático constitucional de derecho, sólo puede reclamar su validez si protege un bien jurídico.

Con claridad meridiana Bustos Ramírez confirma lo dicho anteriormente con las siguientes palabras: «Dentro del orden social, al Derecho Penal lo que le interesa proteger no son los buenos ánimos de las personas, sino los bienes vitales para la subsistencia de esa sociedad, esto es, los bienes jurídicos. Este es el concepto fundamental y central para el ordenamiento jurídico y para el orden social. En torno a él, entonces hay que plantear cualquier otra consideración. Lo injusto es, por tanto, ante todo una materialización de la protección de los bienes jurídicos por parte del ordenamiento jurídico, y en esta medida es que impone penas» (66).

El cumplimiento de las exigencias del principio de lesividad obliga a una primera valoración. Se trata de constatar si la acción ejecutada constituye un desvalor de acto, pero no en relación a «valores de conciencia de carácter ético social» o «el ordenamiento jurídico como poder espiritual» como se proponía desde un subjetivismo extremo, sino en relación al bien jurídico protegido por la concreta norma penal. El comportamiento será típico, si además de cumplir con las exigencias objetivas y subjetivas, *ex ante*, significa un riesgo socialmente significativo al bien jurídico. Estos son los comportamientos prohibidos

(65) En lo dicho se recoge la tesis que distingue entre vigencia y validez de las normas y que aplicada al derecho penal, sostiene que para su validez deben, entre otras exigencias, proteger bienes jurídicos. Estas exigencias de validez se derivan de los postulados de un Estado democrático constitucional de derecho y su incumplimiento podría conllevar la inaplicabilidad de la norma. A partir de aquí, es fácil comprender por qué no son admisibles planteamientos que reducen la validez de una norma a su mera vigencia, esto es, sólo a las exigencias formales del principio de legalidad.

(66) En «Consideraciones», p. 93.

por el ordenamiento jurídico, aquellos que se desvaloran porque a partir de un juicio valorativo *ex ante* se concluye que producen un riesgo para el bien jurídico. La tipicidad es el resultado de un complejo juicio valorativo de atribución que lleva a la conclusión que el comportamiento concreto es atribuible al comportamiento abstracto y genérico contenido en el tipo penal. Es un juicio valorativo de atribución que en su complejidad comprende en particular el juicio de desvalor de acto.

Pero, el principio de lesividad obliga a considerar también el desvalor de resultado. El comportamiento para que sea considerado un injusto tiene que superar la prueba de una segunda valoración. Una vez constatado el desvalor de acto, también que ser considerado el desvalor de resultado, o, en otras palabras, el menoscabo que ha sufrido el bien jurídico como consecuencia de la acción cuya tipicidad se ha constatado en la valoración anterior. A este respecto, Bustos Ramírez señala que «sólo un menoscabo que surge de una conducta humana es el contenido del injusto. El contenido de la conducta humana, la actitud del ciudadano frente a los bienes jurídicos, resulta, pues, imprescindible para determinar lo injusto. En resumen, en la medida que en el bien jurídico es el centro del injusto y el bien jurídico es producto del actuar social y en último término del actuar humano, tanto desvalor de acto cuanto de resultado son componentes indispensables y necesarios del injusto. Sólo mediante la concurrencia de ambos, se puede determinar lo injusto, esto es, precisarlo y circunscribirlo. La prescindencia de cualquiera de ambos criterios implica en el fondo destruir justamente la protección al bien jurídico (67).

Por ello critica las posiciones que fundamentan el injusto por separado, ya sea en relación con el desvalor de acto o con el desvalor de resultado. Si se lleva a una posición absoluta el desvalor de acto señala «estaríamos aseverando que ya hemos llegado a un estadio de la sociedad y a un desarrollo histórico-social en que se ha logrado la absoluta perfección de las relaciones sociales y que los hombres han logrado dentro de ellas la dignidad y el lugar que les corresponde, y que, por tanto, la actitud de los hombres pasa a ocupar el lugar principal. Por otro lado, si sólo planteamos el desvalor de resultado, estamos tratando de fijar el desarrollo social en una etapa determinada, poniendo esos intereses en un plano ideal y sacrificando cualquier otra consideración a este criterio» (68).

Ahora bien, si el juicio de desvalor del acto era un juicio *ex ante*, a la constatación de la afcción del bien jurídico se ha de llegar mediante un juicio *ex post*. En el juicio de tipicidad se ha constatado que el

(67) En «Consideraciones», pp. 93 y 94.

(68) En «Consideraciones», pp. 98 y 99.

comportamiento concreto llevado a cabo con las circunstancias objetivas y subjetivas exigidas por el tipo constituye *ex ante* un riesgo para el bien jurídico. El paso siguiente será el de valorar *ex post* si el resultado (lesión o puesta en peligro del bien jurídico) es objetivamente imputable a la realización típica. Esta valoración, la de un *juicio valorativo de imputación objetiva*, constituye una segunda valoración del hecho. La primera fue la de la tipicidad y la segunda es la de la antijuridicidad. En el momento de la antijuridicidad el intérprete tiene que valorar las circunstancias del hecho que sin formar parte del tipo penal, pueden, sin embargo, tener una significación jurídica por constituir un presupuesto de una causa de justificación (69). Dentro del juicio de antijuridicidad, esto es de la segunda valoración del hecho, se contempla el juicio de imputación objetiva.

Como puede apreciarse, para Juan Bustos Ramírez, la teoría de la imputación objetiva debía responder a la pregunta de si, en una segunda valoración del hecho, el resultado de afectación al bien jurídico (lesión o puesta en peligro) era objetivamente imputable en un juicio *ex post* a la realización típica. La imputación objetiva del resultado, un resultado no naturalístico sino valorativo en forma de lesión o puesta en peligro del bien jurídico, debe coherentemente, conforme a una distinción en su propuesta metodológica entre tipicidad y antijuridicidad como elementos independientes, ser objeto de análisis dentro de la antijuridicidad y no dentro de la tipicidad, pues la antijuridicidad es una categoría que pertenece a todo el ordenamiento jurídico y es a éste que le interesa que no se afecten los bienes jurídicos. El proceso normativo de desvaloración del resultado está fundamentado en el bien jurídico, esto es, en una relación social concreta. El resultado del injusto es, en consecuencia, una desvaloración de esa relación social en la que entran en juego el conjunto del ordenamiento jurídico.

A este respecto Bustos Ramírez señala que «el ubicar sistemáticamente la imputación objetiva en la antijuridicidad tiene de partida ventajas fundamentales. La cuestión se plantea no ya en relación a una causación (con lo cual aparece bastante contradictorio que se pueda utilizar criterios ajenos a los propios de una causación para la imputación de un resultado causado), sino a una afectación real del bien jurídico (lesión o puesta en peligro concreta de un bien jurídico), que se

(69) Estos planteamientos nos llevaron a revisar la teoría de la norma penal y, en particular, el fundamento normativo de las causas de justificación que conforme a la doctrina mayoritaria lo tienen en normas permisivas. Como sostuvimos en BUSTOS-HORMAZÁBAL (2004) *Nuevo Sistema de Derecho Penal*, Trotta, Madrid, pp. 41 y ss., esas normas no podían tener el carácter de permisivas sino que eran normas dirigidas al Juez y que lo obligaban a valorar nuevamente el hecho bajo las circunstancias que constituyen presupuestos de una causa de justificación.

ha de imputar a la vez a una situación de significación jurídica (valorada a través del proceso de atribución). Luego, en este caso no hay contradicción para la utilización de criterios normativos (sea en relación a lo imputado, como también a lo que se imputa. Con ello, además, la problemática de la imputación objetiva no queda exclusivamente circunscrita a los llamados delitos de resultado (natural), que son ínfimos (y que recuerdan una política criminal positivista), sino que se aplica a todos los delitos, pues respecto de todos ellos hay que determinar siempre si hay una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico y si este resultado (normativo) es imputable a la situación típica. Por último, con ello tampoco se produce hacia el futuro el peligro (como sucedió con la causalidad), que la imputación objetiva se convierta en un criterio de ampliación y no de restricción» (70).

Ahora bien, de acuerdo con Bustos Ramírez, si lo que se pretende es llegar a una consideración material del injusto, no basta con la simple definición de bien jurídico como una relación social concreta y a una referencia al desvalor de acto y de resultado ya que siempre se permanecería en el plano de lo formal. Antes que nada se ha de entender que los bienes jurídicos y los desvalores de acto y de resultado surgen dentro de una sociedad concreta y son consecuencia del desarrollo histórico social. Sólo así se explica la constante revisión a que están sometidos los vigentes comportamientos punibles y también que otros empiecen a ser percibidos como punibles (71). Claramente dentro de los segundos se puede inscribir el fraude tributario. El no pago de los impuestos empezó a ser percibido como delito una vez que el Estado asumió que tenía que intervenir socialmente y asumir gastos en materia sanitaria o educacional, por ejemplo, que lo obligaba a desembolsos que históricamente no estaban contemplados en los Presupuestos. Por eso, decía Bustos Ramírez, «el bien jurídico y sus complementos de desvalor de acto y de resultado, no son sino momentos de una unidad estructural social superior, la relación social y la posición de los individuos dentro de ella» (72). Por ello, concluye, el

(70) BUSTOS RAMÍREZ, J., «Imputación objetiva. Cuestiones Metodológicas y Sistemáticas» en *Obras Completas*, t. II *Iustitia*, Lima, pp. 791-818.

(71) De ningún modo puede entenderse que de algún modo estamos apoyando la abusiva expansión del derecho penal que es posible apreciar en la actualidad, generalmente producto de la irreflexión y del populismo político, que desde luego rechazamos, sino a la incorporación dentro de los Códigos Penales nuevas formas de actuación cuya definición como delito ha sido el producto de una reflexión política seria y serena.

(72) En «Consideraciones», p. 96. Cuando BUSTOS RAMÍREZ en la cita transcrita habla de «relación social» en esta oportunidad se está refiriendo a la relación social global o si se quiere «sociedad determinada», no a la relación social concreta como define materialmente al bien jurídico. El bien jurídico es una relación social

valor o desvalor desde un punto de vista material no son de acto o de resultado sino de relación social. La apreciación del injusto exige que se considere la posición de los individuos dentro de esa relación social pues sólo así lo podrá considerar en «su real totalidad social individual, en su realidad histórica social».

No es, en consecuencia suficiente la apreciación del desvalor de acto o del desvalor de resultado. Sólo puede darnos una adecuada visión del injusto la consideración del desvalor o valor de relación social que sólo puede lograrse al considerar la posición de los individuos dentro de la relación social. Al respecto, señala Bustos Ramírez, «el desvalor de relación social sólo se configura cuando hay una afeción efectiva al bien jurídico, cuando se ha configurado una relación social diferente a la seleccionada positivamente por el legislador (con lo que se ha producido la selección negativa de la otra) y no simplemente cuando un sujeto a desarrollado un valor ético social diferente, esto último puede ser cualquier cosa (como cuando un campesino golpea a un maniquí creyendo que es una persona que lo mira fijamente de modo insolente), pero no una relación social (seleccionada por el legislador como delito de lesiones» (73).

8. LA TEORÍA DEL SUJETO RESPONSABLE, UNA TEORÍA CRÍTICA DE LA CULPABILIDAD

Uno de los puntos en que la discusión penal ha sido incapaz de dar una respuesta satisfactoria es el que se refiere a la determinación de la responsabilidad del sujeto cuya participación en la comisión de un injusto ya ha sido establecida. Las dos valoraciones, tipicidad y antijuridicidad, que ha debido superar el hecho para que adquiera su carácter de punible, han permitido comprobar su vinculación personal con el hecho, bien sea en la forma de dolo o de imprudencia, pero todavía no se puede establecer su responsabilidad personal por la comisión del hecho punible, o dicho de otra forma, por no haberse comportado conforme a la norma.

Juan Bustos Ramírez ya en la primera edición de su Derecho Penal Español (74), en el año 1984, después de exponer el estado de la discusión sobre el problema de la responsabilidad del sujeto y sobre el

concreta protegida penalmente dentro de una relación social global o sociedad determinada.

(73) Ob. cit., nota 70, p. 812.

(74) BUSTOS RAMÍREZ, J.: (1984) *Manual de Derecho Penal Español*. Parte General, Ariel, Barcelona.

concepto de culpabilidad, proponía una tesis ciertamente novedosa, la teoría del sujeto responsable, que paulatinamente ha sido empezada a considerarse por algún sector de la doctrina, todavía minoritario, tanto en España como en América Latina (75).

La teoría del sujeto responsable la construye sobre la base de dos premisas. La primera, es que la culpabilidad no constituye un tercer elemento del delito sino que por sí sola da lugar a una teoría. A este respecto señala en una de sus últimas obras (76): «Para la teoría dogmática tradicional el problema de la responsabilidad del sujeto simplemente se reduce a una cuestión de la persona, que se ha de resolver en un momento posterior al examen del injusto en la categoría llamada culpabilidad. De esta forma, la culpabilidad aparece como un atributo de la acción y como un simple elemento reductor de la misma. Ello trae como consecuencia la cosificación de la persona, en definitiva, que se la vea completamente despersonalizada, como un subsistema sometido al sistema social.»

La segunda, es que el problema de la culpabilidad está mal planteado cuando se formula para establecer la responsabilidad de una persona por el injusto cometido como un conflicto normativo entre el autor de un injusto y el ordenamiento jurídico. El problema es otro, justamente el contrario, de acuerdo con la teoría del sujeto responsable y se refiere a la legitimidad del Estado democrático constitucional de derecho para exigirle al individuo concreto autor del injusto un comportamiento conforme a la norma, por tanto, es igual a exigibilidad. Así señala: «Cuando proponemos abordar el problema de la responsabilidad frente al hecho cometido desde una teoría del sujeto responsable, lo hacemos con la deliberada intención de enfocarlo desde su justa dimensión. En un Estado social y democrático de derecho no puede perderse de vista que se trata de definir la responsabilidad de una persona cuya posición frente al Estado parte del reconocimiento de su antinomia, también de su dignidad y de su autonomía ética. En otras palabras, significa que la discusión de la responsabilidad debe hacerse respecto de una persona determinada en un marco social concreto, que en nuestro caso es el Estado social y democrático de derecho, esto es, el de aquella forma de Estado que partiendo del reconocimiento de que el modelo genera desigualdades

(75) Su tesis del sujeto responsable aparece formulada como indicábamos anteriormente, en el año 1984 en la primera edición de su Manual. Se vuelve a formular con matices, en las *Lecciones de Derecho Penal* editadas con ocasión del nuevo CP español de 1995 ya con mi cooperación en la editorial Trotta, Madrid, cuya última edición es del año 2006. También puede verse BUSTOS-HORMAZÁBAL: (2004) *Nuevo Sistema de Derecho Penal*, ed. Trotta, Madrid.

(76) En *Nuevo Sistema*, ob. cit., nota anterior, p. 125.

sociales y económicas, en virtud de su deber de nivelar las desigualdades, asume jurídica y políticamente la obligación de intervenir en los procesos sociales» (77).

Al plantearse el problema de la responsabilidad del sujeto como un problema de legitimación del Estado para exigirle un comportamiento conforme a la norma, obliga al Estado a discriminar, pues no puede ser la misma para todas las personas. Su capacidad de exigir una respuesta conforme a la norma, en definitiva sus propias normas, lo obliga a considerar en cada persona sus circunstancias personales y su relación con el Estado. Sin duda la legitimación para exigirle a una persona un comportamiento conforme a la norma será mayor respecto de una persona cuyas necesidades básicas nunca han estado en peligro de verse insatisfechas, que respecto de otra que regularmente no ha tenido tal posibilidad. El Estado sólo estará legitimado para exigir responsabilidad si le ha dado a la persona todos los elementos para que en un conflicto determinado tenga la posibilidad de dar una respuesta conforme a la norma.

En este planteamiento, los tradicionales elementos de la culpabilidad pasan a ser situaciones de no exigibilidad o inexigibilidad, es decir, situaciones en que el Estado no puede exigir el comportamiento conforme a derecho. La llamada «inimputabilidad» o «falta de capacidad de culpabilidad», la falta de «conciencia del injusto» y la «inexigibilidad de otra conducta», constituyen situaciones de falta de legitimación del Estado o de inexigibilidad con las matizaciones que expondremos a continuación.

8.1 La inimputabilidad o la inexigibilidad sistémica

En la teoría del sujeto responsable, lo que tradicionalmente se llaman supuestos de «inimputabilidad» o de falta de «capacidad de culpabilidad» son supuestos en que el propio sistema social en su conjunto reconoce de un modo general que no están dadas las condiciones para exigir a una persona una respuesta en una determinada dirección, o dicho de otra forma, no hay condiciones de exigibilidad (78) de una respuesta conforme a la norma. Bustos Ramírez critica los conceptos de «inimputabilidad» e «imputabilidad» del derecho penal clásico, así como el positivista de «peligrosidad social» porque presuponen la existencia de valores sociales objetivos absolutos y conllevan un

(77) *Ibídem.*

(78) Una visión crítica a la imputabilidad en BUSTOS RAMÍREZ, J. «La imputabilidad en un Estado de Derecho» en *Obras Completas*, t. II *Iustitia*, Lima, pp. 265-289.

estigma de minusvalía y desigualdad, por tanto, contrario a los fundamentos de un Estado constitucional y democrático de derecho. Las teorías de la subcultura y de la psiquiatría alternativa, sostiene Bustos Ramírez, han puesto de manifiesto que no existe uno solo orden de valores ni tampoco una sola racionalidad en clara oposición con el concepto de «inimputabilidad». Así, señala que «el sujeto puede tener su propio orden de valores y una sola verdad, y ello es falso. El sujeto puede tener su propio orden de valores y su verdad tanto en consideración a su mundo cultural (subcultural o contracultural), como también en virtud de una forma conflictiva propia de enfrentar el sistema social en que vive, aquí cae la locura en sus diversas gamas, desde el hippie o el excéntrico hasta el alienado. Y en tal medida también el joven, ya que su escala de valores y su comprensión del mundo no es simplemente una cuestión de desarrollo físico-biológico (hay también muchos viejos que sienten y se expresan del mismo modo» (79).

De este modo, el juicio de imputabilidad, en un primer nivel, debe partir en un Estado democrático constitucional de derecho del reconocimiento de la existencia de diferentes órdenes racionales en la sociedad, y también, en un segundo nivel, que dentro de esas diferentes racionalidades hay una que es hegemónica y que constituye la base orgánica del Estado. El Estado no puede juzgar el grupo u orden en sí, al que ha sido asignado el individuo, pues sería contrario al Estado democrático constitucional de derecho, sino sólo los injustos cometidos. En otros términos, implica el reconocimiento del principio de responsabilidad por el hecho y, en consecuencia, que sólo podrá efectuarse el juicio de imputabilidad cuando se produzca un hecho que sea contrario a los valores fundamentales del orden racional hegemónico. Solo a partir de la producción de ese hecho podrá entrarse a juzgar la compatibilidad o incompatibilidad de la racionalidad del autor del hecho con el orden hegemónico. Como dice textualmente «en modo alguno es juicio valorativo absoluto, sino eminentemente práctico, relativo, de carácter político estatal y jurídico, luego también cambiante, revisable críticamente y en la medida de una profundización del Estado de derecho, progresivamente más abierto y flexible» (80).

El paso del primer nivel de reconocimiento de la existencia de diferentes órdenes racionales en la sociedad al segundo nivel de reconocimiento de que entre las diferentes racionalidades hay una que es hegemónica, exige como base fáctica no sólo que haya un hecho o injusto, que haya una comunicación entre los dos órdenes racionales

(79) Ob. cit., nota anterior, p. 282.

(80) Ob. cit., nota anterior, p. 284.

ya que en caso contrario hay discriminación y, por tanto, una violación del respeto a la dignidad de las personas.

Bustos Ramírez niega, en consecuencia, que el juicio de imputabilidad o inimputabilidad sea un juicio sobre la capacidad de comprensión del injusto y de actuar conforme a ella ya que ello es propio al ser humano, pues el hombre siempre actúa conforme a una determinada racionalidad, a un determinado mundo de valores, que incluso puede no ser el hegemónico y que tiene que ser respetado en un Estado democrático constitucional de derecho por mandato del principio de dignidad de la persona. El sujeto imputable será aquel respecto del cual el Estado está legitimado para exigirle en el conflicto una respuesta conforme al ordenamiento jurídico, o dicho de otra forma, un acto conforme a su conciencia social que se identifica con la hegemónica. Si esa respuesta es un injusto, habrá un acto que es *incompatible* no sólo con el ordenamiento jurídico, sino también con su propia conciencia social. La imputabilidad es, por tanto, un *juicio de incompatibilidad* entre la respuesta del sujeto con su conciencia social y el ordenamiento jurídico. Al revés, la inimputabilidad es un *juicio de compatibilidad* de la respuesta (injusto) con su mundo u orden de valores que es diferente al hegemónico.

8.2 Inexigibilidad de la conciencia del injusto

Surge como causa de exclusión de la legitimación del Estado para pedir un comportamiento conforme a la norma a partir de una exigencia de conciencia del injusto, no de un conocimiento del injusto equiparable al conocimiento del dolo. De esta forma si hay una conciencia exigida no puede plantearse un problema de error que implica ignorancia o falsa apreciación, sino de otra conciencia que se expresa en un injusto. De lo que se trata de establecer la capacidad de respuesta conforme a derecho al autor del injusto que puede ser excluida si tenía una conciencia distinta respecto del mismo. «El derecho necesariamente tiene que hacerse cargo de esta situación, salvo que plantee una responsabilidad por el puro injusto, desligada completamente de los procesos de formación de la conciencia que han llevado a actuar al sujeto (en los cuales precisamente es partícipe la sociedad toda y, por ello, no puede excluir la consideración de su propia responsabilidad y, de modo específico, del propio aparato del Estado) (81). La condición de sujeto responsable exige que exista una posibilidad de comprensión del injusto, es una conciencia exigida.

(81) En Lecciones ob. cit., nota 20, p. 476.

8.3 Inexigibilidad de la conducta conforme a derecho

Necesariamente la exigibilidad de una conducta conforme a derecho es un requisito en relación a la responsabilidad del sujeto, en el que hay que establecer si al sujeto social está en condiciones de responder por su comportamiento contrario al derecho, lo que conlleva a examinar todas las circunstancias que lo motiven a actuar. El Estado tendrá que demostrar que le puede exigir, además de la posibilidad de comprensión del injusto, una determinada conducta (conforme al ordenamiento jurídico), en la situación concreta en que se encontraba. Respecto del injusto mismo hay una conciencia exigida a la que hay que sumar si la conducta conforme a derecho era posible exigirla al individuo concreto en la situación concreta en que se encontraba. Esta ha de ser una valoración *ex ante*, esto es, un juicio hipotético anterior al momento del hecho.

Como puede apreciarse los que con una teoría normativa de la culpabilidad eran elementos de la misma a partir de los cuales surgían como exenciones de responsabilidad criminal las causas de inimputabilidad, el error de prohibición que no es exactamente un error de acuerdo con lo expuesto, y las causas de exculpación, con la teoría del sujeto responsable se transforman en causas de inexigibilidad de responsabilidad.

9. PALABRAS FINALES

Pongo fin a este trabajo en el mes de agosto de 2009, a la vuelta de un homenaje que se le hizo a Juan Bustos Ramírez, en el Salón de Honor de la Universidad de Chile, el 7 de dicho mes, exactamente a un año de su muerte. Lo que pensamos que iba a ser un acto reducido a académicos, a su familia y a sus amigos más cercanos, se transformó en un acto al que asistió una multitud de personas y no sólo de la vida pública chilena, como Ministros de Gobierno, Senadores y Diputados, miembros del Poder Judicial, de la Fiscalía y de la Defensoría Pública, sino también personas anónimas, por lo menos para nosotros pero no para Juan. Eran sus electores que habían viajado desde las ciudades que él representaba en la Cámara de Diputados chilena. El acto, pese a todo, no perdió en intimidad, todos tenían puesto su pensamiento en lo que había significado Juan en sus vidas, pues todos tenían algo que agradecerle empezando por su amistad. Había sido un hombre generoso y solidario, una persona entrañable y cálida, de una cultura tan profunda y sólida como discreta, que sólo se manifestaba cuando era

necesario y oportuno, nunca por jactancia, siempre al lado de los desfavorecidos y siempre dispuesto a defender sus derechos, como lo demostró cuando en nombre de las víctimas de la dictadura, se personó en los juicios que se abrieron en Chile contra los militares que asaltaron el gobierno y sometieron al pueblo chileno durante diecisiete años.

En los últimos años tuve ocasión de verlo muchas veces. En nuestras conversaciones siempre teníamos tiempo para hablar de España y de los profesores de la universidad española que en tiempos que no eran fáciles nos honraron con su amistad y generosidad. Fue, me decía Juan, una gran experiencia, no sólo académica, sino también vital. Pudimos presenciar, desde un lugar de privilegio, el proceso de transición de la dictadura a la democracia, que tan difícil veíamos por entonces en Chile. Finalmente ese día llegó y Juan se trasladó a Chile, volvió a su querida Universidad y con una energía que nunca lo abandonó, a pesar de saber desde hacía un año de que estaba gravemente enfermo, continuó con sus clases y su labor como parlamentario hasta que prácticamente perdió el conocimiento. Fue su última lección, como tantas que nos había dado en vida, de tenacidad y compromiso.

Dirección de la organización como autoría mediata*

CLAUS ROXIN

Catedrático (emérito) de la Universidad de Múnich

I. INTRODUCCIÓN

La autoría mediata a través del empleo de aparatos organizados de poder, que también es denominada resumidamente como «dominio de la organización», constituye en la actualidad un tema básico de la discusión en la teoría penal de la autoría. Esto no solamente rige para la ciencia penal sino también para la jurisprudencia de los tribunales de las máximas instancias. Es más, la influencia de esta figura jurídica no solamente se limita a la práctica de los tribunales nacionales, sino se extiende cada vez más también a los tribunales internacionales con jurisdicción penal.

En el año 1963 desarrollé por primera vez esta forma de autoría (1). Ésta se basa en la tesis de que, en una organización delictiva, los que están detrás de ella y que ordenan la comisión de delitos, teniendo un poder autónomo de dar órdenes, también podrían ser hechos responsables como autores mediatos aun cuando los ejecutores directos puedan ser penados igualmente como autores plenamente

* Conferencia dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad Andrés Bello de Chile, los días 22 y 23 de setiembre de 2009 en Santiago y Viña del Mar, respectivamente, en el marco del ciclo de conferencias organizado con motivo del otorgamiento del título de doctor honoris causa en dicha universidad. Traducción de Dr. Manuel A. Abanto Vásquez.

(1) ROXIN, *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA), 1963, pp. 193 y ss. Posteriormente el texto pasó a formar parte, en sus partes esenciales, de mi trabajo de habilitación *Täterschaft und Tatherrschaft*, cap. 24, de la 1ra. ed., en 1963 hasta la 8.ª ed. en 2006.

responsables. En el lenguaje coloquial alemán se designa a estos maquinadores como «autores de escritorio». Mi idea consistía en volcar este concepto cotidiano en una categoría precisa de la dogmática jurídica. Detrás de estos esfuerzos se encontraba, como motivación directa, el proceso que acababa de culminarse en Jerusalén contra Adolf Eichmann; uno de los principales responsables de la matanza de judíos en la época nazi.

En las décadas siguientes, esta novedosa construcción jurídica se ha impuesto mayoritariamente en la literatura alemana (2) y en 1994 ha sido acogida por el Tribunal Federal alemán (3). En el fallo pertinente, se condenó, como autores mediatos de homicidios dolosos, a los miembros del llamado «Consejo Nacional de Defensa» del antiguo gobierno de Alemania del Este, porque ellos habían ordenado impedir, en caso necesario mediante disparos mortales, la ejecución de los planes de fuga de aquellos que querían traspasar el muro fronterizo de Alemania Oriental. Los soldados vigilantes de la frontera, los «tiradores del muro», que habían ejecutado de propia mano los disparos, también fueron condenados por homicidio doloso.

Esta jurisprudencia ha sido continuada en posteriores sentencias y, en Alemania, ha provocado una serie de trabajos científicos que apenas puede abarcarse (4). Pero también en el ámbito internacional, la figura del dominio de la organización ha tenido gran resonancia. Ella ya había sido invocada en los años ochenta del siglo pasado en el marco de las condenas a los miembros de la Junta Militar argentina (5). Y la figura también tiene importancia en el moderno Derecho penal internacional (6). Y es que el art. 25, tercer párrafo, del Estatuto del Tribunal Penal Internacional no solamente reconoce una autoría mediata, sino enfatiza expresamente que ésta ocurriría sin importar si también el ejecutor directo resultare penalmente responsable («regardless of whether that other person is criminally responsible»).

En efecto, el Tribunal Penal Internacional, con sede en La Haya, ha asumido entretanto, en muchas de sus resoluciones, la figura jurídica del dominio de la organización y ha invocado expresamente la construcción jurídica desarrollada por mí. Aquí quiero exponer esto

(2) Cfr. las referencias bibliográficas en ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, tomo 2, 2003, cap. 25, n. marg. 108.

(3) Sentencias del Tribunal Federal (alemán) en materia penal (por sus siglas en alemán: BGHSt), tomo 40, pp. 218 y ss.

(4) En la 8.^a edición alemana de mi libro *Täterschaft und Tatherrschaft* se encuentra un análisis crítico de esta jurisprudencia, pp. 704 y ss.

(5) Cfr. al respecto ROXIN (como en la nota 2), cap. 25, n. marg. 109, con una amplia cita del fallo del Tribunal de apelaciones.

(6) Cfr. ROXIN (como en la nota 2), cap. 25, n. marg. 112, nota 140.

basándome tan solo en la sentencia Katanga del Tribunal Penal Internacional de 30 de setiembre de 2008. En ella se dice lo siguiente (7): «En la doctrina del Derecho se ha desarrollado una concepción que reconoce la posibilidad de hacer responder penalmente a una persona que actuare a través de otro, y ello sin importar si el ejecutor (el que actuare de manera directa) también fuera responsable penalmente. Esta doctrina se basa en los trabajos tempranos de Claus Roxin (8). Páginas más adelante esto culmina con una cita textual de mi libro sobre «Autoría y dominio del hecho» (9), que el Tribunal hace suya. En el dominio de la organización no faltaría «ni la libertad ni la responsabilidad del ejecutor directo, que ha de responder como autor culpable y de propia mano. Pero estas circunstancias son irrelevantes para el dominio por parte del sujeto de detrás, porque desde su atalaya el agente no se presenta como persona individual libre y responsable, sino como figura anónima y sustituible. El ejecutor, si bien no puede ser desbancado de su dominio de la acción, sin embargo es al mismo tiempo un engranaje –sustituible en cualquier momento– en la maquinaria del poder, y esta doble perspectiva impulsa al sujeto de detrás, junto con él, al centro del acontecer».

En abril de 2009, la Corte Suprema de Perú, apoyándose en mi teoría, ha condenado y penado al ex presidente Fujimori, como autor mediato, por homicidios, lesiones y secuestros que habían cometido las fuerzas de seguridad peruanas durante su período presidencial (10). La Corte Suprema dice: «Fue el jurista Claus Roxin quien a partir de mil novecientos sesenta y tres comenzó a construir las bases teóricas de una nueva forma de autoría mediata a la que denominó “autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados”. La Corte asume a continuación todos los presupuestos que yo exijo para el dominio de la organización y considera que ellos se habrían dado en el caso de Fujimori. Más adelante trataré estos presupuestos.

Antes de pasar a explicar con más detalle mi teoría, quisiera tratar aun y demostrar la inoperancia de dos modelos que compiten en la solución del problema y que todavía son defendidos en la literatura.

(7) ICC-01/04-01/07 176/226. El texto citado, al igual que la cita que sigue a continuación, es una traducción del texto original en inglés.

(8) El Tribunal remite aquí a uno de mis primeros artículos sobre el tema, en GA, 1963, pp. 193-207.

(9) Primera a octava ediciones, de 1963 a 2006, p. 245 [n. d. Tr.: se reproduce aquí el párrafo correspondiente de la versión española en la 7.^a edición del libro, traducido por Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid, 2000, p. 273]. En el original de la sentencia, la cita fue hecha en inglés.

(10) Parte tercera, capítulo segundo de la sentencia, pp. 629 y ss.

Esto rige tanto para la tesis de la coautoría como para la afirmación de una instigación [o inducción].

II. EL RECHAZO DE LA COAUTORÍA

Aunque renombrados autores (11) sostengan la tesis de que el sujeto de atrás no debería ser considerado autor mediato sino coautor, puede verificarse lo siguiente: no se presenta ninguno de los presupuestos necesarios para admitir una coautoría entre el que da la orden en la central de un aparato de poder y el ejecutor «in situ» (p. ej. en el caso de los asesinatos en los campos de concentración o en los casos de los tiradores del Muro).

No hay una resolución conjunta a cometer el hecho. El cumplimiento de una orden es lo contrario a una resolución conjunta, de común acuerdo entre los coautores. La «identificación en el objetivo común» que invoca Otto (12) no es suficiente para ello. Y es que si acaso pudiera siquiera hablarse de ello, frente a una motivación del ejecutor que puede ser totalmente diferente, tal «identificación» puede presentarse por igual en la relación entre el instigador o el cómplice con el autor. Y también el hecho de que, tal como argumentan Jescheck/Weigend (13), la consciencia de que los hechos «van a ser cometidos siguiendo las instrucciones de la dirección» solamente puede transmitir la idea de que se tenga que cumplir con una orden y no fundamenta una resolución conjunta.

La coautoría se basa en una «obligación» recíproca y no en una vinculación unilateral solo por parte del que ha recibido la instrucción. No existe una posición de igual rango en la resolución conjunta, lo cual es característico de la coautoría. Ésta tiene una estructura «horizontal». Allí donde se presentare una clara estructura «vertical», como ocurre en la jerarquía de los aparatos de poder, solamente puede entrar en consideración una autoría mediata. Por lo demás, el hecho de

(11) Están a favor de la coautoría, BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 11.^a ed., 2003, cap. 29, n. marg. 143; JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.^a ed., 1991, cap. 21, n. marg. 103 y allí en las notas 190, 191; ídem, Comentarios al fallo del Tribunal Federal alemán de 26-7-1994 (igualmente en BGHSt, tomo 40, p. 218), NSTZ 1995, p. 27; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5.^a ed., 1996, p. 670; OTTO, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, 7.^a ed., 2004, cap. 21, n. marg. 92; ídem, *Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates*, Jura, 2001, pp. 753 y ss.

(12) OTTO en Jura 2001 (como en la nota 11), p. 759.

(13) JESCHECK/WEIGEND (como en la nota 11), p. 670.

que el que imparte las órdenes y el ejecutor, por regla general ni siquiera se conozcan y tampoco vayan a conocerse, hace que una resolución conjunta resulte una mera ficción.

Pero también falta la ejecución conjunta del hecho. Y es que aquel que imparte la orden, no participa para nada en su ejecución, ni siquiera mediante una contribución al hecho en la etapa de los actos preparatorios. Esto no puede ser suficiente para admitir una comisión conjunta ni siquiera según aquella postura que no limita la coautoría a contribuciones al hecho en la etapa de la ejecución. De otro modo podría afirmarse sin problemas la coautoría del inductor. Como es sabido y admitido, la coautoría consiste en una cooperación con división del trabajo mediante participaciones en el hecho vinculadas entre sí. Y aquí ya no puede hablarse de esto porque el sujeto que tiene la palanca del poder no se ensucia las manos y quiere que otros hagan el «trabajo» (14). En el dominio de la organización tampoco puede presentarse una vinculación recíproca de cómplices que cooperan con igual rango; algo que es característico de la coautoría.

III. EL RECHAZO DE LA INSTIGACIÓN

Antes que admitir una coautoría parecería más razonable la teoría que admite la instigación, teoría que en los últimos años ha sido nuevamente expuesta por seguidores comprometidos como Herzberg (15), Rotsch (16) y Zaczyk (17). Ella por lo menos coincide con el hecho de que el instigador pone en marcha el hecho, motiva al autor inme-

(14) También se pronuncian decididamente en contra de la coautoría las nuevas monografías de SCHLÖSSER y URBAN. Según SCHLÖSSER (*Soziale Tatherrschaft. Ein Beitrag zur Frage der Täterschaft in organisatorischen Machtapparaten*, Berlin, 2004, p. 363) la presencia de una autoría mediata, que él admite, excluye la posibilidad de una coautoría entre el sujeto de atrás y el de delante [traducción libre]. Por su parte, URBAN (*Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft*, Osnabrück, 2004, p. 45) sostiene: *En relación con las situaciones clásicas, en las cuales se manifiesta la soberanía sobre las órdenes de instancias superiores, lo cual es típico de los aparatos organizados de poder, queda excluida la coautoría ... como solución adecuada* [traducción libre].

(15) HERZBERG, «Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen», en: Amelung (ed.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, 2000, pp. 33 y ss.

(16) ROTSCH, *Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft*, ZStW 112 (2000) p. 518 y ss.; ídem, *Neues zur Organisationsherrschaft*, NStZ, 2005, pp. 13 y ss.

(17) ZACZYK, «Die Tatherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate und el Tribunal Federal Alemán (BGH)», en: *Festgabe für Claus Roxin zum 75. Geburtstag*,

diato a ejecutar los hechos. Eso también lo dice Herzberg (18): «Hitler, Himmler y Honecker han motivado, no como autores sino como instigadores, los delitos de homicidio que ordenaron» [traducción libre]. No obstante, esta suposición contradice la importancia de las órdenes y de la ejecución conforme a ellas en el marco de aparatos de poder que operan al margen del Derecho.

Un instigador no está en el centro de la decisión. Él hace surgir la resolución al hecho, pero tiene que dejar el desarrollo ulterior de los acontecimientos en manos del instigado, quien es el único que tiene el dominio del hecho que determina estos acontecimientos. En el dominio de la organización se produce exactamente lo contrario: el sujeto de detrás, que tiene en sus manos la palanca del poder, decide sobre el «sí» del hecho, mientras que el ejecutor inmediato mayormente sólo por casualidad entra dentro de la situación concreta de la acción. Él no puede cambiar nada esencial del curso de acontecimientos delineado de antemano por el aparato, sino en todo caso modificarlo. Y por regla general tampoco la desobediencia de la orden ayudaría a la víctima porque las bases organizativas suelen prever que la orden también sea cumplida cuando se presentaren estas situaciones.

Luego, el sujeto de detrás tiene un «poder de hecho» mucho mayor y el «dominio configurador», tal como había sido reconocido ya por el Tribunal Regional de Jerusalén en el caso «Eichmann», al indicar que el que da la orden, estando situado en la palanca del poder, tendría la responsabilidad principal por los hechos ocurridos (19): «La medida de la responsabilidad más bien aumenta cuanto más alejado se esté de aquel que con sus manos hace funcionar el arma asesina y más se acerque uno a los puestos superiores de la cadena de mando...». Se desconoce por completo las relaciones de dominio cuando se tiene al esbirro individual por autor principal y se juzga a los organizadores de crímenes masivos como figuras marginales sin dominio alguno.

Entonces, la instigación y el dominio de la organización son formas delictivas de cualidad totalmente diferente. Hitler y otros dictadores, con ayuda del aparato a su disposición, pudieron desencadenar un potencial destructivo y violador del Derecho que de lejos no puede compararse con el poder que pueda tener un instigador normal y corriente. Si se colocara al mismo nivel el poder de dominio de estos

editado por Wolter/Pötzt/Küper/Hettinger, como número 5/2006 de la revista *Goldammer's Archiv* (GA), pp. 414 y ss.

(18) HERZBERG (como en la nota 15), p. 48.

(19) Sentencia contra Adolf Eichmann, Strafakt [auto penal] 40/61, traducción no oficial, N° 197 [n. d. Tr.: se toma la traducción de la cita de Cuello Contreras/Serrano González de Murillo, *Autoría y dominio del hecho*, 7.ª ed., Madrid, 2000, p. 274].

con el de un instigador, se allanarían normativamente y de manera simplista, diferencias objetivas enormes. Esto lo demuestra incluso el uso idiomático, en el cual se habla, de la manera más normal, de «autor de escritorio» y no de «inductor de escritorio».

IV. LA FUNDAMENTACIÓN DE LA AUTORÍA MEDIATA EN LOS CASOS DE DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN

Tal como se ha mostrado antes, la admisión de una autoría mediata que yo propongo constituye la teoría dominante en la ciencia y la jurisprudencia de Alemania, así como también en la jurisprudencia de otros países y del Tribunal Penal Internacional. Pero, ¿cómo fundamentar la autoría mediata con suficiente fuerza persuasiva y exactitud? No bastan por sí solas la circunstancia de que tenga de mi parte a la concepción mayoritaria, las consideraciones generales de plausibilidad que he deducido hasta ahora de la importancia de la contribución al hecho, ni tampoco las buenas razones para rechazar la coautoría y la instigación. Y es que aquellos que rechazan una autoría mediata y abogan por la coautoría o la instigación, no lo hacen basándose en la especial fuerza persuasiva de sus propias suposiciones, sino como una especie de recurso de urgencia. Eligen esta salida porque creen que admitir una autoría mediata atentaría contra un principio irrevocable de la teoría de la autoría.

Este principio se basa en la suposición de que no podría existir un autor mediato detrás de un autor plenamente responsable. Así, cuando el autor directo –por ejemplo los asesinos en los campos de concentración o los tiradores del Muro o el autor del comando especial de aniquilamiento en el caso peruano– como titular del dominio del hecho fuere plenamente responsable por sus acciones y se le responsabilizara como autor, sería inimaginable atribuir simultáneamente el dominio del hecho al sujeto de detrás. En tal medida, un «autor detrás del autor» constituiría una construcción jurídica inejecutable, un «no concepto», tal como ya Welzel había dicho anteriormente (20), antes de que más tarde cambiara de opinión. Ésta es una objeción seductora. Pero se basa en tres errores, que tras ser reconocidos, allanarán el camino para una fundamentación sólida de la autoría mediata.

En primer lugar, el «instrumento» que posibilita al sujeto de detrás el cumplimiento de sus órdenes no es solamente (y ni siquiera lo es en la mayoría de los casos) aquel que ejecuta de propia mano la muerte

(20) *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, 1947, columna 650.

de la víctima. Más bien el verdadero instrumento es el aparato como tal. Éste está conformado por un gran número de personas que se ubican en estructuras previas, operan según la organización con diferentes funciones, y cuya totalidad asegura al sujeto de detrás el dominio sobre el resultado. El ejecutor individual no juega un papel decisivo para el accionar de la organización porque ésta puede disponer de muchos ejecutores obedientes.

En segundo lugar, de esta forma de ver las cosas se deriva que el ejecutor y el sujeto de detrás poseen distintas formas de dominio del hecho que no se excluyen entre sí. Quien de propia mano mata a la víctima, practica lo que yo llamo «dominio de la acción», es decir un dominio que se deriva de la ejecución de determinado acto. En cambio, el sujeto de detrás posee el dominio de la organización; es decir una posibilidad de ejercer influencia que le asegura, a través del aparato de poder del cual dispone, la producción del resultado sin que él tenga que ejecutar de propia mano el hecho. Esta seguridad que se tiene del resultado es la base del dominio del hecho. Este dominio se diferencia del dominio de la acción que tiene el ejecutor y puede coexistir con él sin problemas. El hecho de que, en el fondo, la posibilidad de un «autor detrás del autor» sea un sobreentendido, puede verse en un caso tan difundido como el de las coacciones en un estado de necesidad. Cuando alguien, mediante una amenaza contra su vida, es obligado a cometer un delito, el ejecutor ha tenido evidentemente el dominio sobre el hecho que él ha realizado de manera directa. Y aunque sea exculpado debido a su situación de necesidad, esto no cambia para nada la existencia del dominio del hecho que él ha tenido, puesto que este dominio es una forma de manifestación del injusto típico. Pero igualmente el sujeto de detrás ha tenido el dominio del hecho y es autor mediato debido a las coacciones. Luego, constituye un hecho innegable que las distintas formas de autoría pueden presentarse escalonadamente una detrás de la otra.

En tercer lugar, a partir de las circunstancias antes mencionadas puede obtenerse un conocimiento fundamental que hace plausible la autoría mediata en el caso que nos ocupa. En primer lugar, no se debe deducir la autoría y el dominio del hecho a partir de algún déficit del «instrumento», tal como se presenta sin embargo en el dominio de la coacción y del error, sino tiene que fundamentarse, de manera positiva, desde la posición del autor tomando en cuenta la totalidad de los hechos. Esto quiere decir, en el caso concreto de la dirección de la organización: el dominio del hecho del hombre de detrás se basa en que éste, a través del aparato a su disposición, puede hacer que se produzca el resultado con mayor seguridad que incluso en los casos de

dominio de la coacción y del error, casos que son reconocidos casi de manera unánime como de autoría mediata. Esto ya lo ha notado el Tribunal Federal Alemán cuando, refiriéndose al dominio de la organización, dice (21): «... al emplear instrumentos sometidos a error o inimputables, son frecuentes los casos en los cuales el autor mediato tiene mucho menos en sus manos la producción del resultado que en los casos del tipo descrito».

V. LOS PRESUPUESTOS DEL DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN

Por lo tanto, si se reconoce al dominio de la organización como una forma autónoma de autoría mediata, queda pendiente la cuestión relacionada con los presupuestos en los cuales se basa este dominio. Esto plantea una serie de cuestiones polémicas. Hasta donde puedo entender, en el momento actual, el dominio del hecho de los sujetos de detrás puede basarse en cuatro factores.

1. *Poder de mando*

Sólo puede ser autor mediato quien, dentro de una organización dirigida rigurosamente tiene poder de impartir órdenes, y utiliza este poder para la realización del tipo. Entonces, el comandante de un campo de concentración nazi era autor mediato de los asesinatos que él ordenó, aun cuando él mismo actuó por órdenes de jerarquías superiores. Es por eso que, en los diferentes niveles de la jerarquía de mandos, pueden haber muchos autores mediatos, uno detrás del otro. Por el contrario, el personal de servicio en tal campo de concentración solamente puede ser penado por complicidad cuando, si bien ellos promovieron los delitos conscientemente a través de alguna acción, no ordenaron por sí mismos la comisión de homicidios ni tampoco participaron en su ejecución.

2. *El apartamiento del Derecho del aparato de poder*

Desde el principio he sostenido que el aparato de poder deba presentar un «apartamiento del Derecho» como presupuesto indispensable del dominio de la organización. Este requisito es discutido incluso entre los seguidores de mi teoría (22). No obstante, yo opino que se

(21) BGHSt, tomo 40, pp. 236 y s.

(22) Se manifiesta en contra de este criterio sobre todo AMBOS, «Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate», GA, 1998, páginas 226 y ss. (241 y ss.). Cfr. al respecto la discusión que sostuvo con AMBOS en «Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität», en: *Festschrift für Gerald Grünwald*, 1999, pp. 556 y ss.

puede y debe mantener esta exigencia después de eliminar los puntos críticos planteados por sus oponentes; para ello haremos las dos aclaraciones siguientes:

En primer lugar, el aparato de poder no tiene que haberse separado del Derecho por completo, sino solamente en el marco de los tipos penales que él realiza. Las medidas de la República Democrática Alemana (RDA) e incluso las del Estado nacionalsocialista, en muchos ámbitos se movieron dentro del Derecho vigente, pero los ámbitos de actividad de «impedir la fuga de la república mediante disparos» o, para mencionar tan solo el caso más terrible, «la solución final de la cuestión judía», caracterizan actividades totalmente apartadas del Derecho. Y, en segundo lugar, para el apartamiento del Derecho no importa el punto de vista del anterior sistema, sino la actual evaluación jurídica. Entonces, los homicidios del Muro eran acciones al margen del Derecho, aun cuando la dirección estatal de la RDA hubiera tenido otra opinión al respecto. Por supuesto que los asesinatos en masa del régimen nazi también hubieran constituido hechos apartados del Derecho si la dirección estatal de entonces no los hubiera ordenado secretamente sino lo hubiera hecho «legalmente».

Pero sobre la base de ambas aclaraciones resulta evidente que el apartamiento del Derecho del aparato organizado de poder es un presupuesto necesario para el dominio del hecho de los sujetos de detrás. Si p. ej. hubiera estado prohibido, de manera general, matar a los fugitivos del Muro y el resultado solamente hubiera sido consecuencia de órdenes dadas por funcionarios que actuaron por su propia cuenta, tales sucesos hubieran constituido acciones aisladas que hubieran tenido que ser tratadas siguiendo las reglas de la instigación y de la autoría. El soldado fronterizo hubiera podido negarse a obedecer en cualquier momento respaldándose en la legislación de la RDA y en la práctica correspondiente a ella. Lo mismo rige para las acciones de aniquilamiento masivo de los nazis, que no hubieran podido ocurrir jamás si solamente se hubiera tratado de exabruptos de algunos sujetos y no de un aparato de gran magnitud que sistemáticamente, y empleando todas sus partes, había buscado realizar este objetivo. Luego, el sistema (o el subsistema de un Estado), como un todo, tiene que trabajar delictivamente («al margen del Derecho») para que las órdenes de los sujetos de atrás puedan tener la seguridad de tener éxito; esto es lo que fundamenta la autoría mediata.

3. *La fungibilidad de los ejecutores directos*

Para mí también ha constituido siempre un elemento esencial del dominio de la organización la «fungibilidad», o sea la sustituibilidad

de aquellos que, en el actuar delictivo de los aparatos organizados de poder, emprenden el último acto parcial que completa el tipo. La ejecución de órdenes de un sujeto de detrás –según mi tesis– se ve asegurada en gran medida precisamente por el hecho de que están a disposición muchos ejecutores potenciales, de manera que la negativa o cualquier otra indisposición de un individuo no pueda impedir la realización del tipo. Por cierto que esto es discutido, para lo cual se argumenta de distinta manera.

Renzikowski (23) admite, sin más, la «posibilidad garantizada» de que se produzca el resultado gracias a la intercambiabilidad del actor directo. Pero sostiene en contra que las «acciones hipotéticas de terceros», o sea la posibilidad de hacer intervenir a otros ejecutores, no podría fundamentar el dominio del que realmente actuó. Este argumento resultaría acertado si se considerara como instrumento solamente al ejecutor en la situación concreta. Pero ya he expuesto que tal perspectiva individualista que reduce los acontecimientos a una relación entre dos personas no hace justicia a la naturaleza del dominio de la organización. El instrumento es la organización, y para su intervención exitosa la existencia de muchos ejecutores posibles no es una mera hipótesis sino una realidad que garantiza el resultado.

Schroeder (24) ha aportado la objeción de que en caso de necesitarse a especialistas para ejecutar los hechos, estos no podrían ser intercambiables, pero aun así los sujetos de detrás tendrían que ser de todos modos autores mediatos. Pero con ello se abandona el ámbito del dominio de la organización, el cual ha sido elaborado a la medida del «automatismo» descrito y, por regla general, también para una serie de delitos que acontecen siguiendo el mismo esquema. Cuando un servicio secreto tiene que captar a un especialista que es el único capaz de realizar determinado delito, la forma específica de actuar de la organización no puede desarrollarse ya desde el principio. Incluso un autor individual podría contratar a tal sujeto. Luego, en tanto no se hubiera ejercido una presión coercitiva relevante según el art. 35 del Código Penal alemán, solamente se presentará una instigación.

Pero con ello solamente se ha demostrado que no todos los delitos provocados por una organización criminal fundamentarán ipso facto una autoría mediata. Esto yo tampoco lo he afirmado alguna vez. Para tomar un ejemplo cercano a la realidad, cuando una organización criminal sobre una base comercial y sin ninguna coacción, solicita pasa-

(23) RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997, p. 89.

(24) FR.-CHR. SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter, Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, 1965, p. 168.

portes falsificados a un taller especializado en ello aunque no perteneciente a la organización, esto no constituye una autoría mediata sino solamente una inducción a la falsificación de documentos. Mas con ello no se ve relativizada sino realzada la importancia de la fungibilidad del ejecutor para la autoría mediata en el marco de los aparatos organizados de poder.

Finalmente se hace valer en contra del criterio de la fungibilidad el hecho de que el ejecutor directo podría dejar a salvo a la víctima y permitir que se escape, de manera que él tendría el único dominio sobre la producción del resultado y no podría hablarse de fungibilidad (25). Pero en los asesinatos masivos en los campos de concentración, que es el caso que tuve en mente en primer lugar cuando desarrollé la teoría del dominio de la organización, el cómplice individual apenas hubiera podido impedir la muerte de las víctimas a través de su negativa o inactividad. En el caso de los tiradores del Muro, que Herzberg también invoca como ejemplo, a primera vista parece ocurrir algo distinto (26). ¿Acaso el soldado fronterizo no hubiera podido simplemente errar deliberadamente el blanco o mirar a otro lado? Pero en tales casos los hechos no ocurren por regla general así. Y es que cuando un régimen adopta previsiones organizativas para impedir la «fuga de la república» en caso necesario disparando a matar, esto no puede ocurrir de tal manera que se permita dejar pasar sin trabas y sin que nadie lo note a los fugitivos. No se trataría de una organización funcional. Más bien tiene que crearse un sistema de vigilancia mutua de los puestos, tal como también se produjo en la República Democrática Alemana. Entonces, puesto que el matar a tiros dependía de «algunos pocos soldados», cuando gracias a la inactividad saboteadora de los soldados fronterizos tenía éxito una fuga (habría que aclarar si tal caso se presentó alguna vez), esto era, desde la perspectiva de los detentadores del poder, un fallo de la organización, una «avería».

Pero este no-funcionamiento es mucho más raro en una organización criminal que en la intervención de un instrumento no culpable o uno sometido a error, casos en los cuales, a nadie se le ocurre poner en duda la autoría mediata sólo por el hecho de que el intento podría fracasar en casos aislados. Pese a todo, al comparar los casos de asesinatos masivos nazis y los de los tiradores del Muro, se nota que la fungibilidad puede tener una medida variada según la organización

(25) HERZBERG (como en la 15), pp. 37 y ss.

(26) LANGNEFF, *Die Beteiligtenstrafbarkeit von Hintermännern innerhalb von Organisationsstrukturen beim vollverantwortlich handelndem Werkzeug*, 2002, pp. 151 y s., quien admite el criterio de la fungibilidad pero que rechaza también aquí una autoría mediata.

delictiva, de manera que resulta aconsejable no apoyar la autoría mediata exclusivamente en este criterio y en los demás presupuestos ya mencionados.

4. *La esencialmente elevada disponibilidad al hecho del ejecutor*

Es por eso que, en los últimos años (27), a los tres presupuestos ya mencionados del dominio de la organización he añadido una cuarta exigencia, siguiendo en ello parcialmente a Schroeder (28), Manfred Heinrich (29) y los trabajos de Schlösser y Urban (30): la esencialmente elevada «disponibilidad al hecho del ejecutor».

La Corte Suprema de Perú, en su sentencia contra Fujimori, ha tratado con más detalle este punto de vista al decir (31): «Los tres presupuestos hasta ahora analizados: poder de mando, apartamiento del derecho y fungibilidad, constituyeron por mucho tiempo los tres pilares básicos sobre los cuales Roxin apoyó su tesis de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados. Sin embargo, como se ha mencionado anteriormente, este autor en sus últimos estudios ha considerado la inclusión e integración de un cuarto presupuesto denominado: disponibilidad considerablemente elevada del ejecutor al hecho».

La Corte enfatiza que sobre este presupuesto hasta ahora no se habría alcanzado aun consenso, pero lo admite al señalar (32) que «el ejecutor que realiza la conducta delictiva desde una estructura de poder jerarquizado de naturaleza u origen estatal, pero apartada del Derecho actúa con una motivación distinta de aquel otro autor que pueda intervenir en la comisión particular de cualquier delito». Sólo que «la fungibilidad y la elevada disposición hacia la realización del hecho no deben ser apreciadas como presupuestos excluyentes ni mucho menos incompatibles entre sí» (33).

Yo estoy de acuerdo con esto pero opino, después de reflexionar una vez más, que si bien es correcto, para fundamentar la autoría mediata en el marco de aparatos organizados de poder, invocar «la

(27) Últimamente en el artículo «Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft», en: *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (ZStrR)*, tomo 125, 2007, pp. 1 y ss.

(28) SCHROEDER (como en la nota 24), p. 150.

(29) HEINRICH, *Rechtsgutszugriff und Entscheidungsträgerschaft*, 2002, pp. 271 y ss. (273).

(30) Cfr. nota 14.

(31) Como en la nota 10, p. 648 [n. d. Tr.: en la versión oficial publicada en la página web del Poder Judicial se trata de la página 649].

(32) Como en la nota 10, p. 649 [n. d. Tr.: página 650 en la versión oficial].

(33) Como en la nota 10, p. 648 [n. d. Tr.: no varía en la versión oficial].

considerablemente elevada disposición al hecho del ejecutor», no obstante esto no constituye un presupuesto autónomo sino que se deduce de los otros presupuestos del dominio de la organización.

Fueron muchos y variados los motivos que yo había hecho valer para la disposición esencialmente elevada al hecho del ejecutor en el marco de organizaciones delictivas (34). En primer lugar se tiene a la organización jerárquica, la cual ya por sí misma es idónea para provocar tal tendencia de adaptación. Luego está el «poder de mando» de los sujetos de detrás que, si bien no alcanza el grado de una coacción, puede acercarse a ella un buen trecho. Muchas veces el ejecutor dispuesto, en caso de negarse a obedecer, tendrá que temer la pérdida de su puesto, el desprecio de sus colegas u otras desventajas sociales, y con ello se verá apremiado hacia una mayor disponibilidad al hecho. Adicionalmente, el «apartamiento del Derecho» del aparato puede elevar la disponibilidad al hecho haciendo que el ejecutor ceda ante sus pretensiones de hacer carrera, su necesidad de figurar, su ceguera ideológica o incluso a motivaciones sádicas u otras de carácter criminal, suponiendo que no sería perseguido penalmente. Y finalmente, incluso la fungibilidad de los individuos puede llevar a una disposición al hecho cuando alguien que por sí solo nunca cometería tales hechos, sí lo hace diciéndose a sí mismo: «Si yo no lo hago, otros lo harán de todos modos».

Entonces, en la «esencialmente elevada disponibilidad al hecho» se trata de un fenómeno que si bien es sostenido por los tres «pilares básicos» del dominio de la organización (poder de mando, apartamiento del derecho, fungibilidad), también refuerza la fundamentación para afirmar la existencia del dominio del hecho del sujeto de detrás. Y es que el dominio del sujeto de detrás depende de la seguridad con la cual pueda imponerse la orden. Este dominio se ve considerablemente incrementado cuando, debido a las condiciones específicas de la organización, se pueda contar con una elevada disponibilidad al hecho del ejecutor.

VI. PALABRAS FINALES

Con esto he llegado al final de mi exposición, en la cual he tratado de presentar a ustedes la figura jurídica del dominio de la organización que yo he desarrollado. La influencia internacional que esta construcción especial de la autoría mediata ha alcanzado en las últimas

(34) Últimamente en *ZStrR*, tomo 125, 2007, p. 16.

décadas se debe a que las democracias reinstauradas, tras la caída de las dictaduras, están tratando cada vez más de superar los crímenes de los regímenes anteriores mediante procesos respetuosos de los principios del estado de Derecho, con los cuales se haga responder penalmente a los anteriores detentadores del poder. Creo que esto constituye un desarrollo digno de aplauso porque pone a la vista de los poderosos, de una manera que ojalá sea suficientemente preventiva, los riesgos que involucran el abuso de poder. También Chile ha experimentado diversas dictaduras en las últimas décadas. En este contexto tengo que dejar a juicio de ustedes el que la justicia chilena pueda sacar algún provecho de lo que acabo de exponer.

Agradezco la atención gentilmente dispensada.

La influencia de Welzel y del finalismo, en general, en la Ciencia del Derecho penal española y en la de los países iberoamericanos (1)

JOSÉ CEREZO MIR

Es para mi un gran honor poder colaborar en el Libro Homenaje al profesor Fritz Loos. Conocí al profesor Loos hace ya muchos años en Bonn, en los seminarios del profesor Welzel y desde entonces he seguido con gran interés su carrera docente e investigadora. Por ello, cuando el profesor Kai Ambos me sugirió como tema para mi contribución al Libro Homenaje la influencia de Welzel y del finalismo, en general, en España y en los países iberoamericanos, me pareció que era muy apropiado.

I. LA DIFUSIÓN DEL FINALISMO EN ESPAÑA E IBERO-AMÉRICA

La doctrina de la acción finalista fue dada a conocer en España por el profesor Rodríguez Muñoz en diversos artículos y sobre todo mediante su monografía «La doctrina de la acción finalista» (2). En esta obra hizo una exposición detallada de dicha doctrina y de sus consecuencias en la teoría del delito, así como una aguda crítica de las dificultades con que tropezaba entonces la doctrina de la

(1) Artículo que figura como Introducción en *Estudios Filosófico-jurídicos y penales del Prof. Fritz Loos. Homenaje a sus 70 años*, libro coordinado por Kai Ambos y Henning Radke, y publicado por la Editorial Jurídica de Chile, en enero de 2009.

(2) *La doctrina de la acción finalista*, Universidad de Valencia, 1953. Antes había publicado los artículos *La acción finalista en Derecho Penal*. Jus, marzo-abril 1944 y *Consideraciones sobre la doctrina de la acción finalista*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1953, fas. 2.º

acción finalista en los delitos culposos (3). Los jóvenes penalistas españoles prestaron gran atención a estas nuevas ideas. Por mi parte estuve en la Universidad de Bonn, trabajando bajo la dirección del profesor Welzel desde 1956 hasta 1960 y Córdoba Roda estuvo también largo tiempo trabajando junto al profesor Maurach en la Universidad de Múnich. Después de nuestro regreso a España, Córdoba Roda publicó dos importantes libros «El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito» (4) y «Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista» (5), así como la traducción del «Tratado de Derecho Penal», de Maurach, con extensas y elaboradas notas (6), en los que dió a conocer y llevó a cabo un detenido análisis crítico del finalismo en la versión de Maurach. Por mi parte, traduje al español la cuarta edición de «El nuevo sistema del Derecho Penal», de Welzel y la publiqué con una serie de notas en las que hacía un análisis crítico de su pensamiento, sobre todo en relación con el Derecho penal español (7). A continuación publiqué traducciones de la monografía de Stratenwerth «Das rechtstheoretische Problem der [Natur der Sache]» y la conferencia que Welzel pronunció en Madrid, en 1968, «La doctrina de la acción finalista, hoy» (8).

La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista fue muy intensa en los años sesenta y setenta del pasado siglo en España y en los países iberoamericanos, donde tuvieron una gran difusión las traducciones anteriormente mencionadas. Se tradujo también en Argentina la tercera edición de la Parte General del Manual de Welzel por

(3) Véase, a este respecto, mi artículo «Der finale Handlungs begriff als Grundlage des Strafrechtssystems. Eine Erörterung der Kritik von Rodríguez Muñoz an der Fahrlässigkeitsauffassung von Welzel», *Z. Str. W.*, tomo 71, 1959, Fasc. 1.º, pp. 44 y ss. (publicado también en español en el *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fasc. 3.º, 1959, «El concepto de la acción finalista como fundamento del sistema del Derecho penal»).

(4) Bosch, Barcelona, 1962.

(5) Ariel, Barcelona, 1963.

(6) En dos tomos, Ariel, Barcelona, 1962.

(7) HANS WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Ariel, Barcelona, 1964. Se ha publicado posteriormente una nueva edición de mi traducción y las notas, con una introducción del profesor uruguayo Gonzalo Fernández, por la editorial B de F, Buenos Aires-Montevideo, 2001. El profesor brasileño Luiz Regis Prado ha publicado una traducción al portugués de mi traducción y las notas: «O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista», edit. *Revista dos Tribunais*, Sao Paulo, 2001.

(8) GÜNTER STRATENWERTH, El problema de la [naturaleza de las cosas] en la teoría jurídica», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, Bd. VIII, Nr. 19, 1964; HANS WELZEL, «La doctrina de la acción finalista, hoy», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1968, Heft 2.

Carlos Fontán Balestra y Eduardo Frike, en 1956 (9) y en Chile la undécima edición, por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Román, en 1970 (10). También se tradujeron al español y se publicaron las obras fundamentales de Armin Kaufmann «Lo vivo y lo muerto en la teoría de las normas de Binding» (11) y «La dogmática de los delitos de omisión» (12), el «Derecho Penal. Parte General, I El hecho punible», de Stratenwerth (13), la actualización del Tratado de Maurach por Heinz Zipf y Karl Heinz Gössel (14), la monografía de Zielinski sobre el desvalor de la acción y el desvalor del resultado en el concepto de lo injusto (15), las Obras Completas de Hans Joachim Hirsch (16), así como numerosos artículos de otros representantes de la doctrina de la acción finalista (Struensee, Schöne) y de los anteriormente mencionados.

Con base en la doctrina de la acción finalista se han publicado en España y en los países iberoamericanos numerosos e importantes Manuales y Tratados de la Parte General del Derecho Penal. En Argentina Enrique Bacigalupo publicó sus «Lineamientos de la teoría del delito» (17), Eugenio Raúl Zaffaroni su famoso «Tratado de Derecho Penal», en cinco tomos, que ha ejercido una gran influencia

(9) HANS WELZEL, *Derecho Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1956.

(10) HANS WELZEL, *Derecho Penal Alemán. Parte General*, 11.ª ed., Edit. Jurídica de Chile, 1970.

(11) *Teoría de las normas. Fundamentos de la Dogmática penal moderna*, Depalma, Buenos Aires, 1977, traducida por Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés.

(12) *Dogmática de los delitos de omisión*, traducción por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 2000.

(13) La segunda edición fue traducida por Gladys Romero, Instituto de Criminología, Universidad Complutense de Madrid, 1982 y la cuarta por Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Thomson-Civitas, 2005.

(14) REINHART MAURACH-HEINZ ZIPF, *Derecho Penal. Parte General, I, Teoría general del Derecho Penal y estructura del hecho punible*, traducción de la 7.ª ed. por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Astrea, Buenos Aires, 1994; *Reinhart Maurach-Karl Heinz Gössel-Heinz Zipf, Derecho Penal. Parte General, 2, Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*, Astrea, Buenos Aires, 1995.

(15) DIETHART ZIELINSKI, *Handlungs-und Erfolgswert im Unrechtsbegriff, Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss*, Duncker Humblot, Berlín 1973, traducido por Marcelo A. Sancinetti, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito, Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito*, Hammurabi, Buenos Aires, 1990.

(16) *Derecho Penal. Obras Completas*, cuatro tomos, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999, 2000, 2003 y 2005.

(17) Buenos Aires, Astrea, 1974. Su posterior Manual *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 4.ª ed., Akal, Madrid, 1997, está muy influido por el pensamiento de Jakobs.

en toda Iberoamérica (18) y Edgardo Alberto Donna su «Teoría del delito y de la pena» (19) y recientemente ha publicado un primer tomo de un amplio Tratado (20). En Chile Enrique Cury y Luis Cousiño MacIver han publicado magníficos tratados de Parte General (21). En Brasil Heleno Claudio Fragoso publicó sus «Lições de Direito Penal. Parte Geral» (22), y Luiz Regis Prado ha publicado un «Curso de Direito Penal Brasileiro» (23); en Perú Felipe Villavicencio Terreros publicó sus «Lecciones de Derecho Penal. Parte General» (24) y en Ecuador Alfonso Zambrano Pasquel ha publicado un «Derecho Penal. Parte General» (25). En España he publicado un «Curso de Derecho Penal Español. Parte General», en tres tomos (26) y Cuello Contreras un primer tomo de un tratado riguroso y profundo (27).

(18) *Tratado de Derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, I, 1980, II, 1981, II, I 1981, IV 1982 y V, 1983. Antes había publicado una *Teoría del delito*, Buenos Aires, 1973 y el *Manual de Derecho penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 1979. En los últimos años ha publicado con sus discípulos Alejandro Alagia y Alejandro Slokar un Tratado más reducido *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, con otra orientación completamente diferente, de carácter político criminal y fuertemente politizada como consecuencia de las experiencias de las dictaduras militares argentinas.

(19) *Teoría del delito y de la pena. I Fundamentación de las sanciones penales y de la culpabilidad*, 2.ª ed. Astrea, 1996, 2 *Imputación delictiva*, Astrea, 1995.

(20) *Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos-Teoría de la ley penal*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006.

(21) Enrique CURY, *Derecho Penal. Parte General*, 7.ª ed., Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2005; antes había publicado una *Orientación para el estudio de la teoría del delito*, 1.ª ed., Valparaíso, 1969, 2.ª ed., 1973, Universidad Católica de Chile, Santiago, 1973; Luis COUSIÑO MACIVER, *Derecho Penal Chileno. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, 1975, Tomo II, 1979, Tomo III, 1992.

(22) 2.ª ed., José Bushatsky Editor, 1977.

(23) «Volume 1. Parte Geral», 7.ª ed., Edit. *Rev. Dos Tribunais*, 2007.

(24) Editorial Cuzco, Sociedad Anónima Editores, Lima, 1990.

(25) 3.ª ed., Ara editores, 2006.

(26) *I Introducción*, 6.ª ed., 2004, *II Teoría jurídica del delito*, 6.ª ed., 1998, y *III Teoría jurídica del delito/2*, 1.ª ed., 2001, Tecnos, Madrid. Mis *Obras Completas*, cuyo primer tomo es mi Parte General, han sido publicadas en Perú, México, Colombia y Brasil por la editorial ARA, de Lima, en coedición, en su caso, con editoriales de los otros países, en los años 2006 y 2007. Mi discípulo Juan Felipe Higuera Guimerá ha publicado una Parte general del Derecho penal militar español (*Curso de Derecho Penal Militar Español. I Parte General*, Bosch, Barcelona, 1990).

(27) *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito*, 3.ª ed., Dykinson, Madrid, 2002.

II. VIGENCIA DEL FINALISMO EN LA MODERNA CIENCIA DEL DERECHO PENAL Y EN LA LEGISLACIÓN DE ESPAÑA Y LOS PAÍSES IBEROAMERICANOS

El finalismo tiene aún hoy una gran vigencia en la Ciencia y en la legislación de España y los países iberoamericanos, a pesar de la difusión del sistema teleológico-valorativo y político criminal de Roxin y del funcionalismo sistémico de Jakobs (28). Vamos a comprobarlo en relación con los problemas centrales (29)

A) Los fundamentos metodológicos

La existencia de las estructuras lógico-objetivas mencionadas por Welzel –la estructura finalista de la acción humana, la relación lógico-objetiva de la participación con una conducta dolosa del autor y la estructura lógico-objetiva de la culpabilidad, que obliga a conceder relevancia al error de prohibición– así como su carácter vinculante para el legislador, si quiere anudar consecuencias jurídicas a las acciones y a la culpabilidad, fueron muy pronto reconocidas en España por el filósofo del Derecho Legaz Lacambra (30) y varios penalistas (31), en Argentina por Bacigalupo y Zaffaroni (32) y en

(28) KAI AMBOS afirma recientemente, en relación con América Latina, que: «En cualquier caso, si se analizan las obras de los autores modernos, se puede mantener –con cautela– que el finalismo y el (post) finalismo en el sentido del funcionalismo y normativismo moderado de Roxin es dominante»; véase «100 años de la “Teoría del delito”, de Beling, ¿Renacimiento del concepto causal del delito en el ámbito internacional?, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 09-05 (2007), p. 12; aunque posteriormente (véase lug. cit. p. 13), a la vista de los numerosos trabajos publicados sobre la imputación objetiva concluya que la doctrina de Roxin tiene una mayor vigencia.

(29) En el marco de este artículo no puedo ocuparme naturalmente de todos los problemas, ni exponer detalladamente todas las opiniones.

(30) LUIS LEGAZ LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1961, pp. 213-214 y 304 ff.

(31) La estructura ontológica de la acción humana y la vinculación del legislador a la misma fueron reconocidas por A. BERISTAIN, «Objetivación y finalismo en los accidentes de tráfico», separata de *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1963, pp. 21-22 y C. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, «Exposición crítica de la doctrina finalista de la acción», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, 1962, p. 276.

(32) BACIGALUPO, *Lineamientos de la teoría del delito*, p. 25; ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal*, II, pp. 298 y ss. Recientemente ZAFFARONI niega la vinculación del Derecho a las estructuras lógico-objetivas. El Derecho está vinculado únicamente al reconocimiento del ser humano como persona, como ser responsable;

Chile por Cury (33). En la moderna Ciencia del Derecho penal son reconocidas, por ejemplo, en España por Luis Gracia Martín (34) y Joaquín Cuello Contreras (35), en México por Moisés Moreno Hernández (36) y en Brasil por Luiz Regis Prado (37).

véase ZAFFARONI, - ALAGIA - SLOKAR, *Derecho Penal, parte general*, p. 330 y ¿Qué queda del finalismo en Latinoamérica?, en *Fundamentos de la Dogmática Penal y de la Política Criminal (Ontologismo o normativismo)*, Cepolcrim, México, 2002, pp. 118 y ss. («Los datos ónticos son una barrera en la construcción de los conceptos, pero no lo imponen, sólo lo condicionan»).

(33) E. CURY, *Derecho Penal, Parte General*, 1.^a ed., I, 1982, pp. 311-312 («Las estructuras lógico-objetivas son órdenes de relación ontológicos o axiológicos, según los cuales la elección de un cierto objeto de valor trae aparejada, necesariamente, la aceptación de otros objetos o valoraciones, cuya presencia o vigencia es condicionada por el primero»); en el Prólogo a la séptima edición advierte que no ha cambiado de opinión, véase p. 27.

(34) *Fundamentos de Dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, Idemsa, Lima, 2005, pp. 94 y ss.; «El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito», en *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad, Homenaje en el centenario del nacimiento de Hans Welzel*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2005, pp. 95 y ss. y en «Problemas capitales del moderno Derecho Penal». Lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Hans Welzel en la política criminal y la dogmática penal del siglo XXI. *Libro Homenaje a Hans Welzel con motivo del 100 aniversario de su natalicio (1904-2004)*, Cepolcrim, México, 2005 pp. 161 y ss.

(35) *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito*, pp. 439 y ss. Al modo de Armin Kaufmann, concibe las estructuras lógico-objetivas como la relación necesaria de correspondencia entre una regulación jurídica y una estructura óntica. La estructura óntica de la acción y de la culpabilidad se deducen, según Cuello Contreras, de la idea de fin. La validez de las normas tiene que partir del presupuesto, de que el que las infringe es un sujeto, es decir alguien que actúa conforme a sentido. La culpabilidad es imputación a un sujeto y, por ello, la capacidad de motivación es un presupuesto de la imputación.

(36) «El ontologismo de Welzel y sus implicaciones en la política criminal latinoamericana», en *Fundamentos de la Dogmática Penal y de la Política Criminal (Ontologismo o normativismo)*, pp. 131 y ss. «Ontologismo o normativismo como base de la dogmática penal y de la política criminal», en *Fundamentos de la Dogmática Penal y de la Política Criminal (Ontologismo o normativismo)*, pp. 75 y ss., 92 y ss. y 99 y ss. y en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Congreso Internacional, Facultad de Derecho de la UNED, Madrid, 2000, pp. 579 y ss. «El finalismo y sus implicaciones en la Dogmática Penal y la Política Criminal», en *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*, pp. 171 ff., «El ontologismo de Welzel como fundamento de la dogmática penal y de la política criminal», en *Problemas capitales del moderno Derecho Penal. Lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Hans Welzel en la política criminal y la dogmática penal del siglo XXI*, pp. 187 y ss. Moisés Moreno sustentó ya las ideas básicas del finalismo en su tesis doctoral *Der finale Handlungsbegriff und das mexikanische Strafrecht* Bonn, 1977.

(37) LUIZ REGIS PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, 1, pp. 102, 112 y 305 y ss.

Por mi parte, me adherí a la tesis de Stratenwerth, según la cual las estructuras lógico-objetivas pertenecen a la esfera del ser, pero se destacan solo de la multitud de datos ópticos como esenciales para la regulación jurídica desde un determinado punto de vista: la concepción del ser humano como persona (38). Si las estructuras lógico-objetivas mencionadas por Welzel son solo perceptibles y se destacan como esenciales desde el punto de vista de la concepción del ser humano como persona, los conceptos correspondientes no serán ya puramente ontológicos, pues en ellos habrá ya un componente normativo (39). Esto podemos verlo con toda claridad en los conceptos finalistas de acción y de omisión. Si el Derecho parte de la concepción del ser humano como persona se destaca, según Stratenwerth, la estructura finalista de la acción humana como esencial para la valoración jurídica. Solo las acciones finalistas aparecen entonces como conductas específicamente humanas y pueden ser objeto de la valoración jurídica. Una conducta no finalista (como los movimientos corporales durante un ataque epiléptico, los movimientos reflejos en sentido estricto, los movimientos corporales durante el sueño –piénsese en el sonámbulo–, etc.) no puede ser considerada entonces como una conducta humana. El concepto de omisión, desarrollado por Armin Kaufmann, como la no realización de una acción que el sujeto podía realizar en la situación concreta en que se hallaba, está vinculado también, a mi juicio, a la concepción del ser humano como persona. Fuera del concepto de omisión quedan entonces las actitudes puramente pasivas, en las que faltaba la concreta capacidad de acción (40).

(38) G. STRATENWERH, *Das rechtstheoretische Problem der «Natur der Sache»*, Mohr, Tübingen, 1957, pp. 13 y ss. («El problema de la “naturaleza de las cosas” en la teoría jurídica», traducido por mi y publicado en la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, Vol. VIII, Núm. 19, 1964, pp. 12 y ss.).

(39) Véase mi artículo «Ontologismus und Normativismus im Finalismus der fünfziger Jahre, en *Menschengerechtes Strafrecht*», *Festschrift für Albin Eser*, Verlag C.H. Beck, München, 2005, p. 111 (publicado también en español «Ontologismo y normativismo en el finalismo de los años cincuenta», en *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad, Homenaje en el centenario del nacimiento de Hans Welzel*, p. 63, y en *Problemas capitales del moderno Derecho Penal, Lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Hans Welzel en la política criminal y la dogmática penal del siglo XXI*, p. 158).

(40) Véase mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, II, Teoría jurídica del delito*, pp. 48 y ss.

Un problema diferente es si el Derecho tiene que partir necesariamente de la concepción del ser humano como persona. Este problema no se puede resolver con seguridad desde la esfera del ser (41) (42). Desde el punto de vista del deber ser se puede considerar, con Welzel, que el respeto a la dignidad de la persona humana, el reconocimiento del ser humano como persona autónoma es un principio material de justicia de validez a priori. Si el Derecho no quiere ser mera fuerza, mero terror, si quiere obligar a los ciudadanos en su conciencia tiene que reconocer al hombre como persona, como ser responsable (43).

B) Los conceptos en la dogmática

a) *El concepto finalista de la acción.*

El concepto finalista de la acción es sustentado no solo por los penalistas que aceptan la existencia de estructuras lógico-objetivas y su carácter vinculante para el Derecho, sino también por otros que lo asumen únicamente como un concepto jurídico. Este es el caso en

(41) Véase, a este respecto, mis artículos, «La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica», separata de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1961, pp. 29-30 y *Ontologismus und Normativismus im Finalismus der fünfziger Jahre*, pp. 112-113. (*Ontologismo y normativismo en el finalismo de los años cincuenta*, pp. 60-61).

(42) Por ello considero que no es correcto considerar la concepción del ser humano como persona, como ser responsable, como una estructura lógico-objetiva, como hacen, por ejemplo, ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal*, II, pp. 301, 303-304, ZAFFARONI - ALAGIA - SLOKAR, *Derecho Penal, Parte General*, p. 330, Moisés MORENO, *El ontologismo de Welzel y sus implicaciones en la política criminal latinoamericana*, p.151, *Ontologismo o normativismo como base de la dogmática penal y de la política criminal*, pp. 81-82, *El finalismo y sus implicaciones en la Dogmática Penal y la Política Criminal*, pp. 174, 202, *El ontologismo de Welzel como fundamento de la dogmática penal y de la política criminal*, pp. 190 y 200, Luis GRACIA MARTÍN, Prólogo a *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, de M.^a Ángeles RUEDA MARTÍN, J. M.^a Bosch Editor, Barcelona, 2001, p. 31, *Fundamentos de Dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal* pp. 101 ff (la estructura del objeto de la regulación jurídica condiciona también el criterio valorativo decisivo) y Luiz REGIS PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro, Vol. 1, Parte Geral*, pp. 307-308.

(43) Véase, a este respecto, mi artículo, *Ontologismus und Normativismus im Finalismus der fünfziger Jahre*, p. 112 (*Ontologismo y normativismo en el finalismo de los años cincuenta*, p. 60).

España de Córdoba Roda (44) y Muñoz Conde (45), en Chile de Etcheberry (46), en Argentina de Zaffaroni-Alagia-Slokar (47) y Donna (48), en Perú de Villavicencio Terreros (49), en Ecuador de Zambrano Pasquel (50) y en Brasil de Heleno Claudio Fragoso (51) y Miguel Reale junior (52).

(44) *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista*, pp. 86-87. Según Córdoba Roda, la acción en sentido amplio, que comprende la omisión es «la actividad humana definida por la categoría de la finalidad»; *Comentarios al Código penal*, por CORDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO, I, Ariel, Barcelona, 1972, p. 5 y *Zum Verbrechensbegriff im spanischen Strafrecht*, Festschrift für R. Maurach, C.F. Müller Verlag, Karlsruhe 1972, p. 630. Véase un análisis crítico de su opinión en mi *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, II, S. 40.

(45) MUÑOZ CONDE, *Teoría general del Delito*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pp. 25 y ss. (aunque en F. Muñoz Conde-M. García Arán, *Derecho Penal, Parte General*, 6.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 213 y ss., toma el concepto finalista de la acción únicamente como punto de partida y se inclina por el concepto significativo de acción de Vives Antón).

(46) Alfredo ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, Tomo Primero, Parte General, 2.^a ed., Editora Nacional Gabriela Mistral, Santiago de Chile, 1976, pp. 125 ff.

(47) *Derecho Penal, Parte General*, pp. 381 y ss., y 394 y ss. Aunque definen la acción como «un comportamiento humano (por ende, conforme a sentido) que se exterioriza con efectos en cierto contexto mundano», exigen la finalidad como un elemento imprescindible de este concepto jurídico-penal pretípico. Con ello se garantiza del mejor modo posible la vigencia del principio de que no hay delito sin acción. También en los delitos imprudentes y en los delitos de omisión («aliud agere») hay una acción finalista.

(48) Aun cuando su concepto finalista difiere del formulado por Welzel; para Donna la acción no es solo una conducta finalista sino también libre. «Para nosotros libertad, finalidad y voluntad son sinónimos en el sentido de dirección del proceso causal». El toma su concepto de acción libre de Hruschka. Una acción no es libre «cuando la necesidad o la ignorancia impiden la imputación del proceso o la acción». Como ejemplos cita él los casos de vis absoluta, del error de tipo, del estado de necesidad exculpante, del error de prohibición o de una enfermedad mental. Véase *Derecho Penal, Parte General*, S. 55 y ss. Su opinión no me parece convincente. Las acciones de los inimputables, por ejemplo, no son libres, pero su estructura sigue siendo finalista. La libertad de la voluntad no es un presupuesto de una acción finalista, sino de su imputación.

(49) *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, p. 111 y ss.

(50) *Derecho Penal, Parte General*, pp. 22 y ss.

(51) *Lições de Direito Penal, Parte Geral*, pp. 167-168.

(52) Aunque considera que cada asignación de un fin incluye una relación valorativa. Junto a la finalidad aparece, por tanto, como elemento esencial de la acción una «intencionalidad conforme a sentido» «El fin es siempre un valor actualizado». La acción tiene una naturaleza axiológico-finalista, que constituye su estructura ontológica. La imputabilidad es, por ello, para Reale un presupuesto de la acción y no de la culpabilidad. Véase, *Instituições de Direito Penal, Parte Geral, I*, Edit. Forense, Rio de Janeiro, 2006, pp.128 y ss., y especialmente pp. 131-132.

b) *La concepción personal de lo injusto.*

La concepción personal de lo injusto ha hallado una amplia acogida en España y en Iberoamérica. El dolo y la culpa no son concebidos ya por muchos penalistas y algunas legislaciones como formas de la culpabilidad. Se distingue entre los tipos dolosos e imprudentes (así como entre los tipos de los delitos de acción y de omisión).

b') *Lo injusto de los delitos dolosos.*

La inclusión del dolo en el tipo de lo injusto de los delitos dolosos se ha impuesto plenamente en España. La llevan a cabo no solo los finalistas, sino también otros muchos penalistas. La pertenencia del dolo al tipo de lo injusto de los delitos dolosos se deriva no solo de la estructura finalista de la acción humana, como dato óptico (53), sino también de argumentos sistemáticos (los conocidos argumentos de la existencia de otros elementos subjetivos de lo injusto, la punición de la tentativa, la existencia en algunos tipos de verbos de significado inequívocamente finalista), de la concepción de la antijuridicidad como infracción de una norma de determinación (prohibiciones o mandatos) (54) y de la función de motivación de los tipos penales (55). En Iberoamérica la inclu-

(53) Véase, en este sentido, Luis GRACIA MARTÍN, «Fundamentos de Dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal», pp. 102-103; «El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito», en «Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad» pp. 107 y ss. y en «Problemas capitales del moderno Derecho Penal, lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Hans Welzel en la política criminal y la dogmática penal del siglo XXI», pp. 170 y ss. y J. Cuello Contreras, *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito*, pp. 412 y ss. y 439 y ss. Como puso de manifiesto Stratenwerth, si el Derecho parte de la concepción del hombre como persona se destaca como esencial para la valoración jurídica la estructura finalista de la acción humana. La voluntad de realización tiene que ser entonces necesariamente objeto de la valoración jurídica. De la concepción del hombre como ser responsable y de la estructura finalista de la acción humana no puede deducirse, sin embargo, a mi juicio, que la voluntad de realización sea objeto precisamente del juicio desvalorativo de la antijuridicidad; véase mi artículo, «Ontologismus und Normativismus im Finalismus der fünfziger Jahre», pp. 111-112. («Ontologismo y normativismo en el finalismo de los años cincuenta», en «Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad, Homenaje en el centenario del nacimiento de Hans Welzel», pp. 63-64, y en «Problemas capitales del moderno Derecho Penal, lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Hans Welzel en la política criminal y la dogmática penal del siglo XXI», pp. 158-159).

(54) Véase mi «Curso de Derecho Penal Español, Parte General», II, pp. 124 y ss.

(55) Véase, en este sentido, Enrique Gimbernat Ordeig, «El sistema del Derecho Penal en la actualidad», separata del *Anuario de Ciencia Jurídica*, 1, 1971-1972, pp. 277 y ss., incluido en sus *Estudios de Derecho Penal*, 3.ª ed., 1990, pp. 170 y ss., y en «Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, *Festschrift für H. Henkel*,

sión del dolo en el tipo de lo injusto de los delitos dolosos, sustentada por los finalistas, ha hallado también una amplia acogida (56). Los

Walter de Gruyter, Berlín-New York, 1974, S. 154 ff. La pertenencia del dolo al tipo de lo injusto de los delitos dolosos es sustentada también, por ejemplo, por CORDOBA RODA, *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito*, pp. 79-80, notas a la traducción del *Tratado de Derecho Penal*, de Maurach, I, pp. 301 y ss. y 370 y ss. «Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista», pp. 93 y ss., MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 265 y ss., MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, 7.ª ed., B. de F, Montevideo-Buenos Aires, 2004, pp. 259 y ss., LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal, Parte General, I*, Editorial Universitas S.A., 1996, pp. 331-332 y 390, BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal, Parte General*, 4.ª ed. Akal Iure, Madrid, 1997, pp. 223-224, J. J. BUSTOS RAMÍREZ-H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal*, tomo. II, Trotta, Madrid, 1999, pp. 59 y ss., *Nuevo sistema de Derecho Penal*, Trotta, Madrid, 2004, p. 83, y J. M. ZUGALDÍA ESPINAR, *Derecho Penal, Parte General*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 486 y ss.

(56) Véase, por ejemplo, E. RAÚL ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal, III*, pp. 27 y 295 y ss., E. R. ZAFFARONI, A. ALAGIA, A. SLOKAR, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 495 y ss., E.A. DONNA, *Teoría del delito y de la pena, 2, Imputación delictiva*, S. 12 y ss. y 89, MOISÉS MORENO HERNÁNDEZ, «El finalismo y sus implicaciones en la Dogmática Penal y la Política Criminal», en *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*, pp. 191 y ss., E. CURY, *Derecho Penal, Parte General*, 7.ª ed., p. 303, L. COUSIÑO, *Derecho Penal Chileno, I*, pp. 642 y ss., Heleno CLAUDIO FRAGOSO, *Lições de Direito Penal, Parte Geral*, pp. 173-174, 180 y 190, L. REGIS PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro, I, Parte Geral*, pp. 355 y ss. y 364 y ss., Miguel REALE junior, *Instituições de Direito Penal, Parte Geral, I*, pp. 136, 140 y 149 ff. (aunque para él, el dolo no es solo querer, sino querer con una intencionalidad axiológicamente significativa, en el sentido de una disminución del valor), Fernando VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho Penal, Parte General*, 3.ª ed., Temis, Bogotá, 1997 p. 406, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 2.ª ed. Temis, Bogotá, 2004, pp. 282-284, F. VILLAVICENCIO TERREROS, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, p. 132, y especialmente pp. 137-138 y 143-144, Raúl PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*, 3.ª ed., Grijley, Lima, 1997, pp. 292 y 362-363, Alonso PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho Penal Peruano, I. Teoría General de la Imputación del Delito*, Rodhas, 2004, pp. 177 y ss., Javier VILLA STEIN, *Derecho Penal, Parte general*, 2.ª ed., San Marcos, Lima, 2001, pp. 252-254, J. HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal, Parte General, I*, 3.ª ed. Grijley, Lima, 2005, pp. 447-448, Carlos DAZA GÓMEZ, *Teoría general del delito*, 5.ª ed., México, 2006, pp. 99 y ss. Alejandro RODRÍGUEZ BARILLAS, en J. L. Díez Ripollés-E. Jiménez-Salinas Colomer, *Manual de Derecho Penal Guatemalteco, Parte General*. Librerías Artemis Edinter, Guatemala, 2001, pp. 174 y ss. 179, 183, 199-200, ZAMBRANO PASQUEL, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 32 y ss., 45-46, 65 y ss., 75, y Fernando VILLAMOR LUCÍA, *Derecho Penal Boliviano, Parte General, I*, 2.ª ed., La Paz, Bolivia, 2007, pp. 210-211 (aunque al parecer –véanse pp. 167 y 233– atribuye al dolo una doble posición: el dolo sería un elemento de lo injusto, como forma de la culpabilidad contendría, además, un sentimiento de hostilidad o indiferencia frente al ordenamiento jurídico). Alfredo Etcheberry, aunque sustenta el concepto finalista de la acción rechaza la inclusión del dolo en el tipo de lo injusto de los delitos dolosos, pues según él la palabra dolo y sobre todo su denominación como malicia significa en la lengua española una voluntad valorada, una voluntad culpable (que en su opinión

modernos códigos penales que contienen una definición (en sí innecesaria) del dolo, lo conciben simplemente como conciencia y voluntad de la realización del tipo (sin referencia alguna a la conciencia de la antijuridicidad, es decir al *dolus malus*) (57).

b´) Lo injusto de los delitos imprudentes.

A pesar de las dificultades con que tropezó la doctrina de la acción finalista en los delitos imprudentes y que dieron lugar a que Welzel cambiara varias veces de opinión (58), la concepción personal de lo injusto en los delitos imprudentes se ha impuesto también en España y en Iberoamérica. La infracción de un deber objetivo de cuidado ha hallado un amplio reconocimiento como elemento del tipo de los deli-

supone conocimiento, incluso de la antijuridicidad, voluntad y libertad externa, es decir una motivación normal); véase *Derecho Penal, I, Parte General*, pp. 194 y ss. y 206 y ss. Sobre estas supuestas dificultades lingüísticas, véase CURY, *Derecho Penal, Parte General*, 7.ª ed., p. 306, y en relación con las objeciones similares de Córdoba Roda, mi artículo «La conciencia de la antijuridicidad en el Código Penal español», separata de la *Revista de Estudios Penitenciarios*, Madrid, 1964, pp. 4 y ss. (incluido en mi libro *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1982, pp. 75 y ss. y en mis *Obras Completas*, II, Ara, Lima, 2006, pp. 134 y ss.).

(57) Véase, por ejemplo, el art. 14 del Código Penal boliviano de 1997 (en cuya parte general influyó considerablemente Stratenwerth), el art. 14. del Código Penal del Ecuador (véase, a este respecto, ZAMBRANO PASQUEL, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 121-122), el art. 18, I del Código Penal brasileño, el art. 17 del Código Penal paraguayo de 1997 (en el que influyó decisivamente Schöne y del que se deduce con toda claridad que el dolo y la culpa no son formas de la culpabilidad, sino que dan lugar a la existencia de tipos diferentes), el art. 22 del Código Penal colombiano del año 2000, el art. 9 del Código Penal federal mexicano, en la redacción de 1984 (muy influida por Moisés Moreno) y el art. 18 del Código Penal para el Distrito Federal de México de 16 de julio de 2002. En México se llevó a cabo incluso, en los años 1993 y 1994, una reforma de los artículos 16 y 19 de la Constitución y del art. 168 del Código federal de procedimientos penales que favorecía la difusión de la concepción personal de lo injusto. Se sustituyó el concepto de *corpus delicti* (cuya prueba era el requisito indispensable para llevar a cabo una detención y poner en marcha una persecución judicial formal) por el concepto de tipo, entre cuyos elementos se mencionaba expresamente el dolo y la culpa. Estas reformas dieron lugar a una intensa polémica y fueron anuladas en el año 1999. Véase, a este respecto, Moisés MORENO HERNÁNDEZ «Reformas penales de 1993-1994» y «Análisis de la iniciativa de reformas constitucionales en materia penal (artículos 16 y 19)», en *Política Criminal y Reforma Penal. Algunas bases para su democratización en México*, Cepolcrim, México, 1999, pp. 181 y ss. y 219 y ss. «Las transformaciones de la legislación penal mexicana en los últimos veinte años», en *Comentarios en torno al Nuevo Código Penal para el Distrito Federal*, Cepolcrim, México, 2003, pp. 23 y ss. y 38 y ss., y José Nieves LUNA CASTRO, El concepto de tipo penal en Méjico, 3.ª ed., Porrúa, México, 2003, pp. 77 y ss. y 205 y ss.

(58) Véase, a este respecto, mi artículo «Der finale Handlungsbegriff als Grundlagedes Strafrechtssystems», *Z.Str.W.* tomo 71, 1959, fasc. 1.º, pp. 44 y ss. y mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, II, pp. 34 y ss.

tos imprudentes (59) (60). El deber de cuidado es concebido también a veces como un deber subjetivo para tener en cuenta no solo los conocimientos, sino también las capacidades individuales (61).

(59) Sobre su aceptación en la Ciencia del Derecho penal española y en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, véase mi *Curso de Derecho Penal Español, parte general*, II, pp. 173-174. La pertenencia de la infracción del cuidado objetivamente debido al tipo de lo injusto de los delitos imprudentes es reconocida también, por ejemplo, por CÓRDOBA RODA, «El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito», pp. 76, 77 y 80, notas a la traducción del *Tratado de Derecho Penal*, de Maurach, II, pp. 257 y ss., «Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista», pp. 90 y ss., «Die Regelung der Fahrlässigkeit im spanischen Strafrecht», *Z.Str.W.*, tomo 81, 1969, fasc. 2.º, pp. 432 y ss., E. GIMBERNAT «La causalidad en Derecho Penal», *Anuario de Derecho Penal*, 1962, pp. 567-568, «Delitos cualificados por el resultado y causalidad», Reus, Madrid, 1966, pp. 87-88, «El sistema del Derecho Penal en la actualidad», en *Estudios de Derecho Penal*, 3.ª ed., 1990, pp. 174-175, nota 40, «Introducción a la Parte General del Derecho Penal español», Universidad Complutense, Madrid, 1979, p. 127, A. Torío, «El conocimiento de la antijuridicidad en los delitos culposos», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1980, fasc. 1.º, p. 87, Carlos M.ª ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal, I. La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, Bosch, Barcelona, 1981, pp. 221 y ss., MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 284 y ss., LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal, parte general, I.*, pp. 495 y ss., y J.J. BUSTOS RAMÍREZ-H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal*, II, pp. 171 y ss. y *Nuevo sistema de Derecho Penal*, pp. 98 y ss.

(60) Fue decisiva para la difusión de esta concepción en Iberoamérica la monografía de Juan BUSTOS RAMÍREZ, *Culpa y Finalidad (Los delitos culposos y la teoría final de la acción)*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1967. Posteriormente ha publicado otro libro *El delito culposo*, Edit. Jurídica de Chile, 1995, en el que expone la evolución de la dogmática de los delitos imprudentes desde el punto de vista político criminal. La infracción de un deber objetivo de cuidado es considerada también como un elemento del tipo de los delitos imprudentes en Iberoamérica, por ejemplo, por E. RAÚL ZAFFARONI *Tratado de Derecho penal*, III, pp. 389 y ss. y 393 y ss., E. CURY, *Derecho Penal, Parte General*, 7.ª ed., pp. 331 y ss., L. COUSIÑO, *Derecho Penal Chileno, parte general I*, pp. 838 y ss. y 847-848, Moisés MORENO, *El finalismo y sus implicaciones en la Dogmática Penal y la Política Criminal*, p. 192, H. CLAUDIO FRAGOSO, *Lições de Direito Penal, parte geral*, p. 241 y ss., L. REGIS PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, 1, pp. 376 y ss., Miguel REALE junior *Instituições de Direito Penal, parte geral*, I, pp. 149 y ss. y 234 y ss., F. VELÁSQUEZ, *Derecho Penal, parte general*, pp. 433 y ss., *Manual de Derecho Penal, Parte General*, pp. 313 y ss., PEÑA CABRERA, *Estudio Programático de la Parte General*, pp. 511 y ss., VILLA STEIN, *Derecho Penal, parte general*, pp. 267 y ss., ZAMBRANO PASQUEL, *Derecho Penal, parte general*, pp. 36 y ss., 97 y ss., 105 y ss., 110 f y H. Aníbal DE LEÓN VELASCO, en Díez Ripollés-Giménez de Salinas, a *Manual de Derecho Penal Guatemalteco, parte general*, pp. 227 y ss.

(61) Véase, por ejemplo, BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal, parte general*, pp. 240-241 y 243, ZUGALDÍA, «La infracción del deber individual de cuidado en el sistema del delito culposo», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1984, fasc. 2.º, pp. 328 y ss. y *Derecho Penal, parte general*, pp. 415-416, 486 y 531 y ss., Zaffaroni, ALAGIA, SLOKAR, *Derecho Penal, parte general*, pp. 531-532,

Las opiniones de los penalistas españoles e iberoamericanos difieren con frecuencia a la hora de fijar los criterios para determinar el cuidado objetivamente debido y de determinar los restantes elementos del tipo de los delitos imprudentes (además de la infracción del cuidado objetivamente debido y el resultado). En mi opinión, el resultado tiene que ser consecuencia precisamente de la inobservancia del cuidado objetivamente debido (el llamado nexo de antijuridicidad). La acción que no responde al cuidado objetivamente debido y que ha causado el resultado no sería típica si el resultado se hubiera producido igualmente, con una probabilidad rayana en la certidumbre, si el sujeto hubiera observado el cuidado debido. El resultado causado tiene que ser, además, uno de los resultados que pretendía evitar la norma de cuidado infringida (62).

Un eco escaso ha hallado la opinión radical de Struensee, según el cual la acción finalista, presente también en todo delito imprudente, sería relevante para el tipo no solo en relación con los medios elegidos y la forma de su utilización, sino también en relación con el fin perseguido. La finalidad no se dirigiría ciertamente hacia la producción del resultado típico, pero sí hacia los factores de riesgo relevantes para el tipo (no respetar un semáforo en rojo, cortar una curva sin visibilidad, etc.) (63). Los defensores de esta opinión admiten también consecuentemente la existencia de un tipo subjetivo en los delitos imprudentes (64).

c) *Desvalor de la acción y desvalor del resultado.*

En la concepción personal de lo injusto se distingue, por tanto, junto al desvalor del resultado un desvalor de la acción. En los delitos

A. R. PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho Penal Peruano, Teoría general de la imputación del delito*, pp. 404 y ss., y Fernando VILLAMOR, *Derecho Penal Boliviano, Parte General*, I, p. 221 (la definición de la culpa en el art. 15 del Código penal boliviano parte, a mi juicio, de una concepción subjetiva del deber de cuidado).

(62) Véase mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, II, pp. 179 y ss. y 183 y ss., donde expongo y analizo las diversas opiniones.

(63) Véase mi análisis crítico de la opinión de Struensee, en *Curso de Derecho Penal Español, Parte General* II, pp.166-167.

(64) Véase, en este sentido, J. CUELLO CONTRERAS, *Culpabilidad e imprudencia*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, pp. 182 ff., *El Derecho Penal Español, Parte General*, pp. 471-473, y J. L. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Teoría del delito imprudente (Doctrina general y regulación legal)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 79 y ss. 110-111, 116 y ss., 153-155, 202-204 y 206 y ss. Alicia Gil rechaza la existencia de un tipo subjetivo en los delitos imprudentes, pero considera que la finalidad en relación con los medios elegidos y la forma de su utilización es irrelevante para el tipo de los delitos imprudentes. La finalidad es sólo relevante para averiguar la índole de la acción realizada y por tanto la norma de cuidado que debía ser observada; véase *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*, Atelier, Barcelona, 2007, pp. 25 y ss.

dolosos el desvalor de la acción consiste no solo en el dolo, en los restantes elementos subjetivos de lo injusto cuando los haya y en los deberes jurídicos específicos que obligaban al autor en los delitos especiales, sino también en el modo, forma o grado de realización de la acción y así mismo, a mi juicio, en la peligrosidad de la acción desde un punto de vista *ex ante*. En los delitos imprudentes el desvalor de la acción consiste en la infracción del deber de cuidado (concebido por la mayor parte de los penalistas de un modo objetivo). El desvalor del resultado consiste, tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes, en la lesión o peligro del bien jurídico protegido (65).

La relación entre el desvalor de la acción y el desvalor del resultado ha sido siempre objeto de discusión en la escuela finalista. Según Welzel y Armin Kaufmann lo injusto de los delitos dolosos y de los delitos imprudentes queda ya constituido con el desvalor de la acción. Con la tentativa acabada y la realización de la acción que no responde al cuidado objetivamente debido quedan ya plenamente infringidas las normas prohibiciones correspondientes. En los delitos dolosos, no obstante, la producción del resultado incrementa lo injusto y pertenece aún al tipo. En los delitos imprudentes la producción del resultado pertenecía aún para Welzel al tipo, pero llevaba a cabo únicamente una función de selección dentro de las conductas antijurídicas desde el punto de vista de la punibilidad. Esta restricción de la punibilidad puede obedecer, según Welzel a razones de practicabilidad y sobre todo al sentimiento irracional «de que la cosa no era tan grave, cuando todo ha terminado bien». Para Armin Kaufmann la producción del resultado era solo una condición de punibilidad de las acciones imprudentes típicas y antijurídicas (66). Zielinski fue aún más lejos y consideraba que lo injusto de los delitos dolosos e imprudentes quedaba agotado con el desvalor de la acción. La producción del resultado depende siempre del azar, cumple solo una función de manifestación de lo injusto y condiciona la necesidad de pena (67).

(65) Véase mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, II, pp. 154 y ss. y 186 y ss.

(66) Véase H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., Walter de Gruyter, Berlín, 1969, pp. 62 und 136, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, Verlag O. Schwartz, Göttingen, 1961, pp. 29-30 y 36-37 (*El nuevo sistema del Derecho Penal*, pp. 67-68 y 75-76), «Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, Zur Dogmatik der fahrlässigen Delikt», Verlag C.F. Müller, Karlsruhe, 1961, p. 21, Armin KAUFMANN, «Zum Stand der Lehre vom personalen Utrecht», *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlín/New York, 1974, pp. 395-396, 403 y ss., y 411 ya antes en «Das fahrlässige Delikt», separata de la *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1964, pp. 43-44.

(67) Véase Diethart ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, Duncker-Humboldt, Berlín 1973, especialmente pp. 128 y ss., 135 y ss., 152 y ss., 168 y ss., 185 y ss., 205 y ss., 209 y ss. y 308-309.

Todas estas opiniones han hallado eco en la Ciencia del Derecho penal española y en la de los países iberoamericanos (68). Ellas parten, sin embargo, de la equiparación equivocada entre infracción de la norma y antijuridicidad. Es cierto que con la tentativa acabada y la acción que no responde al cuidado objetivamente debido quedan ya plenamente infringidas las normas prohibitivas correspondientes. La función de las normas consiste, sin embargo, en la protección de los bienes jurídicos y reciben únicamente su sentido de dicha función. Se exige, por ello, que entre el desvalor de la acción y el desvalor del resultado, tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes, exista una conexión interna. Dicha conexión falta en los delitos dolosos si el resultado concreto no está comprendido por el dolo (en los supuestos de *aberratio ictus* o de error en el objeto) y en los delitos imprudentes si el resultado no es consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido (nexo de antijuridicidad) o no es de aquellos que quería evitar la norma de cuidado infringida. Por ello lo injusto de los delitos dolosos y de los delitos imprudentes queda solo constituido cuando al desvalor de la acción se añade el desvalor del resultado (69).

(68) Las opiniones de Welzel y Armin Kaufmann son seguidas por E. CURY, *Derecho Penal, Parte General*, 7.ª ed., pp. 346-347, y L. COUSIÑO, *Derecho Penal Chileno, Parte General*, I, pp. 844 y ss. II, pp. 78 y ss. La concepción de Armin Kaufmann ha hallado eco incluso en el nuevo Código penal paraguayo (en el que ejerció una gran influencia Schöne): para la tentativa acabada se establece una atenuación meramente facultativa y para la tentativa inacabada una atenuación obligatoria de la pena del delito consumado. (Véanse los arts. 27 y 67). En España Esteban Sola considera que lo injusto de los delitos dolosos queda ya constituido con el desvalor de la acción. En el desvalor de la acción incluye el modo, forma o grado de realización de la acción típica, su peligrosidad, el dolo y los deberes jurídicos específicos en los delitos especiales; véase Esteban SOLA RECHE. «La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1994, fasc. 1.º, pp. 170 y 173-174 y «La llamada “tentativa inidónea” de delito. Aspectos básicos», Comares, Granada, 1996, pp. 108 y ss. La opinión radical de Zielinski ha hallado eco en CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español, Parte General, Nociones introductorias. Teoría del delito*, pp. 437 y 476 y ss., y J. L. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Teoría del delito imprudente. (Doctrina penal y regulación legal)*, pp. 249 y ss. Cuello Contreras, rechaza, sin embargo, la concepción puramente subjetiva de lo injusto de Zielinski, según el cual el desvalor de la acción se basa exclusivamente en las representaciones del autor en la voluntad contraria a la norma; véase, *El Derecho Penal Español, Parte General, Nociones introductorias. Teoría del delito*, pp. 486-488. La concepción puramente subjetiva de lo injusto de Zielinski ha sido asumida y desarrollada en Argentina por Sancinetti; véase Marcelo A. SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991.

(69) Véase, en este sentido, G. STRATENWERTH, «Zur Relevanz des Erfolgswertes im Strafrecht», *Festschrift für F. Schafstein*, Verlag O. Schwartz, Göttinga, 1975,

Esta concepción de la relación entre el desvalor de la acción y el desvalor del resultado es sustentada, con diversas argumentaciones, por la mayoría de los penalistas españoles e iberoamericanos (70).

d) *Valor de la acción y valor del resultado en las causas de justificación.*

El reconocimiento por el finalismo de la existencia de elementos subjetivos en todas las causas de justificación ha hallado una amplia acogida en la Ciencia del Derecho penal española y en la de los países iberoamericanos (71). Las opiniones difieren en cuanto a la naturaleza

p. 187, R.F. SUÁREZ MONTES, *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuridicidad en el finalismo*, Ediciones Rialp, Madrid, 1963, pp. 75 y ss. y «Weiterentwicklung der finalen Unrechtslehre?», *Festschrift für Hans Welzel*, p. 392 y mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, II, pp. 156 y ss. y 187-188.

(70) Véase, por ejemplo, en España Susana HUERTA TOMICILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 46 y ss., 66 y ss. y 72-73, J. BUSTOS RAMÍREZ-H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal*, II, pp. 35 y ss. y 190 (que incluyen el desvalor social de la acción *ex ante*, es decir la capacidad de la acción concreta para la lesión del bien jurídico en la tipicidad y el desvalor social del resultado *ex post* en la antijuridicidad), «Nuevo sistema de Derecho Penal», pp. 76 y ss. y 89 y ss.; Alfonso GUALLART DE VIALA, «La significación del resultado en los delitos culposos en el Derecho penal español», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1979, pp. 640 y ss., Carlos M.ª ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal, I La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, p. 226, D. M. Luzón Peña, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, I, p. 338, Alicia GIL GIL, «Sobre la pertenencia del desvalor del resultado a lo injusto», en *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*, pp. 389 y ss., y en Iberoamerika E. RAÚL ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, III, pp. 395-396, Donna, «Teoría del delito y de la pena», 2, p. 23, H. CLAUDIO FRAGOSO, *Lições de Direito Penal, Parte Geral*, p. 247, L. REGIS PRADO, *Curso de direito Penal Brasileiro, Vol. 1 Parte Geral*, pp. 104-105 y 355 y ss., VILLA STEIN, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 340-341 y F. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 460 y ss., «Manual de Derecho Penal, Parte General», p. 347.

(71) Véase, por ejemplo, en España, J. CÓRDOBA RODA, notas a su traducción del «Tratado de Derecho Penal», de Maurach, I, p. 371, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, Oviedo, 1966, pp. 107-8 y CÓRDOBA RODA-RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, I, p. 247, M.ª José MAGALDI, *La legítima defensa en la jurisprudencia española*, Bosch, Barcelona, 1976, pp. 228-229, mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, II, pp. 198 y ss., J. J. BUSTOS RAMÍREZ-H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal*, II, pp. 115-116 y 191-192, «Nuevo sistema de Derecho Penal», p. 93, J. CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español, Parte General, Nociones introductorias, Teoría del delito*, pp. 437-438 y 768, y en Iberoamérica, E. R. ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, III, pp. 574 y ss., (E. R. ZAFFARONI, A. ALAGIA Y A. SLOKAR, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 573 y ss. rechazan, en cambio, la existencia de elementos subjetivos en las causas de justificación; véase la aguda crítica de Alicia Gil a esta nueva concepción objetivista de las causas de justificación en «¿Es posible y conveniente una justi-

de los elementos subjetivos de justificación: para algunos penalistas se trata sólo de la conciencia de la concurrencia de los elementos objetivos, para otros son equivalentes a los elementos subjetivos de lo injusto (como el ánimo de lucro en el hurto), o al dolo (conciencia y voluntad de la concurrencia de los elementos objetivos de las causas de justificación) en los delitos dolosos (72); y por último son concebi-

ficación meramente objetiva?», *Revista de Derecho Penal*, 2006, 2, «Eximentes de la responsabilidad penal», I, pp. 87 y ss.), E. CURY, *Derecho Penal, Parte General*, 7.ª ed., pp. 365-366, L. COUSIÑO, *Derecho Penal Chileno, Parte General*, II, pp. 137 y ss., Ed. A. DONNA, *Teoría del delito y de la pena*, 2, pp. 134 y ss., H. CLAUDIO FRAGOSO, *Lições de Direito Penal, Parte Geral*, p. 205, L. REGIS PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro, Vol. 1, Parte Geral*, pp. 394-395, J. VILLA STEIN, *Derecho Penal, Parte General*, p. 344, y F. VELÁSQUEZ, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 466-467, *Manual de derecho penal, Parte general*, pp. 349-350.

(72) Gimbernat considera que en todas las causas de justificación basta con que el autor haya tenido «conciencia de que objetivamente concurría una causa de justificación»; véase E. GIMBERNAT, *Introducción a la Parte General del Derecho penal español*, p. 51, «Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen (Notwehr, Notstand, Pflichtenkollision) im spanischen Strafrecht», en *Rechtfertigung und Entschuldigung, III, Deutsch-italienisch-portugiesisch-spanisches Strafrechtskolloquium*, 1990, Friburgo en Br., 1991, pp. 71-2 y en el mismo sentido, Ed. A. DONNA, *Teoría del delito y de la pena*, 2, p. 135, y J. VILLA STEIN, *Derecho Penal, Parte General*, p. 344. Consideran que los elementos subjetivos de las causas de justificación se corresponden con los elementos subjetivos de lo injusto, por ejemplo, J. J. BUSTOS RAMÍREZ-H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal*, II, pp. 116 y 192, *Nuevo sistema de Derecho Penal*, p. 93, E. R. ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, III, pp. 578-579. Esta era también antes mi opinión; véase mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, II, pp. 198-199. Para MIR PUIG los elementos subjetivos de justificación se corresponden con el dolo; véanse sus notas a la traducción de la tercera edición del *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, de Jescheck, I, Bosch, Barcelona, 1981, p. 456, «Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y democrático de Derecho», 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1982, p. 89, *Derecho Penal, Parte General*, p. 419, y en el mismo sentido, LUZÓN PEÑA, «Legítima defensa y estado de necesidad defensivo», en *Comentarios a la Legislación Penal*, V, Vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1985, p. 253, «Causas de atipicidad y causas de justificación», en *Causas de justificación y causas de atipicidad en Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 38 y ss. «Curso de Derecho Penal, Parte General», I, pp. 580 y 602-603, M.A. TRAPERO BARREALES, *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, Comares, Granada, 2000, pp. 214 y ss., 259 y ss. y 287-288, J. L. DÍEZ RIPOLLÉS, «La reforma del delito de aborto», *Comentarios a la Legislación Penal*, IX, Edersa, Madrid, 1989, p. 246-7, J. M. VALLE MUÑIZ, *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*, P.P.U., Barcelona, 1994, pp. 86 y ss. E. CURY, *Derecho Penal, Parte General*, 7.ª ed., pp. 365-366, L. COUSIÑO, *Derecho Penal Chileno, Parte General*, II, pp. 141-142 y 144, F. VELÁSQUEZ, *Derecho Penal, Parte General*, p. 466, «Manual de derecho penal, Parte general», p. 349 y H. CLAUDIO FRAGOSO, *Lições de Direito Penal, Parte Penal*, p. 205. Joaquín Cuello Contreras considera que el elemento subjetivo del tipo de autorización consiste en la representación de los elementos objetivos de las causas de justificación, esto es de la situación justificante y la conciencia de la necesidad e ido-

dos también, de un modo más correcto y consecuente con los postulados de la doctrina de la acción finalista, como la voluntad de realización del resultado valioso (el rechazo de la agresión ilegítima, la salvación del bien jurídico en peligro, en el estado de necesidad, el cumplimiento del deber o el ejercicio legítimo del derecho, etc.) que en la mayor parte de los casos queda fuera del tipo de la causa de justificación (73). La mayor parte de las causas de justificación son causas de justificación de varios actos o de resultado cortado (74). El tipo de la causa de justificación está ya realizado y la conducta es lícita si concurren todos los elementos objetivos y subjetivos de la causa de justificación aunque no se haya producido el resultado valioso. La voluntad de realización comprende no solo los casos en que la producción del resultado valioso era el fin perseguido por el sujeto, sino también aquéllos en que el sujeto consideraba que era una consecuencia necesariamente unida a la consecución del fin y aquéllos en que había previsto su producción como posible y contaba con ella (75). Se discute también si la acción justificante tiene que ser o no idónea para la producción del resultado valioso (76).

neidad de la acción para salvar el bien jurídico de mayor valor; véase *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones Introdutorias. Teoría del delito*, pp. 764, 768 y 777 y ss.

(73) Esta es la opinión de Alicia GIL, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, Comares, Granada, 2002, pp. 16 ss. y especialmente pp. 24-25 y «Lo subjetivo en la fundamentación y en la exclusión de lo injusto», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, n.º 15, enero 2005, pp. 137-138 y en *Problemas capitales del moderno Derecho Penal. Lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Welzel en la política criminal y la dogmática penal del siglo XXI*, pp. 344-345; a cuya opinión se ha adherido también L. REGIS PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro, Vol. 1, Parte Geral*, pp. 394-395.

(74) Véase, a este respecto, Alicia GIL, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, pp. 8, 15, 24-25, 36-37 y especialmente pp. 63 y ss. y *Lo subjetivo en la fundamentación y en la exclusión de lo injusto*, pp. 135 y ss. (ella hace una excepción para el consentimiento del ofendido y la exceptio veritatis en los delitos de injurias, art. 210 del Código penal español). En el mismo sentido hablaba ya Hirsch de causas de justificación de emprendimiento, en las cuales para la justificación de la conducta no es necesario que se produzca el resultado valioso (él excluía de ellas únicamente el consentimiento del ofendido); véase Hirsch, *Leipziger Kommentar, Observaciones previas al Par. 32, Nr. 53*.

(75) Véase, en este sentido, Alicia GIL, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, pp. 16 ss y especialmente pp. 22 y 64-65. Según Hirsch, no basta el *dolus eventualis* en relación con el fin de justificación; véase *lug. cit.*

(76) Sanz Morán considera, siguiendo a Rudolphi, que la exigencia de la idoneidad de la acción para la consecución del resultado valioso es una consecuencia necesaria de la aplicación en estos casos de la teoría de la imputación objetiva; véase Ángel J. SANZ MORÁN, «Teoría general de la justificación», *Revista Penal*, n.º 5, enero 2000, p. 82. Para Cuello Contreras la idoneidad de la acción para evitar la lesión

En la Ciencia del Derecho penal española y en la de los países iberoamericanos se discute también intensamente, entre los seguidores de la concepción personal de lo injusto, si en caso de que concurren los elementos objetivos de las causas de justificación, pero falte el elemento subjetivo, el sujeto debe responder por tentativa o por delito doloso consumado. Si se ha producido el resultado, la apreciación de tentativa sólo podría hacerse por analogía (*in bonam partem*) con el argumento de que el desvalor del resultado ha quedado anulado por la concurrencia de los elementos objetivos de la causa de justificación (77). Ello estaría en contradicción, sin embargo, con la concepción de lo injusto como infracción de una norma de determinación (de una prohibición o de un mandato). El Derecho prohíbe la realización de acciones (peligrosas) dirigidas por la voluntad del sujeto a la lesión de un bien jurídico o que no respondan al cuidado objetivamente debido para evitar las lesiones de bienes jurídicos y no puede valorar positivamente las producciones de resultados que estén amparadas solo de un modo objetivo y casual en una causa de justificación. Del mismo modo que no basta que al desvalor de la acción siga la producción de un resultado para que quede constituido lo injusto de los delitos dolosos o imprudentes, sino que es necesario que entre ellos exista una conexión interna. El desvalor del resultado no puede fundamentarse ni quedar excluido con independencia del desvalor o el valor de la acción (78). Por ello considero correcto que el sujeto, en los casos que analizamos, responda por un delito doloso

del bien jurídico es un elemento objetivo del tipo de autorización, al que corresponde, como elemento subjetivo, la representación del mismo; véase *El Derecho Penal Español, Parte General, Nociones Introductorias, Teoría del delito*, pp. 768-769. Alicia Gil rechaza, con razón, por razones político criminales la exigencia de la idoneidad de la acción para evitar la lesión del bien jurídico. Con ello el ámbito de las conductas punibles no se vería reducido, sino ampliado (al contrario de lo que sucede con la exigencia de la peligrosidad de la acción en los tipos de lo injusto) y se desmotivaría a los ciudadanos para realizar la acción salvadora. Véase Alicia GIL, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, pp. 40-41.

(77) A favor de la solución de la tentativa, en España, por ejemplo, E. GIMBERNAT, *Introducción a la Parte General del Derecho Penal español*, p. 51, Susana HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, pp. 121 y ss., D. M. Luzón Peña, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Bosch, Barcelona, 1978, p. 125, «Legítima defensa y estado de necesidad defensivo», p. 254, «Causas de atipicidad y causas de justificación», pp. 38-39 y *Curso de Derecho Penal, Parte General*, I, pp. 579, 580-581 y 603-604 (si se trata de causas de justificación que excluyen el desvalor del resultado), y M.³ A. TRAPERO BARREALES, *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, pp. 301 y ss., 327 y ss. 347 y ss. y 394.

(78) Véase mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, II, pp. 106 y ss., 136 y ss., 155 y ss., 179 y ss., y 186 ss. A mi opinión se han adherido Alicia GIL,

consumado (79). La pena del delito consumado puede ser atenuada, sin embargo, en una cierta medida. No se puede aplicar ciertamente una eximente incompleta (en este caso una causa de justificación incompleta) (80) (81), pues de acuerdo con la concepción personal de lo injusto el elemento subjetivo de la causa de justificación aparece como un elemento esencial (82), pero sí una atenuante por analogía a una causa de justificación incompleta (83).

Alicia Gil considera que es imposible una atenuación de la pena del delito doloso consumado, pues si falta el valor de la acción en una causa de justificación no se puede apreciar ni una exclusión ni una disminución de lo injusto (84). Lo injusto no queda, desde luego, excluido. No se puede apreciar que un valor del resultado anule el desvalor del resultado, ni un valor de la acción que anule el desvalor de la acción si falta el elemento subjetivo de la causa de justificación. El desvalor de la acción queda disminuido, sin embargo, si concurren

La ausencia del elemento subjetivo de justificación, especialmente pp. 89-90 y 115 y ss. y L. Regis Prado, *Curso de Derecho Penal, Vol. I, Parte Geral*, p. 395.

(79) A favor de la solución de la consumación, en Iberoamérica, con diversos argumentos, E. R. ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, III, pp. 577-578, y F. VELÁSQUEZ, *Derecho Penal, Parte general*, pp. 467-468, «Manual de derecho penal, Parte general», p. 350 (que propone una atenuación de la pena mediante la aplicación del precepto referente al exceso en una causa de justificación, del art. 32.7 del Código penal colombiano).

(80) En el Código penal español las eximentes incompletas están expresamente reconocidas como atenuantes (arts. 20 y 21.1).

(81) Como proponen M. COBO DEL ROSAL-T.S. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal, Parte General*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 507-508, nota 13, J. M. VALLE MUÑIZ, «El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal», pp. 119 y ss., «La naturaleza graduable de lo injusto y la actuación en desconocimiento del presupuesto objetivo de una causa de justificación», en *Política criminal y nuevo Derecho Penal*, Libro Homenaje a Claus Roxin, J. M.ª Bosch Editor, Barcelona, 1997, pp. 460 y ss., MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 420-421, y CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español, Parte General, Nociones introductorias, Teoría del delito*, pp. 780-781, 794 y ss. y 800.

(82) La opinión dominante en la Ciencia del Derecho penal española exige la concurrencia de los elementos esenciales de una eximente (en nuestro caso, de una causa de justificación) para poder apreciar una eximente incompleta como atenuante; véase, a este respecto, mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, II, pp. 357 y ss.

(83) Véase también, en este sentido, COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 507-508, nota 13, M.ª Luisa MAQUEDA ABREU, «Los elementos subjetivos de justificación», *La Ley*, Año V, n.º 935, 11 de mayo de 1984, p. 7, nota 105 bis, y p. 8, nota 120, a cuya opinión se adhiere también Díez Ripollés «La categoría de la antijuridicidad en Derecho Penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1991, fasc. 3.º, p. 748, nota 116.

(84) Véase, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, pp. 126 y ss. y especialmente p. 131.

todos o varios de los elementos objetivos de la causa de justificación. El valor de la acción en las causas de justificación consiste no solo en el elemento subjetivo de justificación, sino también en los elementos objetivos, mediante los cuales la ley describe la acción justificada. Los elementos objetivos no constituyen el valor de resultado en las causas de justificación, como suele considerarse (85), sino que forman parte del valor de la acción (86).

e) *La teoría de la culpabilidad.*

Según la teoría de la culpabilidad, desarrollada por Welzel, la conciencia de la antijuridicidad no es un elemento del dolo. El dolo es un elemento subjetivo de lo injusto de los delitos dolosos y la conciencia de la antijuridicidad pertenece, en cambio, a la culpabilidad. El error de prohibición no puede excluir, por ello, el dolo. Si el error de prohibición era invencible quedan excluidas la culpabilidad y la pena. Si el error de prohibición era vencible quedan disminuidas la culpabilidad y la pena. La atenuación de la pena, según la concepción originaria de Welzel, debía ser meramente facultativa (87).

Entre los seguidores de la teoría de la culpabilidad fue siempre objeto de discusión si la creencia errónea en la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación es o no un error de prohibición. Según la teoría pura o estricta de la culpabilidad sustentada por Welzel se trata de un error de prohibición. Según la teoría restringida de la culpabilidad la creencia errónea en la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación es un error sobre un elemento del tipo (opinión mantenida por los seguidores de la teoría de los elementos negativos del tipo), o debería ser tratada como si lo fuera, pues de este modo se llegaría supuestamente a resultados más justos. Solo el error sobre los límites de una causa de justificación o la invocación de una causa de justificación inexistente constituirían errores de prohibición.

Según una opinión minoritaria en caso de suposición errónea de la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación, si el error era invencible, quedaría excluida no la culpabilidad,

(85) Esta era aún mi opinión en mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, II, pp. 201 y ss.

(86) Véase, en este sentido, Alicia GIL, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, pp. 107 y ss.

(87) Véase H. WELZEL, «Das Deutsche Strafrecht», pp. 164 y ss. y *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, pp. 66 y ss. («El nuevo sistema del Derecho Penal», pp. 112 y ss.).

sino ya la antijuridicidad de la conducta (88). Una concepción puramente subjetivista de las causas de justificación es mantenida en Argentina por Sancinetti. Éste, como Zielinski en Alemania, considera básicamente suficiente que el sujeto crea en la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación para que la conducta sea lícita. Lo injusto de los delitos dolosos e imprudentes se agota en el desvalor de la acción. La creencia errónea en la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación excluye el desvalor de la acción de los delitos dolosos y si el sujeto había examinado a conciencia y conforme a deber la posible concurrencia de los mismos queda excluido asimismo el desvalor de la acción de los delitos imprudentes (89). En España Cuello Contreras, aunque considera también que lo injusto de los delitos dolosos e imprudentes no solo queda constituido, sino que queda incluso agotado con el desvalor de la acción, exige que la acción salvadora sea idónea *ex ante* para alcanzar el resultado valioso, para que quede excluida la antijuridicidad (90).

La teoría pura y la limitada de la culpabilidad han hallado un gran eco en la Ciencia del Derecho penal española y en la de los países iberoamericanos (91). Han hallado acogida, también, en varios códi-

(88) En este sentido, con fundamentaciones y exigencias diversas, CÓRDOBA RODA, *Las eximentes incompletas en el Código penal*, pp. 126 y ss.; 158 y ss.; y 317 y ss. y *Comentarios al Código Penal*, I, pp. 260 y ss., 272 y ss. y 381 y ss., MUÑOZ CONDE, «Die Putativnotwehr. Ein Grenzfall zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung», en *Bausteine des europäischen Strafrechts, Coimbra Symposium für Claus Roxin*, Editorial Carl Heymanns, 1995, pp. 213 y ss.; LUZÓN PEÑA, *Causas de atipicidad y causas de justificación*, pp. 33-34, y *Curso de Derecho Penal, Parte General*, I, pp. 575-576, y MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 418-419.

(89) Véase D. ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, pp. 218 y ss., 266-267, y 268 y ss., trad. esp. de M. A. SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, pp. 511 y ss.

(90) Véase J. CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español, Parte General, Nociones Introductorias. Teoría del delito*, pp. 768-769, 785 y ss. y 1107-1108; una crítica de la concepción puramente subjetivista de lo injusto de Zielinski y Sancinetti en pp. 486 y ss.

(91) En España fui el primero que propuse la aceptación y aplicación de la teoría pura de la culpabilidad; véase «La conciencia de la antijuridicidad en el Código penal español», *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º 166, 1964, «Die Regelung des Verbotsirrtums im spanischen Strafgesetzbuch», en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Editorial Carl Heymanns, 1989, pp. 473 y ss.; mi *Curso de Derecho Penal Español, III, Teoría jurídica del delito/2*, pp. 124 y ss. En España sustentan también la teoría pura o estricta de la culpabilidad, por ejemplo, Susana HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, pp. 131 ss. y 145 y ss., Carlos ROMEO CASABONA, «El error evitable de prohibición en el Proyecto de 1980», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1981, fasc. 2-3, pp. 761 y ss., Luis GRACIA MARTÍN, «Política Criminal y Dogmática Jurídico-Penal del proceso de reforma penal en España (y II)»,

gos penales. En el art. 14.3 del Código penal español se regula el error de prohibición de acuerdo con la teoría de la culpabilidad, pero nuestro legislador, como el alemán, ha dejado abierta la cuestión de si la

Actualidad Penal, 1994, n.º 18, p. 378, Enrique BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal, Parte General*, pp. 307-308 y 312-313 (que exige la posibilidad de la conciencia de la punibilidad), M.ª Luisa MAQUEDA, «El principio de responsabilidad subjetiva: Su progresiva influencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de la reforma del Código Penal de 25 de junio de 1983», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 31, 1987, pp. 260-261, J. M. ZUGALDÍA ESPINAR, «El tratamiento jurídico-penal del error en el art. 20 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal español de 1980», *Cuadernos de Política Criminal* n.º 15, 1981, pp. 519 y ss., *Derecho Penal, Parte General*, pp. 807 y 610 y ss. (según el cual el error sobre la punibilidad debe ser tratado, por analogía, como el error de prohibición), J. L. DÍEZ RIPOLLÉS, «Die jüngsten strafrechtlichen und strafprozessualen Reformen in Spanien», *Juristenzeitung* 1984, fasc. 12, p. 561, CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español, Parte General, Nociones Introductorias. Teoría del delito*, pp. 1073-1074, 1080, 1094 y 1097-1098, Mariano MELENDO PARDOS, *Imputación subjetiva y error en el Estatuto de la Corte Penal internacional. Desafíos para la dogmática penal continental*, Atelier, Barcelona, 2007; en Argentina E. Raúl ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, IV, pp. 86 y ss., 222 y 228 y ss., E. R. ZAFFARONI, A. ALAGIA y A. SLOKAR, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 503-504, 647 y ss., 698, 700 y 707 (que exigen la conciencia actual o posible de la ilicitud penal; véanse *Tratado de Derecho Penal*, pp. 105, 192 y 207, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 651 y 701), y Ed. A. DONNA, *Teoría del delito y de la pena*, 2, *Imputación delictiva*, pp. 279 y ss. y 286-288 (que se adhiere a la teoría de Maurach de la responsabilidad por el hecho, como elemento de la imputación de la conducta; véanse *Teoría del delito y de la pena*, 1, pp. 240 y ss. y *Teoría del delito y de la pena*, 2, pp. 187 y ss.); en Chile por Luis Cousiño, *Derecho Penal Chileno*, III, pp. 201 y ss. (aunque considera que en el error de prohibición vencible se debe eximir también de responsabilidad); en Brasil, H. Claudio FRAGOSO, *Lições de Direito Penal, Parte geral*, pp. 227 y ss. y L. Regis PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro, Vol 1, Parte Geral*, pp. 448-449; en Colombia F. VELÁSQUEZ, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 555, y 558 y ss. *Manual de Derecho Penal, Parte General*, pp. 407 y 410-411; en Mexico C. DAZA GÓMEZ, *Teoría general del delito*, pp. 209-210 y 225; y en Perú Julio ARMAZA GALDÓS, *Legítima defensa, error de comprensión y otros aspectos negativos del delito*, Editorial Adrus, Arequipa, 2004, pp. 181 y ss. La teoría limitada de la culpabilidad es defendida, por ejemplo, en España, por A. TORÍO LÓPEZ, «Tipo, error de tipo y de prohibición: crítica de la reforma penal», en *Reformas penales en el mundo de hoy*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1984, pp. 109 y ss. y LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, I, pp. 473 y ss.; en Argentina por E. RIGHI, «La influencia de Welzel en el Derecho penal argentino», en *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*, pp. 230-23; en Chile, modernamente, por E. CURY, *Derecho Penal, Parte General*, 7.ª ed., pp. 440, 445 ss y 448 (con anterioridad seguía la teoría de la culpabilidad pura), en Brasil por Luiz Flávio GOMES, «Erro de tipo. Erro de proibição», 3.ª ed., *Revista dos Tribunais*, 1996, pp. 144 y ss. y 161-162, y M. REALE, *Instituições de Direito Penal, Parte Geral*, I, pp. 203-205; en Perú por José HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, I, pp. 656 y ss. 659 y ss. y 663 y ss. y VILLA STEIN, *Derecho Penal, Parte General*, p. 345; y en Ecuador por ZAMBRANO PASQUEL, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 342 y ss.

suposición errónea de la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación es un error de prohibición o un error sobre un elemento del tipo. Según la opinión dominante, sin embargo, solo la teoría pura o estricta de la culpabilidad se ajusta a la voluntad de la ley (92). Una peculiaridad de la regulación del error de prohibición en el Código penal español, que ha hallado eco en varios códigos penales de los países iberoamericanos, es que para el error de prohibición vencible se prevé una atenuación obligatoria de la pena (93). Esta peculiaridad no significa que se haya querido llegar a una solución de compromiso entre la teoría del dolo y la de la culpabilidad (94), sino que se trata de una regulación más correcta desde el punto de vista dogmático y político criminal (95). Aun cuando el error de prohibición fuera muy fácilmente vencible, se hallaría disminuida la capacidad del sujeto para obrar de otro modo y, por consiguiente, la culpabilidad (96). Por otra parte, desde el punto de vista político-criminal, una atenuación meramente facultativa de la pena llevaría con-

(92) Véase, a este respecto, mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, III, Teoría jurídica del delito /2*, p. 133 y J. M. ZUGALDÍA ESPINAR, «Artículo 14», en «Comentarios al Código Penal», I, Edersa, Madrid, 1999, pp. 699-700.

(93) Se establece también una atenuación obligatoria de la pena para el error de prohibición vencible en el Código penal peruano (art. 14), en el Código penal federal (art. 66) y en el Código penal para el distrito federal de México (art. 83), en el Código penal paraguayo (arts. 22 y 67) y en el nuevo Código penal de Colombia (art. 32.11).

(94) Como cree CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español, Parte General, Nociones Introductorias. Teoría del delito*, pp. 703 y ss., 1094 y 1101. Algunos penalistas españoles consideran que la regulación del error de prohibición en el Código penal español, cualquiera que haya sido la voluntad del legislador histórico, se inspira en la teoría del dolo, desde el momento en que se establece para el error de prohibición vencible una atenuación obligatoria de la pena; véanse, en este sentido, MIR PUIG, «Hauptprobleme des dogmatischen Teils der spanischen Strafrechtsreform», *Deutsch-Spanisches Strafrechtskolloquium*, 1986, pp. 38 y ss., *Derecho Penal, Parte General*, pp. 552-553, y «Artículo 14», en *Comentarios al Código Penal*, I, pp. 677-678; y M. COBO DEL ROSAL-T.S. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal, Parte General*, 5.ª ed., p. 682. y en contra de mis argumentos en mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, III, pp. 131 y ss. VIVES ANTÓN cambió después de opinión en los *Comentarios al Código Penal de 1995*, dirigidos por él, I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 96. Muñoz Conde considera que la regulación del error de prohibición en el Código penal español no responde ni a la teoría del dolo ni a la de la culpabilidad, sino a una teoría orientada en las consecuencias; véase, F. MUÑOZ CONDE, *El error en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pp. 43 y 123 y ss.

(95) Véase, a este respecto, mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, III, pp. 129-130.

(96) De otra opinión LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, I, p. 464 y M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «El error de prohibición: pasado, presente y futuro», en *El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos, Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999, p. 352 (aunque a pesar de ello se manifiesta a favor de una atenuación obligatoria de la pena).

sigo el peligro de que los tribunales considerasen que todos o casi todos los errores de prohibición eran vencibles, pero que no procedía una atenuación de la pena. De este modo el principio *error iuris nocet* recobraría indirectamente su vigencia en el Derecho penal español.

En Iberoamérica la teoría pura o estricta de la culpabilidad ha hallado acogida en el Código penal federal (arts. 15, VIII, B y 66) y en el Código penal para el Distrito federal de México (arts. 29, VIII, b y 83) y la teoría de la culpabilidad limitada en los códigos penales de Brasil (arts. 20.1 y 21), Bolivia (art. 116.1, párrafo 3.º, y 12,2) y Colombia (art. 32.10 y 11). El Código penal del Perú no se pronuncia acerca de si el error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación es un error sobre un elemento del tipo o un error de prohibición.

f) *El concepto finalista de autor.*

Por último, quisiera solo señalar que la doctrina de Welzel del dominio finalista del hecho, para definir la autoría en los delitos de acción dolosos, ha ejercido una gran influencia en la Ciencia del Derecho penal española y de los países iberoamericanos (97).

(97) En España es seguida, por ejemplo, por CÓRDOBA RODA, en las notas a su traducción del Tratado de Maurach (*Tratado de Derecho Penal*, II, p. 310, nota 3), J. BUSTOS RAMÍREZ-H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal*, II, pp. 287 y 289-290, F. MUÑOZ CONDE-M. GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 435-436, BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal, Parte General*, pp. 360 y ss. (que señala que nuestro Tribunal Supremo sigue cada vez en mayor medida la teoría del dominio del hecho; véase p. 364, nota 729), y parcialmente por mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, III, pp. 211 y ss. En Iberoamérica la teoría del dominio del hecho es seguida, por ejemplo, en Argentina por E. R. ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, IV, pp. 305 y ss., E. R. ZAFFARONI, A. ALAGIA, A. SLOKAR, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 741 y ss., y Ed. A. DONNA, *La autoría y la participación criminal*, 2.ª ed., Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002, pp. 30 y ss. y especialmente p. 39; en Perú por Raúl PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho Penal, Estudio programático de la Parte General*, pp. 336 y ss., 339 y ss. y 347 y ss., y J. VILLA STEIN, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 294-296, 298 y ss. y 303 ss.; en Brasil por Luiz REGIS PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral*, pp. 487 (adhiriéndose, en parte, a mi opinión); en Chile por E. CURY, *Derecho Penal, Parte General*, II, 1.ª ed., 1985, pp. 234-235, 244 ss. y 246 ss. (aunque en la 7.ª ed., siguiendo a Roxin, mantiene el criterio del dominio del hecho únicamente para los delitos de dominio, que distingue de los delitos de infracción de un deber y de los de propia mano; véase pp. 591 y ss. 595 y ss., 616 y ss., y 621-622); y en Colombia por F. VELÁSQUEZ, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 612 y 614 y ss., *Manual de Derecho Penal, Parte General*, pp. 450-451 y 453 y ss.

¿Responsabilidad penal para los entes sociales?*

EMILIO OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid

Juan Bustos Ramírez *in memoriam*

SUMARIO: I. Los errátiles Proyecto de 2007 y Anteproyecto de 2008 de modificación del Código penal. A) Introducción. B) Las diferencias entre las «partes especiales» del Proyecto y del Anteproyecto.–II. Las discutibles y antojadizas propuestas de reconocimiento legal de responsabilidad penal directa de las personas jurídicas. A) Un reconocimiento no obligatorio. B) Unas propuestas caprichosas.–III. La formulación-trampa de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los textos prelegislativos. A) Las explicaciones previas. B) Los proyectados artículos 33 bis, 33.7 y 129 y sus normas de referencia. C) Equívocos y equivocaciones en las normas proyectadas. D) La disminución o esfumación de límites y garantías para la imposición de «penas» y «medidas» a los entes sociales. E) Significado del sistema pretendido: la responsabilidad penal para los entes sociales. *Societas delinquere non poterit.*–IV. La trampa en la formulación por el Derecho penal de la responsabilidad directa de las entidades sociales. Conclusión: *societas non delinquenda.*

I. LOS ERRÁTILES PROYECTO DE 2007 Y ANTEPROYECTO DE 2008 DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL

A) **Introducción**

El Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en la ver-

* El presente trabajo se sitúa dentro del Proyecto de Investigación del Plan Nacional de I+D+i (Ministerio de Educación y Ciencia) SEJ2006-06594/JURI.

sión oficial ofrecida por el Ministerio de Justicia en Madrid a 14 de noviembre de 2008 (1) y el Proyecto de Ley 121/000119 Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, publicado el 15 de enero de 2007 (2), pese al poco tiempo que los separa presentan numerosas y notables diferencias y, frente a lo que debiera ser más obvio, muchas menos coincidencias, algunas de trascendencia menor.

Conviene recordar que se trata de sendos documentos prelegislativos emanados de dos gobiernos inmediatamente sucesivos de idéntico y monocolor signo político, con las solas diferencias de que: una, el Ministerio de origen, el de Justicia, ha estado a cargo en cada momento de persona distinta; dos, aunque ambos textos fueron aprobados por el Consejo de Ministros, hasta el momento de escribir estas líneas el segundo no ha sido remitido a las Cortes como Proyecto de Ley (3); y tres, en la tramitación parlamentaria del primero, se desgajó de él una parte que, tras su aprobación por las dos cámaras legislativas, dio lugar al nuevo Capítulo IV del Título XVII del Libro II del Código penal, referido a «los delitos contra la seguridad vial» (4).

En la comparación entre ambos textos que repetidamente utilizaré en lo que sigue (5), prescindiré por tanto de cualquier otra referencia a la modificación ya producida del Código penal, que acabo de reseñar. Y tampoco aludiré, sin perjuicio de lo que diré más adelante en relación

(1) En adelante, A/08. Las citas de su E. de M. se harán a la pp. de este documento.

(2) En el *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 15 de enero de 2007, Núm. 119-1. En adelante, P/07. Las citas de su E. de M. se harán a la página y columna del *BOC.Congreso*.

(3) Según una «Nota de prensa» del Ministerio de Justicia de 14 nov. 2008: «A propuesta del ministro de Justicia, Mariano Fernández Bermejo, el Consejo de Ministros ha aprobado hoy el anteproyecto de ley por el que se modifica la Ley Orgánica del Código Penal de 1995». Ello fue antes de recibirse los preceptivos informes del CGPJ y del Consejo de Estado. En el momento de redactar el presente trabajo, recién nombrado un nuevo Ministro de Justicia, el segundo de dichos informes todavía no había sido emitido. El Anteproyecto no se ha convertido todavía en Proyecto, ni por tanto enviado a las Cortes.

(4) Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de seguridad vial (*BOE* núm. 288, de 1 de diciembre de 2007). La disolución de las Cortes, por la convocatoria de elecciones generales tras el cumplimiento del plazo al respecto, dio formalmente lugar a esa fragmentación del inicial Proyecto de Ley.

(5) V. una distinta comparación entre ellos en página web del Departamento de Derecho Penal y Ciencias Penales de la Universidad de Barcelona (<http://www.ub.edu/penal>).

con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, a las respectivas propuestas de modificación relativas a la «parte general» del Código (6).

(6) Por lo que concierne, pues, a su «parte especial», los textos prelegislativos de referencia:

A) *Coinciden* en lo siguiente:

1. Modificación del apartado 3 del artículo 201 (perdón del ofendido en descubrimiento y revelación de secretos).

2. Modificación del apartado 3 del artículo 215 (perdón del ofendido en calumnia e injuria).

3. Incorporación de un apartado 2 al artículo 263 (nuevos tipos cualificados de daños).

4. Modificación del artículo 264 (daños a datos o programas informáticos o sistemas de información y aplicación del artículo 31 bis a personas jurídicas).

5. Modificación del párrafo tercero del artículo 267 (perdón del ofendido en daños imprudentes).

6. Incorporación de nuevo artículo 282 bis (falseamiento de informaciones requeridas a sociedades que coticen en el mercado de valores para, de manera engañosa, captar inversores u obtener créditos o prestamos, entre los delitos relativos al mercado).

7. Modificación del artículo 284 (alteración de precios en los mercados).

8 y 9. Transformación de la Sección Cuarta del Capítulo XI del Título XIII del Libro II en Sección Quinta del mismo Capítulo, Título y Libro, e introducción de una Sección Cuarta con la rúbrica: «De la corrupción entre particulares» y de un nuevo artículo 286 bis (la llamada «corrupción entre particulares»).

10. Modificación de la rúbrica del Capítulo XIV, del Título XIII, del Libro II, que habría de ser: «De la receptación y el blanqueo de capitales».

11. Modificación del apartado 2 del artículo 302 (aplicación del artículo 31 bis sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas en alternativa con la posibilidad de aplicar el artículo 129 y señalamiento de las penas o consecuencias correspondientes, a responsables de los delitos previstos en artículo 301 que pertenecieren a una organización dedicada a los fines que en este se indican).

12. Introducción de un nuevo artículo 310 bis (aplicación del artículo 31 bis sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas a los delitos «contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social», comprendidos en el Tít. XIV, Lib. II CP).

13. Modificación de la rúbrica del Título XVI del Libro II (sería «De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente»).

14. Modificación de la rúbrica del Capítulo I del Título XVI del Libro II (sería: «De los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo»).

15. Modificación del artículo 319 (delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, salvo prevaricación específica, y aplicación del artículo 31 bis sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas).

16. Modificación del apartado 1 del artículo 320 (prevaricación específica en materia de ordenación del territorio y urbanismo).

17. Supresión de las circunstancias 2.^a y 10.^a del apartado 1, pasando las restantes 3.^a, 4.^a, 5.^a, 6.^a, 7.^a, 8.^a y 9.^a a ser las 2.^a, 3.^a, 4.^a, 5.^a, 6.^a, 7.^a y 8.^a y modificación del apartado 2 del artículo 369 (determinación de responsabilidad penal de personas jurídicas, sin referencia al artículo 31 bis, y de comiso, junto a facultad de imponer con-

B) Las diferencias entre las «partes especiales» del Proyecto y del Anteproyecto

Causa poco menos que escalofríos de asombro y, sin contradicción, resulta completamente bochornoso observar que en el corto plazo de tiempo transcurrido entre la culminación de la tramitación

secuencias accesorias, igualmente sin referencia al artículo 129, en relación con delitos agravados de tráfico de drogas por las circunstancias 2.^a o 3.^a de la nueva ordenación de ese artículo).

18. Introducción de un nuevo artículo 369 bis (agravaciones de delitos de tráfico de drogas realizados a través de una organización delictiva, concepto legal de esta y determinación de responsabilidad penal de ella, sin referencia al artículo 31 bis, y de comiso).

19. Modificación del apartado 2.º del artículo 370 (en atención a la reordenación del artículo 369, más atrás indicada, bajo 17, dentro del presente subapartado A).

20 a 28. Modificación de los artículos 419 a 427 (delitos de cohecho, con inclusión de aplicación del artículo 31 bis, sin mencionarlo, sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas a determinados supuestos de cohecho cometido por particular y extensión de todas las figuras de cohecho respecto a funcionarios comunitarios o nacionales de otro Estado de la UE, con definición de quiénes son los comunitarios).

29. Modificación del párrafo segundo del artículo 430 (tráfico de influencias, aplicación del artículo 31 bis sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas).

30. Modificación del artículo 445 (corrupción en las transacciones comerciales internacionales, con aplicación del artículo 31 bis sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas y definición de funcionario público extranjero).

Por lo que atañe igualmente a los delitos en particular que el Código penal prevé, el P/07 y el A/08 difieren total o parcialmente en todo lo demás. En efecto:

B) *Se diferencian parcialmente* en lo que a continuación indico:

1. Introducción de un párrafo segundo en el apartado 1 del artículo 173 (acoso laboral): redacciones idénticas salvo en la utilización de la expresión «relación laboral» del P/07, que el A/08 sustituye por la de «actividad laboral».

2. Modificación del artículo 187 (inducción, promoción, favorecimiento o facilitación de la prostitución de menores e incapaces): coinciden las redacciones de todos sus apartados, salvo las del 2 –relativas a menores de trece años–, en las que las penas son distintas y, además, mientras el P/07 incluye alternativamente la puesta en peligro del «menor» de edad aún mayor de trece años o del «incapaz», el A/08 no indica tal alternativa –aparte de emplear la expresión argentino-uruguayana «descriptas»: *DRAE*, 22.^a ed., s.v. «descripto, ta»–.

3. Modificación del artículo 188 (determinación a la prostitución): coinciden los respectivos apartados 1 y 5; difieren las redacciones de los 2, 3 y 4, en las cuales en unas ocasiones las conductas incriminadas son las mismas mientras que en otras no –el A/08 pretende la agravación por la «puesta en peligro dolosa o por imprudencia grave» de «la vida o salud de la víctima» y el P/07 no– y en todos los casos varían las penas.

4. Modificación del artículo 189 (exhibicionismo y pornografía en relación con menores o incapaces): coinciden los apartados 8 –que respecto al P/07 no aparecía en el Anteproyecto de 2006 que lo originó–; difieren en todas las penas, siempre mayores en el A/08, y en las conductas a que se refieren los apartados 1.a) y b) de este último que amplían las del 1.a) del P/07 –al incluir la conducta de «captar»– y el 1.b) del Código –al incluir la conducta de «ofrecer»; el P/07 no contenía esta modificación–.

parlamentaria del Proyecto y la comunicación pública del posterior Anteproyecto, hayan podido variar de tal manera y en tal grado las políticas criminal y penal sobre las que habrían de sustentarse.

5. Modificación del artículo 197 (en materia de acceso a datos o programas informáticos): coinciden en todo salvo en el apartado 3, donde el A/08 preconiza la posibilidad de aplicar el artículo 31 bis, relativo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y determina la pena para estas; lo que no hacía el P/07.

6. Modificación del artículo 288 (disposición común al Cap. XI, «De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores», Tít. XIII, Lib. II CP): coinciden tan solo en la previsión de aplicar el artículo 31 bis sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, que es la única modificación contenida en el P/07; a ello añade el A/08 que en los supuestos de los artículos 271 –tipos cualificados en materia de propiedad intelectual– y 276 –lo mismo en materia de propiedad industrial– se impondrán, bien como penas de acuerdo con el artículo 31 bis o bien como consecuencias a tenor del 129, las sanciones que a continuación determina y, además, que se acordará el comiso del artículo 127 si los hechos se cometieren a través de las organizaciones a que aluden los apartados *c*) de los artículos 271 y 276.

7. Modificación del artículo 305 («delito fiscal»): coinciden en la introducción de un nuevo apartado 5 –exigencia por procedimiento de apremio de la pena de multa y de la responsabilidad civil, y determinación de parte del contenido de esta última–; difieren en la modificación del apartado 1 por el P/07, que no acoge el A/08.

8. Modificación del artículo 325 (primeras modalidades de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente): coinciden en la modificación del apartado 1; difieren en la del 2, expresamente señalada en el A/08 y respecto de la que el P/07 no solo no indicaba nada, sino que en sus términos literales implícitamente parecía querer derogar.

9. Modificación del artículo 327 (parte de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente): coinciden en referirse a la aplicación del artículo 31 bis sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas; difieren en el añadido por el A/08 de un segundo párrafo relativo a la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria, no incluido en el P/07.

10. Introducción de un nuevo Título XVII bis en el Libro II: coinciden en ello, pero difieren en la rúbrica, que según el P/07 sería «De las organizaciones y grupos criminales», mientras que conforme al A/08 sería «De las agrupaciones criminales».

11. Introducción de un nuevo artículo 385 bis (integración, según el caso, en «organización o grupo» o en «agrupación» criminales): coinciden en parte de los elementos de los tipos de integración, en las reglas concursales y en la mayor parte de la posibilidad de atenuación por «arrepentimiento activo»; difieren en la denominación de aquello en que los sujetos se integran –según lo dicho sobre la rúbrica del nuevo Título–, en que conforme a la versión típica del P/07 se exige que los sujetos «formen parte» de la organización o grupo mientras que con arreglo a la del A/08 se requiere que «se agruparen de forma transitoria», en las penas por la integración –mayores en el P/07 que en el A/08–, en la agravación por razón del sujeto contenida en el P/07 y no acogida por el A/08, en la tipificación específica por el P/07 de la colaboración en las actividades de la organización o grupo que no figura en el A/08 respecto a la agrupación y en la extensión expresa al colaborador de la posibilidad de atenuación a la que no se refiere el A/08.

C) *Se diferencian por completo* en estas otras materias:

1. Modificación del apartado 1 del artículo 142 (homicidios imprudentes) por el P/07, que no acoge el A/08.

Además de lícito, se hace entonces necesario pedir explicaciones sobre lo que pueda haber sucedido durante ese intervalo de un año para motivar ochenta divergencias, sesenta y nueve totales (frecuente-

2 y 3. Modificaciones del apartado 2 del artículo 160 (clonación de seres humanos) y del artículo 162 (responsabilidad penal de las personas jurídicas, conforme al artículo 31 bis, para todo el Tít. V, Lib. II CP: «Delitos relativos a las manipulaciones genéticas»), por el P/07, que no acoge el A/08.

4 y 5. Introducciones de un nuevo Título VII bis, en el Libro II del Código penal («De la trata de seres humanos»), y, dentro este, del también nuevo artículo 177 bis (conductas típicas, irrelevancia del consentimiento de las víctimas, reglas concursales, validez de las condenas de los tribunales extranjeros a efectos de reincidencia y responsabilidad penal de las personas jurídicas para «los delitos comprendidos en los capítulos anteriores»; capítulos que, sin embargo, no aparecen en el nuevo Título), por el A/08 que no acogía el P/07.

6 y 7. Modificaciones del artículo 178 (agresión sexual) y del párrafo primero y de la circunstancia 3.^a del apartado 1 del artículo 180 (agresiones sexuales agravadas) por el A/08, que no acogía el P/07.

8 y 9. Introducción de un nuevo apartado 5 en el artículo 181 (abusos sexuales sobre menores de trece años en el marco de una organización delictiva) por el P/07, que no acoge el A/08 que, en lugar de ello, patrocina que el apartado 4 de dicho artículo pase a ser el 5 y la modificación de sus apartados 2 (abusos sexuales en todo caso no consentidos) y 4 (abusos sexuales con acceso vaginal, anal o bucal).

10 y 11. Modificaciones de los artículos 182 (abuso sexual con engaño) y 183 (atentados contra la «indemnidad sexual» de menores) por el A/08, que no acogía en el P/07.

12. Modificación del artículo 190 (equiparación de sentencias extranjeras a efectos de reincidencia en materia de prostitución, exhibicionismo y pornografía) por el P/07, que no acoge el A/08.

13. Modificación del apartado 2 del artículo 192 (inhabilitaciones especiales dentro de las disposiciones comunes al Tít. VIII, Lib. II, CP) por el A/08, que no acogía el P/07.

14, 15 y 16. Modificaciones de los artículos 248 (estafa), 249 (pena de la estafa) y 250 (estafas agravadas) por el P/07, que no acoge el A/08.

17. Modificación del artículo 252 (apropiación indebida) por el P/07, que no acoge el A/08.

18 y 19. Modificación de la rúbrica de la Sección Tercera del Capítulo VI del Título XIII del Libro II (habría de ser «De la Administración fraudulenta») e incorporación del artículo 254 bis (administración fraudulenta) por el P/07, que no acoge el A/08.

20. Conversión de la Sección Tercera del Capítulo VI del Título XIII del Libro II en Sección Cuarta (defraudaciones del fluido eléctrico y análogas) por el P/07, que no acoge el A/08.

21. Modificación del artículo 260 (que habría de acoger la «quiebra delictiva») por el P/07, que no acoge el A/08.

22. Supresión del apartado 2 del artículo 262 (posibilidad de aplicar las consecuencias accesorias del artículo 129 en relación con los delitos de alteración de precios en concursos y subastas públicas) por el P/07, que no acoge el A/08.

23. Modificación del artículo 268 (excusa absolutoria en delitos patrimoniales) por el P/07, que no acoge el A/08.

mente de gran calado) y once parciales (en muchas ocasiones cercanas a las primeras), frente a treinta coincidencias plenas (a veces de escasa entidad). Interrogar sobre en qué nuevos datos criminológicos

24. Modificación del apartado 1 de artículo 274 (utilización de signo distintivo en materia de protección de la propiedad industrial) por el P/07, que no acoge el A/08.

25. Modificación del párrafo segundo del artículo 294 (aplicación del artículo 31 bis sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas en relación con el delito de denegación o impedimento de inspección o supervisión administrativas de sociedades sometidas a ellas) por el P/07, que no acoge el A/08 –que, por tanto, dejaría subsistir la actual posibilidad de aplicar el artículo 129 CP–.

26. Modificación del artículo 295 (administración desleal) por el P/07, que no acoge el A/08.

27. Introducción de un nuevo artículo 297 bis (encubrimiento de actividades económicas ajenas por administradores de entidades sociales y aplicación en su caso del artículo 31 bis sobre responsabilidad penal de personas jurídicas) por el P/07, que no acoge el A/08.

28. Modificación del párrafo primero del apartado 1 del artículo 301 (legitimación de bienes de origen delictivo y ayuda a los responsables en la elusión de responsabilidades) por el A/08, que no acogía el P/07.

29. Introducción de un nuevo apartado 2 en el artículo 310 (incriminando la fabricación, introducción, posesión o facilitación de programas informáticos específicamente destinados a la comisión de los delitos «contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social» previstos en Tít. XIV, Lib. II CP) por el P/07, que no acoge el A/08.

30. Modificación del artículo 313 (determinación o favorecimiento de la emigración de alguna persona a otro país simulando contrato o colocación, o usando otro engaño semejante) por el A/08, que no acogía el P/07.

31. Modificación del artículo 318 (sustituyendo su segunda parte por la aplicación a los delitos «contra los derechos de los trabajadores», comprendidos en el Tít. XV, Lib. II CP, del artículo 31 bis sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas y añadiendo la compatibilidad de tal responsabilidad con los recargos de prestaciones de seguridad social acordados por la autoridad administrativa, que no serían computables para la determinación de la pena de multa a imponer a la persona jurídica) por el P/07, que no acoge el A/08.

32. Modificación del artículo 318 bis (único del Tít. XV bis, «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», pese a lo que el preconizado nuevo apartado 4 de este artículo refiera la aplicación que contiene del artículo 31 bis, sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, a «los delitos comprendidos en los capítulos anteriores») por el A/08, que no acogía el P/07.

33. Modificación del artículo 328 (terceras modalidades de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente) por el A/08, que no acogía el P/07.

34. Modificación del apartado 1 del artículo 334 (conductas que atentan contra especies animales amenazadas) por el A/08, que no acogía el P/07.

35. Modificación del artículo 337 (maltrato de animales domésticos) por el P/07, que no acoge el A/08.

36. Modificación del artículo 343 (exposición a radiaciones ionizantes) por el A/08, que no acogía el P/07.

37. Modificación de los apartados 1 y 3 del artículo 348 (riesgos por explosivos y otros agentes capaces de causar estragos) por el A/08, que no acogía el P/07.

o en qué variaciones de la legislación extrapenal, surgidos o producidas entre uno y otro texto, se apoya esa nueva política criminal que ha engendrado una política penal tan diversa. Demandar los que alimen-

38. Modificación del artículo 366 (aplicación del artículo 31 bis sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas a delitos contra la salud pública) por el P/07, que no acoge el A/08.

39. Introducción de un nuevo párrafo segundo en el artículo 368 (posibilidad y límites de atenuar la pena en delitos de tráfico de drogas) por el P/07, que no acoge el A/08.

40. Modificación del artículo 387 (concepto de moneda nacional y equiparación a otras) por el P/07 –que extrae las referencias a las tarjetas de crédito o débito y cheques de viaje–, que no acoge el A/08.

41, 42, 43, 44 y 45. Modificaciones de los artículos 392 (falsedad en documento público, oficial o mercantil por particular y utilización y tráfico de documento de identidad falso) y 399 (falsificación por particular, uso y tráfico de certificaciones falsas) e introducciones de una nueva Sección 4.ª en el Capítulo II del Título XVIII del Libro II (con la rúbrica: «De la falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje»), de un nuevo artículo 399 bis (falsificación de tarjetas de crédito o débito y cheques de viaje; aplicación a lo anterior, alternativamente, de los arts. 31 bis y 129 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas; y tenencia para la distribución o el tráfico y utilización de tarjetas o cheques falsificados) y de un nuevo artículo 400 bis (uso por quien no está legitimado de documento, despacho, certificación o documento de identidad auténticos) por el P/07, que no acoge el A/08.

46. Modificación del subapartado a) del apartado 3.º del artículo 451 (encubrimiento mediante ayuda a los supuestos responsables de determinados delitos) por el A/08, que no acogía el P/07.

47. Introducción de un nuevo artículo 451 bis (ayuda, mediante las conductas a que se refiere el que sería nuevo artículo 297 bis, a las personas físicas integradas en una jurídica suspendida o disuelta, a continuar sus actividades, como modalidad de encubrimiento) por el P/07, que no acoge el A/08.

48. Modificación del apartado 2 del artículo 456 (excepción, por actuación del Ministerio Fiscal, a condición de procedibilidad en acusación o denuncia falsas) por el P/07, que no acoge el A/08.

49. Modificación del apartado 1 del artículo 464 (influencia sobre intervinientes en procedimiento penal) por el P/07, que no acoge el A/08.

50. Modificación de apartado 2 del artículo 468 (quebrantamiento de penas o de medidas cautelares o de seguridad específicas: ampliación a quebrantamiento de pena de libertad vigilada del que sería nuevo artículo 49 bis CP, cuyo apartado 6 remite a este 468) por el A/08, que no acogía el P/07.

51 y 52. Modificaciones de los artículos 517 (penas correspondientes, por razón de los sujetos, a los delitos de asociación ilícita del artículo 515.1.º y 3.º a 5.º CP: agravación de la de privación de libertad) y 520 (disolución judicial de las asociaciones estimadas ilícitas: sustitución del acompañamiento de que «en su caso» se acordará cualquier consecuencia accesoria de las previstas en el artículo 129, por el de que, también «en su caso», se impondrá «cualquiera otra de las penas establecidas en el artículo 33.7»), es decir, las penas correspondientes a las personas jurídicas penalmente responsables conforme al artículo 31 bis) por el P/07, que no acoge el A/08.

53 y 54. Modificaciones de los apartados 1.1.º y 3.º y 2 del artículo 566 y 1 y 2 del artículo 567 (depósitos de armas o municiones: introducción en todos los casos de

taron o las que suscitaron la anterior política criminal y cuales originaron tan diferente política penal previa.

Salvo, claro es, que a priori pueda concluirse que en ambos casos: primero, ha sido nulo el acopio de esos datos e intrascendentes en su mayoría los cambios acaecidos en el resto del ordenamiento; segundo, se han elevado sobre una base próxima a la nada los planteamientos

referencia expresa a minas antipersonas y en el artículo 566.2 de la conducta de no destruir las armas o minas antipersonas infringiendo tratados o convenios internacionales) por el A/08, que no acogía el P/07.

55. Modificación del artículo 569 (depósitos de armas, municiones o explosivos: sustitución del mandato de que los establecidos «en nombre o por cuenta de una asociación con propósito delictivo» llevarán a la declaración judicial de ésta como ilícita y a su consecuente disolución, por la de que los establecidos «en nombre» de igual asociación determinarán, «en su caso», que se declare «su responsabilidad penal con arreglo al artículo 31 bis» y se le imponga la pena de disolución) por el P/07, que no acoge el A/08.

56. Introducción de un nuevo artículo 576 bis (delito de provisión o recolección de fondos destinados a la comisión de delitos de terrorismo, a financiarlo o a financiar actos terroristas, bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas) por el A/08, que no acogía el P/07.

57. Modificación del artículo 580 (en materia de terrorismo, equiparación de las condenas extranjeras a las sentencias españolas a efectos de reincidencia) por el P/07, que no acoge el A/08.

58, 59, 60 y 61. Introducción de los apartados 8.º y 9.º en el artículo 611, modificación de los apartados 3º y 4º del artículo 612 e introducción en él de los 8.º a 10.º, y modificaciones de los artículos 613 y 614 (delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, Cap. III, Tít. XXIV, Lib. II CP) por el A/08, que no acogía el P/07.

62 y 63. Modificación del artículo 616 e introducción de un nuevo artículo 616 ter (disposiciones comunes del Tít. XXIV, «Delitos contra la Comunidad Internacional», Lib. II CP: penas de inhabilitación añadidas, con excepciones, respecto a estos delitos y a los comprendidos en el anterior y condiciones para apreciar la eximente de obediencia debida en relación con los comprendidos en el Cap. III del Tít. XXIV) por el A/08, que no acogía el P/07.

64, 65 y 66. Introducciones de nuevo Capítulo V en el Título XXIV del Libro II y de los nuevos artículos 616 quáter y 616 quinquies («Delito de piratería» y tipos y penas correspondientes –con error o errata en la expresión «616 quater», adverbio este último que ha de acentuarse dada su incorporación al español desde el latín, v. *DRAE*, 22.ª ed, s.v. «quáter»–) por el A/08, que no acogía el P/07.

67. Supresión del apartado 2 del artículo 621 (falta de homicidio por imprudencia leve: en correspondencia con la propuesta de modificación del ap. 2 del artículo 142 –v., más atrás, C.1–) por el P/07, que no acoge el A/08.

68. Introducción de un nuevo apartado 5 en el artículo 423 (falta de administración fraudulenta: en correspondencia con la propuesta de introducción de un nuevo artículo 254 bis –v., más atrás, C.16 y 17–) por el P/07, que no acoge el A/08.

69. Modificación del párrafo tercero del artículo 639 (disposiciones comunes a las faltas: perdón del ofendido, corrección de la actual errata por la que se remite al número 4.º –y no al 5.º como se debiera– del artículo 13 CP) por el P/07, que no acoge el A/08.

político-criminales; y, finalmente, se ha llevado a cabo la respectiva confección normativa con dosis masivas de intuicionismo, albur, golpes de efecto mediático o de puesta al servicio de los egos presentes en ella en cada momento.

Las expresiones de todo lo que acabo de apuntar no son pocas ni tampoco nimias; aún sin aludir a las atinentes a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de las que, como queda dicho, me ocuparé bajo los siguientes epígrafes. Así, por seleccionar algunas (y ello solo de entre las que son completamente distintas en uno y otros textos prelegislativos):

El P/07 se proponía variar la «parte especial» del Código penal en materias tales como: la vida humana; la libertad sexual; los delitos patrimoniales en un aspecto general y especialmente las defraudaciones y las insolvencias punibles; la propiedad industrial; los delitos societarios; las haciendas públicas y la Seguridad Social; la protección de los animales domésticos; el tráfico de drogas; las falsedades documentales; la administración de justicia; las asociaciones ilícitas; o el terrorismo. El A/08, de un lado, no ha acogido la anterior pretensión de actuar sobre muchas de ellas; de otro, ha sustituido en ocasiones las patrocinadas antes por algunas distintas; y, por último, ha impulsado variaciones en ámbitos delictivos diferentes a los que se refería su predecesor. Toda una demostración de incoherencia del uno, del otro o de los dos documentos encaminados a la reforma del Código penal.

A la vista de estos modos de proceder, parece necesario que se contesten preguntas como las siguientes:

Si había fundamento en 2007 para convertir en delito la falta de homicidio por imprudencia leve o para des-incriminar la conducta de fecundar óvulos humanos con fin distinto a la procreación de esta especie e incriminar en su lugar la de practicar técnicas de clonación en seres humanos con fines reproductivos (7): ¿en qué han cambiado las bases en que se apoyaban estas variaciones para que el A/08 no las acoja? ¿o es que tales bases eran inexistentes o, al menos, insuficientes y, por tanto, el P/07 no debió patrocinar estas reformas? Dicho de

(7) En el primer caso, modificando el artículo 142.1 y suprimiendo el 621.1 actuales; y en el segundo, modificando el vigente artículo 160.2. Respecto a lo primero, la E. de M. del P/07 (p. 6, 1.ª col., in fine) apela a una «extendida impresión social» y a una «preocupante imagen de total ausencia de fuerza de la conminación penal»; respecto a lo segundo (p. 6, 2.ª col.), admite que la nueva incriminación puede «tildarse de posibilidad meramente abstracta», aunque añade que con ella «se preserva al sistema punitivo de una intervención injustificable en el debate sobre los usos terapéuticos y de investigación en relación con óvulos humanos». El A/08 guarda un explicable silencio sobre lo que mantiene.

otra manera: si lo propuesto en 2007 era necesario, ¿por qué ya no lo es un año después?; y si ya no se entiende preciso en 2008, ¿por qué se estimó así un año antes? (8)

(8) Preguntas éstas como las anteriores, que han de repetirse en referencia a estos otros asuntos:

– Abusos sexuales sobre menores de trece años en el marco de una organización delictiva y salvedad de que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiese serlo con arreglo al derecho español, en la equiparación de las sentencias extranjeras a efectos de reincidencia en materia de prostitución, exhibicionismo y pornografía. Introduciendo un nuevo ap. 5 en el artículo 181 y modificando el artículo 190.

– Transformación de la excusa absolutoria para los delitos patrimoniales, en una condición de procedibilidad (exigencia de denuncia). Modificando el artículo 268.

– Estafa, pena de la estafa, estafas agravadas, apropiación indebida, nueva rúbrica «De la Administración fraudulenta», nuevo delito de administración fraudulenta y nueva falta correspondiente. Modificando los artículos 248, 249, 250 y 252 y la Secc. 3.ª, Cap. VI, Tít. XIII, Lib. II e introduciendo los artículos 254 bis y 423.5.

– Delito de «quiebra delictiva». Modificando el artículo 260.

– Utilización de signo distintivo en materia de protección de la propiedad industrial. Modificando el artículo 274.1.

– Administración desleal y encubrimiento de actividades económicas ajenas por administradores de entidades sociales. Modificando el artículo 295 e introduciendo un nuevo artículo 297 bis.

– Fabricación, introducción, posesión o facilitación de programas informáticos específicamente destinados a la comisión de los delitos «contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social» (Tít. XIV, Lib. II). Introduciendo de nuevo ap. 2 en el artículo 310.

– Maltrato de animales domésticos. Modificando el artículo 337.

– Posibilidad y límites de atenuar la pena en delitos de tráfico de drogas. Introduciendo un nuevo párr. segundo en el artículo 368.

– Falsedad en documento público, oficial o mercantil por particular y utilización y tráfico de documento de identidad falso; falsificación por particular, uso y tráfico de certificaciones falsas; nueva rúbrica «De la falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje» y nuevos delitos de falsificación de tarjetas de crédito o débito y cheques de viaje, tenencia para la distribución o el tráfico y utilización de tarjetas o cheques falsificados y uso por quien no está legitimado de documento, despacho, certificación o documento de identidad auténticos. Modificando los artículos 392 y 399 e introduciendo una nueva Secc. 4.ª en el Cap. II, Tít. XVIII, Lib. II y nuevos artículos 399 bis y 400 bis.

– Ayuda, mediante las conductas a que se refiere el que sería nuevo artículo 297 bis, a las personas físicas integradas en una jurídica suspendida o disuelta, a continuar sus actividades, como modalidad de encubrimiento; excepción, por actuación del Ministerio Fiscal, a condición de procedibilidad en acusación o denuncia falsas; e influencia sobre intervinientes en procedimiento penal como modalidad de obstrucción a la justicia. Introduciendo un nuevo artículo 451 bis y modificando el ap. 2 del artículo 456 y el ap. 1 del artículo 464.

– Penas correspondientes, por razón de los sujetos, a los delitos de asociación ilícita del artículo 515.1.º y 3.º a 5.º: agravación de la de privación de libertad. Modificando el artículo 517.

El A/08, por su parte, no solo parece empeñado en ruborizar al P/07 por lo que hizo, al rechazar tantas de las modificaciones que lo componían, sino que también le enmienda la plana por lo que dejó de hacer, al pretender reformar el Código en terrenos en que aquél no se adentraba.

Pretende reformar la «parte especial» del Código, en efecto (y recuerdo que únicamente me referiré a aquello en lo que se da un disentimiento completo entre ambos textos), en relación con temas como, por ejemplo, los siguientes: trata de seres humanos; libertad sexual; legitimación de bienes; derechos de los trabajadores; recursos naturales y medio ambiente; protección de la fauna; radiaciones ionizantes; riesgos por explosivos y otros agentes; administración de justicia; depósitos de armas o municiones; terrorismo; protección de personas y bienes en caso de conflicto armado; delitos contra la comunidad internacional; o piratería.

El panorama de modificaciones varía sustancialmente respecto al del P/07, incluso en los pocos casos en que coinciden las materias genéricamente consideradas, pues las que se propugnan en 2008 son distintas de las que se preconizaban el año anterior. Un horizonte de legislación, por tanto, que prescinde olímpicamente de su antecedente inmediato. En ocasiones administrándole en la Exposición de Motivos, sin citarlo, un correctivo en toda la línea.

Así, por lo que concierne a la «trata de seres humanos», respecto de la que el A/08, tras indicar implícitamente en su motivación que el P/07 había omitido algo de realización «imprescindible» en relación con su tratamiento actual «a todas luces inadecuado», patrocina las introducciones en el Libro II del Código penal de un nuevo Título VII bis (con esa rúbrica) y, dentro él, un también nuevo artículo 177 bis relativo a las conductas típicas, irrelevancia del consentimiento de las víctimas, reglas concursales y validez de las condenas de los tribunales extranjeros a efectos de reincidencia (9).

– Salvedad de que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiese serlo con arreglo al Derecho español, en la equiparación de las condenas extranjeras a las sentencias españolas a efectos de reincidencia en materia de terrorismo. Modificando el artículo 580.

(9) Además de al establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas para «los delitos comprendidos en los capítulos anteriores»; capítulos que, sin embargo, no aparecen en el nuevo Título *in fieri*. En el sentido que apunto en el texto, la E. de M. (p. 9) dice sobre este asunto: «El tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el artículo 318 bis resultaba a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos. La separación de la regulación de estas dos realidades criminológicas resulta imprescindible tanto para cumplir con los mandatos de los compromisos internacionales como para dar fin a los constantes conflictos interpretativos».

O por lo que se refiere a la libertad sexual:

El P/07 se encaminó a modificar los artículos 181.5, 187, 188.3 y 4, más un nuevo apartado 5, 189.1.a), 3.b), con el añadido de un nuevo subapartado g), y 8, así como, por último, el artículo 190. Salvo este último (cuya modificación no acogería el A/08), que tiene alcance general a todos los delitos contra la libertad sexual, los demás tratan de la libertad sexual de menores o incapaces.

Pues bien, el A/08 no contiene ninguna propuesta de modificación que coincida plenamente con las del P/07.

Coincide parcialmente: respecto a la modificación del artículo 187 (inducción, promoción, favorecimiento o facilitación de la prostitución de menores e incapaces), en las redacciones de todos sus apartados, excepto la del 2 (relativas a menores de trece años), donde las penas son distintas y, además, mientras el P/07 incluye alternativa-mente la puesta en peligro del «menor» de edad aún mayor de trece años o del «incapaz», el A/08 no indica tal alternativa; respecto a la modificación del artículo 188 (determinación a la prostitución), en la de los apartados 1 y 5, mientras que difieren las respectivas redacciones de los 2, 3 y 4, en las cuales en unas ocasiones las conductas incriminadas son las mismas mientras que en otras no (el A/08 pretende la agravación por la «puesta en peligro dolosa o por imprudencia grave» de «la vida o salud de la víctima» y el P/07 no) y en todos los casos varían las penas; y finalmente respecto a la modificación del artículo 189 (exhibicionismo y pornografía en relación con menores o incapaces), coinciden los apartados 8 y se diferencian todas las penas, siempre mayores en el A/08, y las conductas a que se refieren los apartados 1.a) y b) de este último que amplían las del 1.a) del P/07 (al incluir la conducta de «captar») y las del 1.b) del Código (al incluir la conducta de «ofrecer»; el P/07 no contenía esta modificación).

Por último y en consecuencia, el A/08 se diferencia por completo del P/07 en las modificaciones e inclusiones que patrocina para los artículos: 178 (agresión sexual); 180.1.3.^a (agresión sexual agravada); 181.5 (abusos sexuales sobre menores de trece años en el marco de una organización delictiva) pretendida por el P/07 y no acogida por el A/08 que, en lugar de ello, patrocina que el apartado 4 de dicho artículo pase a ser el 5 y la modificación de sus apartados 2 (abusos sexuales en todo caso no consentidos) y 4 (abusos sexuales con acceso vaginal, anal o bucal); 182 (abuso sexual con engaño); 183 (atentados contra la «indemnidad sexual» de menores); y 192.2 (inhabilitaciones especiales para responsables de menores o incapaces, dentro de las disposiciones comunes al Tít. VIII, Lib. II, CP).

Todo ello lo antecede el A/08 con una motivación sobre el asunto donde, en primer lugar, se afirma que «se procede a la incorporación en el Título VIII del Libro segundo del Código penal del Capítulo II bis denominado «De los abusos y agresiones sexuales a menores». Afirmación que, sin embargo, no se materializa más adelante en el texto prenormativo: de este modo abandona su idea inmediatamente precedente, cuya plasmación implícitamente se echa de menos en el P/07, de que existe «la necesidad de realizar una reforma de los delitos contra la libertad sexual donde se lleve a cabo la tipificación de las conductas sexuales que afecten a los menores de forma separada de la regulación propia para los adultos», lo que «permitirá ajustar las penas con más exactitud, reflejando así el mayor contenido de injusto que presentan estas conductas, ya que mediante las mismas se lesiona no sólo la indemnidad sexual entendida como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado, sino también la formación de la sexualidad del menor».

Sin necesidad de otros detalles, se comprende ya que el galimatías está servido. Y, de nuevo, requiere que se den respuestas a interrogantes como estos: ¿tanto se equivocó el P/07?, ¿por qué?, ¿que ha ocurrido en el corto plazo que le separa del A/08, es decir que no existiera antes, para que se marquen con él tantas diferencias? (10)

(10) Preguntas, estas y otras de similar sentido, que lo mismo se pueden formular respecto a la «trata de seres humanos», antes aludida, que reiterarse en lo concerniente estas otras modificaciones del Código penal pretendidas por el A/08, que realmente rectifican el P/07:

- Legitimación de bienes de origen delictivo y ayuda a los responsables en la elusión de responsabilidades. Modificando el párr. 1.º del artículo 301.1.
- Determinación o favorecimiento de la emigración de alguna persona a otro país simulando contrato o colocación, o usando otro engaño semejante. Modificando el artículo 313.
- Terceras modalidades de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Modificando el artículo 328.
- Conductas que atentan contra especies animales amenazadas. Modificando el artículo 334.1.
- Exposición a radiaciones ionizantes. Modificando el artículo 343.
- Riesgos por explosivos y otros agentes capaces de causar estragos. Modificando el artículo 348.1 y 3.
- Encubrimiento mediante ayuda a los supuestos responsables de determinados delitos [modificando el artículo 451.3.º a)] y quebrantamiento de penas o de medidas cautelares o de seguridad específicas, como consecuencia de la ampliación del quebrantamiento de pena de libertad vigilada del que sería nuevo artículo 49 bis y de la remisión de su apartado 6 (modificando el artículo 468.2).
- Depósitos de armas o municiones: introducción de referencia expresa a minas antipersonas y de la conducta de no destruir las armas o minas antipersonas infrin-

Como se puede comprobar sobre lo que queda expuesto, la comparación entre los textos del P/07 y del A/08, así como la que puede imaginarse entre los trabajos conducentes al primero y los que han llevado a la formulación del segundo, muestran una política penal errátil al servicio de una errátil política criminal. Por decirlo con suavidad.

Al tiempo de escribir estas líneas un comentarista político (11) hacía la siguiente consideración: «La deliberación es un componente esencial de la política democrática, difícilmente compatible con la exaltación y con los estados emocionales de la opinión pública. En este país hay una tendencia creciente a actuar a golpe de acontecimiento, que es lo más contrario al razonamiento democrático. Hay un crimen execrable, inmediatamente el Gobierno o la oposición propone endurecer el Código Penal; hay una decisión judicial que no gusta, siempre aparece alguien para exigir que se cambien las leyes. Por este camino, acontecimiento tras acontecimiento, España se va convirtiendo en un país altamente represivo, con un crecimiento imparable de la población penitenciaria». A la que más adelante añadía: hay «síntomas de algo muy preocupante: la conversión de nuestra democracia en una democracia corporativa –en que los gremios y las grandes compañías pesan de modo determinante sobre la política– y populista –que es la huida hacia delante de los gobernantes ante el poder corporativo».

¿Cuánto hay de esto, o de ideas similares, detrás del Proyecto y del Anteproyecto de modificación del Código penal de los dos años inmediatamente pasados? Con seguridad mucho. Como ratifica la concor-

giendo tratados o convenios internacionales. Modificando los artículos 561.1.º y 3.º y 567.1 y 2.

– Delito de provisión o recolección de fondos destinados a la comisión de delitos de terrorismo, a financiarlo o a financiar actos terroristas, bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas. Introduciendo un nuevo artículo 576 bis.

– Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, del Capítulo III, Título XXIV, Libro II. Introduciendo los aps. 8.º y 9.º en el artículo 611, modificando el artículo 612.3º y 4º e introduciendo en él los aps. 8.º a 10.º, y modificando los artículos 613 y 614.

– Disposiciones comunes del Título XXIV, «Delitos contra la Comunidad Internacional», del Libro II: penas de inhabilitación añadidas, con excepciones, respecto a estos delitos y a los comprendidos en el anterior y condiciones para apreciar la existencia de obediencia debida en relación con los comprendidos en el Capítulo III del Título XXIV. Modificando el artículo 616 e introduciendo un nuevo artículo 616 ter.

– «Delito de piratería» y tipos y penas correspondientes. Introduciendo un nuevo Cap. V en el Tít. XXIV del Lib. II y dos nuevos artículos 616 quáter y 616 quinquies.

(11) RAMONEDA, Josep, «Corporativismo y populismo», en *El País* de 26 de diciembre de 2008, p. 11.

dante opinión de un cualificado penalista, expresada poco después en otro medio (donde adicionalmente subraya la incidencia de los «nuevos gestores de la moral colectiva» y de los media, en el populismo de las políticas criminal y penal gubernamentales) (12).

Pero si lo dicho sobre ambos no es nada bueno, todavía cabe destacar algo en particular de cada uno de ellos, y común a los dos, que los empeora. A lo que me referiré bajo el siguiente epígrafe.

II. LAS DISCUTIBLES Y ANTOJADIZAS PROPUESTAS DE RECONOCIMIENTO LEGAL DE RESPONSABILIDAD PENAL DIRECTA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

A) Un reconocimiento no obligatorio

En su Artículo único, Segundo, el A/08 preconiza una concreta modificación del Código Penal mediante la introducción en él de un artículo 31 bis, sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas. En todos sus términos coincide su redacción con la del también artículo 31 bis patrocinado por el P/07 (13).

(12) GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. «La insoportable gravedad del Código Penal», I y II, en *El Mundo* de, respectivamente, 22 y 23 de enero de 2009, páginas, correspondientes, 17 y 19 [remitiendo el presente estudio para su publicación, llega a mis manos por cariñosa deferencia de su autor el libro del maestro Gimbernat, *Estado de Derecho y ley penal*, Ed. La Ley, Madrid, 2009, en cuyas pp. 211-216 recoge unificado su artículo en dos partes que acabo de citar]. Sobre la influencia de los *media* en la creación de la ley penal, demostrativa de lo que Julián Ríos (cit. por ALTOZANO, Manuel, «Cuando la ley se hace a golpe de escándalo», en *El País*-Sociedad, de 11 de noviembre de 2008) ha denominado «populismo punitivo»; v. el artículo de M. Altzano acabado de indicar y el comentario, bajo el mismo título, aparecido en CrimiMedia, <http://crimimedia.uab.cat>, ambos relacionados precisamente con el A/08.

(13) Entre el P/07 y el A/08, se produjeron elecciones generales. El partido que las ganaría, el PSOE, incluyó en su programa electoral el siguiente compromiso: «Estableceremos la responsabilidad penal para las personas jurídicas». Según el coincidente artículo 31 bis:

«1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos, por cuenta o en provecho de las mismas, por las personas físicas que tengan en ellas un poder de dirección fundado en la atribución de su representación o en su autoridad, bien para tomar decisiones en su nombre, bien para controlar el funcionamiento de la sociedad.

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control.

Los veleidosos prelegisladores gubernamentales, aun produciendo esta y otras coincidencias en ambos documentos, han mutado considerablemente, como queda expuesto, muchos de sus otros contenidos. Comenzando, en lo que ahora interesa, por las justificaciones mismas de estos artículos 31 bis en las respectivas exposiciones de motivos (14).

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluirá la de las personas físicas a que se refiere el apartado anterior, ni la de éstas excluirá la responsabilidad penal de aquéllas. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los Jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias eximentes de la responsabilidad penal o de circunstancias que la atenúen o agraven no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de los que se dispone en el apartado siguiente.

4. Serán circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

a) Haber procedido antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades

b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para declarar su responsabilidad.

c) Haber reparado o disminuido sus efectos en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral el daño ocasionado por el delito.

d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas se aplicarán a las asociaciones, las fundaciones y las sociedades».

(14) Así, en la E. de M. del P/07 (pp. 3, 1.^a y 2.^a cols., y 4, 1.^a col.), se decía:

«[...] Incide luego la reforma en el importante problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuya regulación penal encierra importantes dificultades generadas, como fácilmente se comprende, por el que hasta ahora pareciera infranqueable principio *societas delinquere non potest*. Pero la satisfacción de las obligaciones dimanantes de un amplio abanico de Decisiones Marco, como son por ejemplo las DM 2005/667, 2005/222, 2004/757, 2004/68, obliga a superar esa dificultad procurando además el máximo respeto a las garantías acumuladas por el derecho penal de la culpabilidad. En este delicado problema convergen, además, unas dificultades de carácter técnico o dogmático, que se enfrentan a una palpable necesidad político-criminal, que, compartida por el resto de países de nuestro entorno ha dado lugar a las mentadas resoluciones. La coincidencia internacional en lo ineludible de que los sistemas penales acogieran esa clase de responsabilidad, ha venido impuesta, como fácilmente se puede comprender, especialmente por la necesidad de robustecer el marco jurídico en que se puede desarrollar con eficacia y garantía el principio de

Sin embargo, ambas arrancan con el señalamiento de un mismo *Leitmotiv*. De inicio, se dice en la del P/07 que «la satisfacción de las obligaciones [*sic*] dimanantes de un amplio abanico de Decisiones

libre empresa, que ha de desarrollar su eficacia en un espacio que supera ampliamente el marco territorial y económico de los Estados. Esa razón de origen explica, por demás, que se haya excluido del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas al Estado, a las administraciones públicas territoriales e institucionales, a los partidos políticos y a los sindicatos.

A esa nueva especie de responsabilidad había que dotarla, como es lógico, de especiales garantías. Ante todo, descartando la posibilidad genérica de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas en cualquier clase de delito, en favor de un sistema de incriminación específica, indicando en una serie de figuras delictivas que se admite la eventual comisión por una persona jurídica. Esa estricta selección, con la que se da estricto cumplimiento a nuestros compromisos europeos en esta materia, ha recaído sobre delitos de indudable trascendencia en los que es fácilmente imaginable la presencia de una persona jurídica en su dinámica comisiva, lo que explica la exigencia de una responsabilidad a éstas. Por otra parte, y frente a otras personas físicas o jurídicas que puedan sufrir el perjuicio, la garantía de que la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en los concretos y explícitos casos en que se prevé su posible exigencia, no pueda ser burlada por el fácil camino de la desaparición, y, para impedirlo, se da una nueva redacción al artículo 130 añadiendo un apartado que, además de declarar la irrelevancia a estos efectos de su disolución encubierta o meramente aparente, dispone que la transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, con las que se fusione o las que la absorban o aquellas que resulten de su escisión.

Muy claro ha de quedar entendido que esa responsabilidad no pretende ni puede sustituir, ocultar, empañar, o diluir la de las personas físicas. El sistema que se presenta tiene unas características marcadas, cuya primera condición es no reducir la responsabilidad de la persona jurídica al papel de simple pagadora de la multa impuesta a los administradores, respuesta llena de dificultades procesales que venía dando el párrafo segundo del artículo 31, que por eso se suprime. La responsabilidad de las personas jurídicas se concibe como propia aunque nacida de los delitos cometidos, por cuenta o en provecho de las mismas, por las personas físicas que las gobiernan o por quienes, estando sometidos a la autoridad de esas personas físicas realicen los hechos porque así se les indique o por no haberse ejercido sobre ellos el debido control, prescindiendo de la específica concreción y medida de la responsabilidad penal de los subordinados, que no atañe a la de la persona jurídica. La fuerza del factor humano en la configuración de la imputación del hecho a la persona jurídica permite, además, vencer adecuadamente la objeción referente a su llamada incapacidad de culpabilidad o de conducta dolosa o imprudente, pues esas dimensiones personales y subjetivas continúan residenciadas en la persona física.

Como es lógico, esas penas imponibles a las personas jurídicas han de ser modulables: gravemente desigual sería la regulación de la responsabilidad penal de éstas si, como acontece con la de las personas físicas, no se previera también un régimen de aminoración o agravación de esa responsabilidad. A tal fin se establecen una serie de causas de atenuación que giran en esencia sobre la valoración positiva de la reparación del daño y de la adopción de medidas eficaces para prevenir los que en el futuro pudieran causarse desde ellas. La agravación, lógicamente, se produce cuando las conductas delictivas se repiten.

Marco [...] obliga [*sic*] a superar [...] el que hasta ahora pareciera infranqueable principio *societas delinquere non potest*»; a lo que mas adelante se añade que con el procedimiento de modificación proyect-

Una objeción central a la posibilidad de acoger la responsabilidad penal de las personas jurídicas se apoyaba ciertamente en la incapacidad de éstas para soportar unas reacciones jurídicas, como son las penas, que se concibieron para personas físicas. Esa imposibilidad estaría fuera de duda si se pretendiera extender sin matiz alguno un sistema punitivo así caracterizado; mas eso no sucede cuando, como se ha expuesto, el eventual delito es obra de sujetos concretos que arrastran consigo la responsabilidad de la persona jurídica bajo cuya forma y en cuyo interés y provecho actúan. Las sanciones penales que entonces se contemplan para esas personas jurídicas, parten de esa realidad y obedecen a comprensibles criterios de prevención frente al abuso de la personalidad separada, que no puede servir de cortafuegos de la responsabilidad patrimonial, ni tampoco puede dejar a la persona jurídica en la ajeneidad respecto de los actos delictivos ejecutados en su interés –por decisión o por tolerancia de los que tengan poder para controlar las decisiones– de modo que no hayan de afectar en nada a su propia capacidad de continuar en el mercado indemne y con plenitud de derechos. Es desde esa óptica como han de comprenderse las diferentes sanciones que con el nombre de penas se contemplan».

Con leve menor amplitud en la E. de M. del A/08 (pp. 1 *if.*, 2 *ip.* y 6-8), se dice en cambio:

«[...] la necesidad de llevar a cabo una reforma legislativa viene determinada por la existencia de compromisos internacionales. Es el caso, entre otros, de la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, [...].

Se regula de manera pormenorizada la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales (Convenios, Decisiones Marco...) que demandaban una respuesta penal clara para las personas jurídicas sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente (corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas de información...).

Esa responsabilidad, predicable de las asociaciones, las fundaciones y las sociedades, quedando excluidos de la misma el Estado, las administraciones públicas territoriales e institucionales, los partidos políticos y los sindicatos, únicamente podrá ser declarada en aquellos supuestos donde expresamente se prevea. Para los demás casos, el nuevo artículo 129, que antes regulaba las consecuencias accesorias, abre la posibilidad de que las medidas del artículo 33.7 puedan acordarse con carácter preventivo para cualquier organización, con o sin personalidad jurídica, siempre que el delito objeto de la condena haya sido cometido por quienes dirijan o controlen la actividad de la organización o por los miembros de la misma cuando su actuación delictiva haya sido ordenada, instigada o permitida por aquellos.

Para la fijación de la responsabilidad a las personas jurídicas se ha optado por establecer una doble vía pues, junto a la imputación de aquellos delitos cometidos por su cuenta o en su provecho por las personas que tienen poder de representación en las mismas, se añade la imputación de aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre los que ostentan dicho poder de representación.

Se deja claro que la responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de que exista o no responsabilidad penal de la persona física. Consecuencia de ello ha

tado «se da estricto [*sic*] cumplimiento a nuestros compromisos europeos en esta materia». Por su parte, la del A/08 comienza por decir que «[...] la necesidad [*sic*] de llevar a cabo una reforma legislativa viene determinada [*sic*] por la existencia de compromisos internacionales», a lo que inmediatamente agrega: «Es el caso, entre otros, de la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», respecto de la que entiende que: «Son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales (Convenios, Decisiones Marco...) que demandaban una respuesta penal clara [...]».

Algo más matizadamente se ha dicho en doctrina que «las directrices de política-criminal internacional, y en particular europea, se enderezan a la introducción en los ordenamientos estatales de esa nueva forma de responsabilidad criminal [sc. de las personas jurídicas]. De manera paulatina, ... se han ido sucediendo Decisiones Marco de la Unión Europea, que confluyen [sc. con otros «pronunciamientos [...] de carácter internacional»] en la misma apuesta polí-

sido suprimir el actual párrafo segundo del artículo 31 que hacía responsable, de manera directa y solidaria, del pago de la multa impuesta a la persona física a la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó.

Se concreta todo un catálogo de penas imponibles a las personas jurídicas donde se añaden a las hasta ahora denominadas consecuencias accesorias (disolución, suspensión de actividades, clausura de establecimientos ...) la multa por cuotas y proporcional y la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones Públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social. Para la aplicación de las penas y teniendo en cuenta los distintos factores que pueden confluír se opta por conceder amplio arbitrio al Juez si bien se le aconseja observar, en la medida de lo posible, las reglas generales establecidas al respecto.

Se tiene en cuenta el posible fraccionamiento del pago de las multas que le fueren impuestas a las personas jurídicas cuando exista peligro para la supervivencia de aquella o la estabilidad de los puestos de trabajo, así cuando lo aconseje el interés general.

Además, se regulan diversos supuestos que atenúan la responsabilidad de las personas jurídicas entre los que destacan la confesión de la infracción a las autoridades, la reparación del año y el establecimiento de medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro puedan cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

En este apartado relativo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y al objeto de evitar que la misma pueda ser burlada por una disolución encubierta o aparente o por su transformación, fusión, absorción o escisión, se contienen previsiones específicas donde se presume que existe la referida disolución aparente o encubierta cuando continúe con su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, y para los otros supuestos se traslada la responsabilidad penal a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida o resulte de la escisión.

Por último, en el ámbito de la responsabilidad civil derivada del delito cometido por una persona jurídica, se siguen las reglas generales aunque se prevé expresamente el cumplimiento de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos».

tico-criminal», que anuncia «el cercano ocaso del brocardo *societas delinquere non potest*» (15).

Que existen los instrumentos jurídicos más o menos vagamente aludidos en estos lugares, no admite duda. Que, además, de ellos derive la «obligación» (también expresada como «cumplimiento de nuestros compromisos europeos») o que «determinen la necesidad» de proceder a la reforma legislativa en los términos en que proponen los dos textos gubernamentales de referencia, es harto dudoso.

Para comprobar hasta qué punto, que según veremos alcanzará la crisis, creo que lo mejor es procurar responder a esta triple pregunta: ¿Cuales son, en qué consisten y cómo se manifiestan esas normas supranacionales? Unas normas ante cuyos mandatos armonizadores se quiere hacer ver que, en señal de respeto y acatamiento, han de doblar sus cervices aquiescentes las medidas «legiferantes» del Gobierno, precisamente –y este es el núcleo del asunto, como queda anticipado– del determinado modo que a través de ellas se pretende establecer en el ordenamiento penal español.

Respecto a la primera cuestión, la Exposición de Motivos del P/07 habla de «un amplio abanico de Decisiones Marco» e indica, simplemente «como ejemplo», las «2005/667, 2005/222, 2004/757, 2004/68» (16). La del A/08 (17), todavía de manera más escueta, se limita a aludir a que son «numeroso los instrumentos jurídicos internacionales (Convenios, Decisiones Marco...)» los que conducen a la reforma que patrocina.

Puede discutirse, pero me parece que tanto la trascendencia de esta o de la anterior e igual modificación que se quiere o se quiso conseguir, cuanto el respeto por la seguridad jurídica, siempre necesaria en cualquier rama del Derecho pero particularmente exigible y extremada en la penal, habrían requerido una mayor y mejor explicitud (18) a la hora de señalar tan poderosos instrumentos afirmados como generativos.

(15) MORALES PRATS, Fermín, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: perspectivas de reforma en el Derecho penal español», en Álvarez García, F. J. (Dir.), el mismo, Manjón-Cabeza Olmeda, A. y Ventura Püschel, A. (Coords.) y otros, *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 47-48 *i.p.*, entrecorillado en el original.

(16) P. 3, 1.^a columna. Decisiones marco repetidas salvo la primera, con mayor detalle pero también como «entre otras», por MORALES, «La responsabilidad», cit., p. 48, nota 2. V. su cita completa y más precisa en mi artículo «Algunas determinaciones y condiciones constitucionales de las penas», en C. García Valdés, A. Cuerda Riezu, M. Martínez Escamilla, R. Alcacer Guirao, M. Valle Mariscal de Gante (coords.) y otros, *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Madrid, 2008, p. 544, nota 49.

(17) Página 6.

(18) Más diligente que la reproducida E. de M. se mostró el Informe CGPJ/06, pp. 5-6, que, «en este mismo contexto», añade al elenco de aquella «las siguientes dis-

La aparentemente indefinida magnitud de la abundancia de estas «Decisiones» no debe sin embargo abocar a una búsqueda por cuenta propia, en mayor o menor grado fatigosa. Pues, providente al cabo, la autoridad ministerial desvela en otro lugar (aunque no oficial) que la cuantía de los instrumentos internacionales y de la Unión Europea tomados expresamente en cuenta, no es apabullante; y, si bien con alguna imprecisión adicional, por fin los facilita (19). Son, se nos dice, «diversas Decisiones marco», a saber: «2005/222/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques a los sistemas de información»; «2003/568/JAI del Consejo de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado»; 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de los delitos y penas aplicables en el ámbito del tráfico de drogas»; «2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil»; y «2001/413/JAI del Consejo, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo». A las que deben sumarse, se añade, «diversos Convenios internacionales», aunque tan solo alude a uno: «señaladamente el Convenio OCDE relativo a la lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales de 17 de diciembre de 1997».

El «amplio abanico» al que aludía la Exposición de Motivos del P/07 –al que se refiere el catálogo acabado de transcribir– no parece construido con demasiadas varillas. Y, por seguir con la metáfora, así

posiciones: Decisión Marco 2000/383/JAI del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro. Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre lucha contra el terrorismo. Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos. Decisión Marco 2002/946/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia de irregulares. Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo. Acción Común 98/733/JAI del Consejo, de 21 de diciembre de 1998, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea».

(19) V., del a la sazón Secretario General Técnico del Ministerio de Justicia, VILLAMERIEL PRESENCIO, Luis P., «La Legislación Penal Europea y las obligaciones que genera. El modelo de integración o armonización: Tercer Pilar, Directivas y Decisiones Marco», en Álvarez, F. J. (Dir.) y otros, *La adecuación...*, cit., pp. 21 i.f.-22 i.p.

formado acabará manifestando su endeblez y consiguiente falta de utilidad funcional: como espero demostrar.

Pese a ser sobradamente conocido, y ya que son más las citadas y relativamente novedosas –aunque previsiblemente en trance de periclitar (20)–, corresponde indicar ahora como paso intermedio de la indagación en curso, en qué consisten estas «Decisiones Marco». Lo que, en principio (21), resulta fácil:

Conforme al artículo 34.2 del Tratado de la Unión Europea: «El Consejo dispondrá y fomentará [...] la cooperación pertinente para la consecución de los fines de la Unión. A tal fin, a iniciativa de cualquier Estado miembro o de la Comisión, el Consejo podrá, por unanimidad: [...] b) adoptar decisiones marco para la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. Las decisiones marco obligarán a los Estados miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. No tendrán efecto directo».

Despejada pues la segunda de las cuestiones planteadas, procede a continuación tratar de hacer lo propio con la tercera y última: la que versa sobre cómo se manifiestan aquellas decisiones marco en relación con el problema que nos ocupa, esto es, el de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Avanzaré sobre este extremo que estoy de acuerdo con la afirmación, referida al conjunto de las decisiones marco que afectan a la materia en estudio, según la cual: «Obviamente, la responsabilidad de las personas jurídicas a que aluden estos instrumentos no es necesariamente penal y puede ser simplemente de orden administrativo» (22).

(20) Su lugar lo ocuparán directivas a tenor del artículo 2.67 del Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 (publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, C 306, de 17 de diciembre de 2007, versión en español, p. 65), conforme al que se sustituirá el artículo 31 del Tratado de la Unión Europea por, entre otros, el artículo 69.B.2. Cf. DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, «Capítulo Quinto. Armonización penal en la Unión Europea», en Arangüena Fanego, Coral y Sanz Morán, Ángel José (Coords.) y otros, *La reforma de la justicia penal. Aspectos materiales y procesales*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 163-167, en especial p. 166.

(21) No lo es en muchos aspectos ulteriores: V. DE LA CUESTA, «Capítulo Quinto. Armonización», cit., pp. 153-167.

(22) DE LA CUESTA, «Capítulo Quinto. Armonización», cit., p. 146. A lo que sin solución de continuidad añade (entrecomillado y cursivas en el original): no obstante, en España, el Proyecto de Reforma del Código Penal publicado el 15 de enero de 2007 se refería a «la satisfacción de las obligaciones dimanantes de un amplio abanico de Decisiones Marco» como fundamento para su propuesta de abandono por parte del Derecho Penal Español del principio *societas delinquere non potest* y la regulación proyectada de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (artículos 31 bis y 33.7).

A lo que agregaré que asimismo esta responsabilidad puede ser penal y, sin embargo, no materializarse en penas ni consistir en aquello que el P/07 y el A/08 proponen (23), sin que ello signifique desatender las normas supranacionales antes reseñadas (24).

Realmente es obvio que absolutamente nada en tales normas obliga a proceder como pretenden esos dos textos prelegislativos. Pero lo mismo la índole artificiosa de los planteamientos al respecto presentes en sus exposiciones de motivos que la entidad de lo proyectado en ambos, merecen una exposición más detenida en que apoyar las anteriores aseveraciones.

Comenzaré esta exposición con el examen de lo que establece en relación con el objeto del presente estudio el Convenio de la OCDE, de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (25), que en último y solitario lugar se invoca en el elenco de normas supranacionales antes reseñado.

Su artículo 2, bajo el título «Responsabilidad de las personas jurídicas», dice: «Cada Parte tomará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por la corrupción de un agente público extranjero». Pues bien: de una parte, lo que en este momento resulta

(23) Como ya he sostenido en otros lugares: V., p. ej., mis artículos «Algunas determinaciones», cit., pp. 543-544 y «Las actuaciones en nombre de otro», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencia Penales*, 1984, pp. 32-36 i.p.

(24) El *Informe CGPJ/06*, tras analizar esas normas supranacionales, dice: «La conclusión que se extrae de todo anterior es que –con las excepciones por delitos de terrorismo (DM 2002/475/JAI) y de trata de seres humanos (DM 2002/629/JAI)– el Derecho Comunitario únicamente exige que en los supuestos de conductas criminales realizadas por personal directivo, las personas jurídicas puedan *ser consideradas responsables o exigírseles responsabilidades* por determinadas infracciones de naturaleza penal y que pueden serles impuestas por ello sanciones de naturaleza penal o administrativa. La imputación de responsabilidad de naturaleza penal a las personas jurídicas no lleva implícita necesariamente la imputación subjetiva de hechos delictivos, por lo que no debe considerarse que sea consecuencia de un imperativo de Derecho Comunitario que las personas jurídicas deban ser objeto de un régimen de responsabilidad penal como el de las personas físicas, como tampoco que las sanciones hayan de ser de naturaleza penal». A lo que más adelante, después de exponer la actual legislación penal española sobre la materia, añade: «Hasta la fecha, no se tiene constancia de que la Unión Europea haya dirigido al Estado español interpelación u otra actuación que ponga de manifiesto que la regulación que ha quedado reseñada no satisface las exigencias del Derecho Comunitario vigente». En el mismo sentido se manifiesta el propio Consejo en la página 5 de su informe de 26 de febrero de 2009 al A/08 (en adelante, *Informe CGPJ/09*).

(25) Hecho en París el 17 de diciembre de 1997; Instrumento de ratificación de 3 de enero de 2000 (*BOE* núm. 46, de 22 de febrero). Este y los demás textos a que me referiré después pueden encontrarse también en ARROYO ZAPATERO, Luis y NIETO MARTÍN, Adán (Dirs.) y otros, *Código de Derecho Penal Europeo e Internacional*, Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, Madrid, 2008.

conforme con los principios jurídicos españoles es lo que encierra en la actualidad el clásico enunciado *societas delinquere non potest*; de otra parte, el Convenio obliga a las partes a establecer una responsabilidad que no califica. Más aún, según su artículo 3.2: «En caso de que, según el ordenamiento jurídico de una Parte, la responsabilidad penal no sea aplicable a las personas jurídicas, esa Parte velará por que éstas estén sujetas a sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias de carácter no penal, incluidas las sanciones pecuniarias, por la corrupción de agentes públicos extranjeros».

Así las cosas, tal responsabilidad ciertamente puede expresarse en penas; en cuyo caso habría que proceder a desterrar del ordenamiento español el significado y consecuencias del enunciado que acabo de señalar e introducir *ex novo* normas que explícitamente la prevean: ello es lo que pretendió el P/07 y ahora pretende el A/08. Pero en los términos del Convenio resulta perfectamente factible que esa responsabilidad sea de otra índole en el ámbito del Derecho sancionador: como ya he apuntado, administrativa o penal no consistente en penas.

Al margen de lo que ya presenta u ofrece la primera de estas posibilidades, —que no será objeto de consideración detenida en este trabajo pero sobre la que conviene advertir que, de resultar bastante, haría superfluo en términos constitucionales recurrir a la segunda—, precisamente la segunda de esas dos vías es la escogida para el tratamiento de aquella modalidad de corrupción por el artículo 445.2 del Código penal. El cual, en efecto, remite al 129 por medio del que se establece la facultad judicial de imponer a entidades sociales, para prevenir la continuidad delictiva y sus efectos, determinadas medidas concebidas como consecuencias accesorias de la pena impuesta a la persona física que hubiere actuado delictivamente en su nombre o a través de una de ellas. Algo, por lo demás, que preexistía al artículo 129, establecido por el Código penal de 1995, de acuerdo con las previsiones de determinadas normas de las «partes especiales» de los códigos penales precedentes respecto de los mismos u otros delitos; y algo que contemporáneamente a la inclusión de este artículo en la ley punitiva también se produjo mediante el reenvío a él, explícita o implícitamente, desde las conminaciones legales de unos terceros (26).

A mi juicio, esta política penal satisface cumplidamente las obligaciones emanadas del Convenio, atiende suficientemente las necesi-

(26) V. mi artículo «Las consecuencias accesorias de la pena de los artículos 129 y similares del Código penal», en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., ROMEO CASABONA, C.M., GRACIA MARTÍN, L. e HIGUERA GUIMERÁ, L.F. (eds.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, pp. 1115-1128.

dades político-criminales que llevaron a la formulación de su artículo 2, se somete al principio inspirado en la Constitución de intervención mínima del Derecho penal, resulta más adecuada y carece de sus inconvenientes que la observada por el A/08 y el P/07, además de proporcionar más garantías que el artículo 31 bis proyectado por estos; todo ello sin perjuicio de que los evidentes defectos de que adolece el actual artículo 129 del Código deban ser corregidos mediante su reforma (27). Pero a lo que ahora tan sólo acabo de apuntar me referiré, con mayor alcance y detalle, bajo los siguientes epígrafes.

Lo pertinente en este momento es comprobar si lo hasta aquí dicho respecto al reseñado Convenio de la OCDE, se confirma o se refuta por las decisiones marco europeas –asimismo más atrás indicadas– y si supone incumplir las obligaciones que, con arreglo al artículo 34.2 del Tratado de la Unión Europea, implican para los Estados miembros como implícitamente parecen sugerir las exposiciones de motivos del A/08 y del P/07.

En cuanto a lo primero, hay que decir que tales decisiones marco se desenvuelven en la misma línea del Convenio. Efectivamente todas ellas incluyen sendos artículos de contenido similar (28) del que, por lo que aquí interesa, deben destacarse dos rasgos. El primer artículo se refiere a la exigencia de una responsabilidad a las personas jurídicas que no califica y que, por tanto, en lo que atañe al Derecho sancionador puede consistir bien en la imposición de penas, bien en la de medidas penales distintas de las penas o bien en sanciones administrativas. El segundo artículo se refiere a unas «sanciones» previstas para los correspondientes ilícitos, que ni expresamente denomina penas, ni por su naturaleza

(27) Sobre este y algunos de los otros asuntos acabados de aludir, v. mi artículo «Las consecuencias», pp. 1128-1148.

(28) «Decisión Marco 2001/413/JAI del Consejo, de 28 de mayo de 2001, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo», *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 149/1 y ss., (versión en español), de 2 de junio de 2001, artículos 7 y 8. «Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado», *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 192/54 y ss. (versión en español), de 31 de julio de 2003, artículos 5 y 6. «Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil», *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 13/44 y ss. (versión en español), de 20 de enero de 2004, artículos 6 y 7. «Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas», *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 335/8 y ss. (versión en español), de 11 de noviembre de 2004, artículos 6 y 7. «Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información», *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 69/67 y ss. (versión en español), de 16 de marzo de 2005, artículos 8 y 9.

implican que deban ser consideradas penas; señalándose incluso respecto a las de multa que pueden tener «carácter penal o administrativo», con el agregado en cuatro de las cinco decisiones traídas a colación de que las consecuencias jurídicas podrán ser «sanciones o medidas».

Consiguientemente, ninguna de estas decisiones marco «obliga a superar [...] el que hasta ahora pareciera infranqueable principio *societas delinquere non potest*», ni es cierto que con el proyectado artículo 31 bis «se da estricto cumplimiento a nuestros compromisos europeos en esta materia» (E. de M. P/07) (29), pues caben otras maneras de cumplirlos y de hacerlo estrictamente. En el mismo sentido tampoco es correcto dar a entender que «la necesidad de llevar a cabo una reforma legislativa viene determinada por la existencia de compromisos internacionales», que en el caso que nos ocupa debe suponer «la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas» en los términos de ese artículo, como sola «respuesta penal clara» a los «numerosos instrumentos jurídicos internacionales» que la «demandaban» (E. de M. A/08).

En cuanto a lo segundo, en algunos de los casos concernidos por las indicadas decisiones marco (explotación sexual de niños y pornografía infantil o tráfico ilícito de drogas) el Código penal (arts. 189.8 y 369.2) ya prevé la imposición a entes sociales de medidas penales no consistentes en penas, bien directamente o bien mediante el señalamiento de la posibilidad de aplicar el artículo 129. Con lo que ya cumple con esas decisiones en el sentido del artículo 34.2 del Tratado de la Unión Europea. Para cumplir con las demás bastaría con hacer algo similar mediante las pertinentes reformas del Código. Eso sí, como ya he advertido, mejor si al tiempo se perfecciona y completa dicho artículo 129 con arreglo a lo que ya he indicado en otro lugar.

En definitiva, no existe un deber derivado de normas supranacionales que implique la necesidad de operar sobre el Código penal de la manera en que lo hacen el P/07 y el A/08 mediante sus propuestas de incorporar los idénticos artículos 31 bis que patrocinan. Se observa, pues, en lo que dicen sobre el particular desde sus respectivas exposiciones de motivos que, más allá del disimulo o doblez que supone la artificiosidad que cauta e inicialmente le atribuía, resulta engañoso. Lo que si malo parece siempre en una actuación gubernamental, peor debe estimarse cuando, como es el caso, se trata de una actuación des-

(29) Sobre esta afirmación que ya aparecía en el A/06, el *Informe CGPJ/06* dice: «Esta afirmación no puede ser compartida, pues hay conductas delictivas previstas en las Decisiones Marco que no se contemplan en la reforma [...], mientras que se da el fenómeno inverso al establecerse esta responsabilidad en otros delitos ajenos a las disposiciones comunitarias [...], por lo que se desconoce el criterio adoptado para la selección». En lo que insistió más adelante al ocuparse del reflejo en la «parte especial» de la responsabilidad de las personas jurídicas cuyo marco se pretendía establecer en la «general».

tinada a otra ulterior del parlamento, es decir, de las cámaras que «representan al pueblo español» (art. 66.1 CE).

B) Unas propuestas caprichosas

Por la extensión que en cada uno de los dos casos alcanzan las explicaciones dadas en esas exposiciones de motivos, fácilmente cabe imaginar que los sucesivos prelegisladores conceden a este asunto, y en ello no yerran, una gran importancia. Pese a lo cual la «nueva» responsabilidad penal no alcanza a los mismos delitos.

En parte, pero solo en una parte, ello se debe a las distintas modificaciones de la «parte especial» del Código que se pretendieron en 2007 y se han pretendido en 2008 (30), que por su magnitud «revelada» en el

(30) 1) Salvo error u omisión, los delitos a que habría alcanzado el artículo 31 bis del P/07 serían aquellos a los que se refieren los siguientes artículos, a modificar o a introducir, del Código penal (Cf. mi artículo «Algunas determinaciones» cit., p. 543, nota 45: «Conforme a una prospección rápida, acaso por ello no totalmente correcta»):

a) 162: todos los situados en el Título V de su Libro II: «Delitos relativos a la manipulación genética»; conforme a la proyectada modificación de ese artículo.

b) 189.8: todos los situados en el Capítulo V, «De los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores», del Título VIII de su Libro II; de acuerdo con la proyectada modificación de dicho apartado 8.

c) 264.4: los que cabría identificar como delitos de daños y otros ataques a datos o programas informáticos y sistemas de información; con arreglo del apartado 4 la proyectada modificación de ese artículo.

d) 288, párrafo segundo: todos los situados en el Capítulo XI, «De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores» (incluida la nueva «corrupción entre particulares», de la proyectada, bajo esta rúbrica, como nueva Secc. 4.^a de este Cap.), del Título XIII de su Libro II; a tenor de la proyectada modificación de dicho párrafo.

e) 294, párrafo segundo: negar o impedir la inspección o supervisión administrativa en sociedades; según la proyectada modificación de dicho párrafo.

f) 297 bis: nuevo delito societario; conforme al último inciso del nuevo artículo que se proyectaba introducir.

g) 302.2: «blanqueo de capitales» no cualificado por la condición personal; en alternativa con la aplicación del artículo 129, de acuerdo con la proyectada modificación de dicho apartado 2.

h) 310 bis: todos los situados en el Título XIV de su Libro II: «De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social»; con arreglo a la redacción del nuevo artículo que se proyectaba introducir.

i) 318: todos los situados en el Título XV de su Libro II: «De los delitos contra los derechos de los trabajadores», con inexplicable exclusión de los comprendidos en el Título XV bis, «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», pese a que su único artículo, el 318 bis, actualmente prevea en el último párrafo de su apartado 5 la posibilidad de aplicar el vigente artículo 129; a tenor de la proyectada modificación de ese artículo.

escaso plazo de un año ya he criticado antes. Es lo que ocurre en relación con la «trata de seres humanos», cuya incorporación al Código

j) 319.4: delitos «sobre la ordenación del territorio», con exclusión de la prevaricación específica; según la proyectada modificación de esos artículo y apartado.

k) 327: los situados en los dos primeros artículos de los dedicados a los «delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente»; conforme a la proyectada modificación de ese artículo.

l) 366: delitos contra la salud pública distintos de los relativos al tráfico de drogas; de acuerdo con la proyectada modificación de ese artículo.

m) 369.2.2.^a y 3.^a: delitos de tráfico de drogas agravados; aun sin remisión expresa al artículo 31 bis y siendo obligatoria solo una de las penas previstas para la «organización» y el resto potestativas, con arreglo a la proyectada modificación de dicho apartado 2.

n) 369 bis: delitos relativos al tráfico de drogas incluidos en el artículo 368; sin remisión expresa al artículo 31 bis, a tenor del último párrafo de la redacción del nuevo artículo que se proyectaba introducir.

ñ) 399 bis.1, párrafo segundo: nueva incriminación de falsificación de tarjetas de crédito, debito o cheques de viaje; en alternativa con la aplicación del artículo 129, según la redacción del nuevo artículo que se proyectaba introducir.

o) 424.3: cohecho por acto contrario a deber, acto propio del cargo o retraso de acto debido, en concurso o subastas de las Administraciones o entes públicos; sin referencia expresa al artículo 31 bis, conforme a la proyectada modificación de ese artículo.

p) 430, párrafo segundo: todos los situados en el Capítulo VI, «Del tráfico de influencias», del Título XIX de su Libro II; de acuerdo con la proyectada modificación de dicho párrafo segundo.

q) 445.2: los situados en el Capítulo X, «De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales», del Título XIX de su Libro II; con arreglo a la proyectada modificación de ese artículo.

r) 451 bis: sin referencia expresa a los artículos 31 bis o 33.7, el texto de este nuevo artículo que se proyectaba introducir era: «Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años el que, con conocimiento de la suspensión o disolución de una persona jurídica ayudara a las personas físicas que la integraran a continuar sus actividades realizando en su favor las actividades expresadas en el artículo 297 bis [nuevo artículo que se proyectaba introducir entre los delitos societarios, relativo a encubrimiento de actividades económicas ajenas]».

s) 520: delitos de asociación ilícita del artículo 515; en referencia al nuevo apartado 7 a introducir en el artículo 33, a tenor de la proyectada modificación de aquel artículo 520.

t) 569: depósitos de armas, municiones o explosivos; según la proyectada modificación de ese artículo.

Además, también puede observarse alguna variación específica y completa del ámbito de aplicación del artículo 129. Así:

u) 262.2: delitos de alteración de precios en concursos y subastas públicas, respecto de los que el P/07 proyectó la supresión de dicho apartado 2, relativo a la posibilidad de aplicar las consecuencias accesorias del artículo 129. Lo que no recoge el A/08.

2) Con igual relativismo en su reseña, el ámbito de referencia del artículo 31 bis del A/08, se compone con los delitos a que se refieren los siguientes artículos, a modificar o a introducir, del Código penal:

a) Al igual y en los mismos términos que el P/07: 189.8 [v. más atrás 1.b)]; 264.4 [v. más atrás 1.c)]; 302.2 [v. más atrás 1.g)]; 310 bis [v. más atrás 1.h)]; 319.4

surge en el A/08 y no se contenía en el P/07 (31); con el nuevo delito societario que, a través del igualmente nuevo artículo 297 bis, pretendía incorporar al Código penal el P/07 y que el A/08 no patrocina (32); con los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, a cuya modificación no se refería el P/07 y sí en cambio el A/08 (33); con la incriminación, mediante un nuevo artículo 399 bis, de la falsificación de tarjetas de crédito, debito o cheques de viaje pretendida por el P/07, que no recoge el A/08 (34); o con la pretensión de incluir en el Código, entre los delitos de encubrimiento en un artículo 451 bis a crear, la ayuda a las personas físicas integradas en una jurídica suspendida o disuelta a continuar sus actividades, mediante la práctica de las señaladas en el que habría de ser nuevo delito societario del artículo 297 bis, presente en el P/07 y ausente en el A/08 (35).

Por otra parte, como pareciera previsible, se dan coincidencias completas entre ambos textos. Así sucede respecto a ciertos «delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores», a determina-

[v. más atrás 1.j)]; 327 [v. más atrás 1.k)]; 369.2.2.^a y 3.^a [v. más atrás 1.m)]; 369 bis [v. más atrás 1.n)]; 424.3 [v. más atrás 1.o)]; 430, párrafo segundo [v. más atrás 1.p)]; y 445.2 [v. más atrás 1.q)].

b) En coincidencia parcial con el P/07, y conforme a la proyectada modificación de este artículo, el 288: todos los delitos los situados en el Capítulo XI, «De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores» (incluida la nueva «corrupción entre particulares», de la proyectada, bajo esta rúbrica, como nueva Secc. 4.^a de este Cap.), del Título XIII de su Libro II; en su primera parte igual que en el P/07 [v. más atrás 1.d)], a la que añade que en los supuestos contemplados en los artículos 271 y 276, se impondrán a la organización, «bien como penas si procediera la declaración de su responsabilidad penal de acuerdo con el artículo 31 bis de este Código, bien como medidas en los casos previstos en el artículo 129», alguna o algunas de las que a continuación señala.

No integraban ese ámbito de referencia del artículo 31 bis en el P/07 y sí, en cambio, en el A/08, estos otros:

c) 177 bis: delitos relativos a «la trata de seres humanos», a incluir bajo esa rúbrica en el proyectado como nuevo Título VII bis de su Libro II; conforme al apartado 7 de ese artículo que igualmente se proyecta introducir.

d) 197.3, segundo párrafo: delitos relativos al «descubrimiento y revelación de secretos»; con arreglo a la redacción del proyectado como nuevo apartado 3 de ese artículo.

e) 318 bis.4: delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros; referido a «los delitos comprendidos en los capítulos anteriores, no hay tales capítulos en el Título XV bis del Libro II, en el que se ubica el artículo, debe referirse a «apartados», con arreglo a la proyectada modificación de dicho apartado 4.

(31) V. en nota anterior 2.c).

(32) *Ibídem* 1.f).

(33) *Ibídem* 2.e).

(34) *Ibídem* 1.ñ).

(35) *Ibídem* 1.r).

dos de daños y otros ataques a datos o programas informáticos y sistemas de información, al «blanqueo de capitales» no cualificado por la condición personal, a todos los contrarios a la Hacienda Pública y la Seguridad Social, a algunos sobre «ordenación del territorio», a los situados en los dos primeros artículos de los dedicados a los «recursos naturales y el medio ambiente», al tráfico de drogas, a varias hipótesis de cohecho, a todos los relativos al «tráfico de influencias» y a los de «corrupción en las transacciones comerciales internacionales» (36).

Pero las diferencias, de nuevo, son numerosas y llamativas: con una sola excepción en la que es parcial la discrepancia (37), en las más de las ocasiones el alcance que pretendiera otorgar el P/07 al artículo 31 bis en absoluto es acogido por A/08 (38) y, al contrario, el que en un caso le concede este último fue totalmente ignorado por el P/07 (39); por añadidura, este omitió por completo el que en una oportunidad específicamente quiere dar el A/08 al conexo artículo 129 (40). Todo esto sí resultaba imprevisible. Y denota en uno, en otro o en los dos textos una elevada irreflexión o una reflexión insuficiente a la hora de hacer las determinaciones correspondientes. En efecto:

No resulta fácil explicar que el P/07 proyectara modificar el artículo 162 del Código penal, que actualmente prevé la posibilidad de aplicar el 129 en relación con todos los delitos contenidos en el Título relativo a la manipulación genética, en el sentido de que el aplicable fuera el nuevo 31 bis, al tiempo que pretendía modificar también el 160.2, donde hoy se tipifica la fecundación de óvulos humanos con fin distinto a la procreación, para que conminase la práctica de «técnicas de clonación en seres humanos con fines reproductivos», y el A/08 no haya recogido ninguna de las dos propuestas. No entraré ahora en lo razonable o no de rechazar la modificación del artículo 160.2 (41), la cuestión que en este momento interesa es si ello también fundamenta que deba rechazarse el empleo del 31 bis *in fieri* para la totalidad (y conviene subrayar esta amplitud) de los delitos comprendidos

(36) *Ibidem* 2.a).

(37) *Ibidem* 2.b).

(38) *Ibidem* 1.a), e), i), l), s) y t).

(39) *Ibidem* 2.d).

(40) *Ibidem* 1.u).

(41) Cuya pervivencia determina que para establecer su alcance haya de realizarse una no siempre fácil interpretación a luz de las posteriores leyes 14/2006 y 14/2007. Y cuya modificación pensaba la E. de M. del P/07 (p. 6, 2.^a col.), como queda dicho, que preservaba «al sistema punitivo de una intervención injustificable en el debate sobre los usos terapéuticos y de investigación en relación con óvulos humanos».

en el Título y preferir admitir la posibilidad de hacer uso del 129, o si las razones en que se apoya esta preferencia son otras. El explicable silencio de la Exposición de Motivos del A/08 en relación con algo que pretende mantener como está y el ya no tan explicable (dado su detallismo) de la del P/07, dejan en el arcano la contestación y apuntan hacia el descuido o el comportamiento precipitoso en alguno de los casos o en los dos.

Algo muy similar puede decirse de la propuesta del P/07 de sustituir la actual posibilidad de acudir al artículo 129, en los supuestos de conductas consistentes en negar o impedir la inspección o supervisión administrativa en sociedades –prevista en el artículo 294.2–, por la de aplicar el que sería nuevo 31 bis; lo que desecha el A/08. En los dos casos la ausencia de aportación de motivos que justifiquen la opción a favor de uno u otro de esos artículos vuelve a sugerir algo, al menos, de arbitrariedad en la elección.

Lo que el P/07 y el A/08 proponen hacer con los artículos 31 bis y 129 en relación con los delitos contra los derechos de los trabajadores y los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (42), evoca una poco edificante imagen de juego de rayuela entre los textos prelegislativos, que impulsan sucesivamente de una a otra agrupación legal el tejo de la modificación respectiva. El P/07 inicia la lúdica partida con una declaración altisonante (43), seguida de un primer movimiento: la propuesta de modificar el artículo 318 convirtiendo su previsión de poderse recurrir al artículo 129 en la de que se aplique el nuevo 31 bis, mientras dejaba intocado el 318 bis que, sin embargo, en el último párrafo de su apartado 5 hace una remisión similar al 129 (44). El A/08 da respuesta cumplida: antes que otra cosa lanza un manifiesto frente al proceder de su predecesor (45), y a continuación

(42) Y, por ende, con los relativos a la «trata de seres humanos», que el A/08 quiere introducir en el CP mediante un artículo 177 bis que, entre otras cosas, implicaría reformatar los dos actuales conjuntos de delitos acabados de indicar.

(43) E. de M., p. 11, 2.ª col.: «hay que destacar la importante previsión de responsabilidades para las personas jurídicas que lleguen a ser declaradas responsables penales de delitos contra los derechos de los trabajadores».

(44) «Inexplicable exclusión», dentro de la lógica del Proyecto, sobre la que ya he advertido en otro lugar: v. mi artículo «Algunas determinaciones» cit., p. 543, nota 45.

(45) E. de M., páginas 6 y 9: primero, afirmando la especial necesidad de establecer «la responsabilidad penal de las personas jurídicas» en relación con «aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente», entre las que incluye la «inmigración ilegal»; después, justificando una reforma que un ciego P/07 había omitido pese a ser insoslayable («El tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el artículo 318 bis resultaba a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos. La sepa-

empuja la modificación hacia otro sitio: propone la aplicación del artículo 31 bis a los delitos del 318 bis (46), en tanto que deja como está el 318.

Las discrepancias completas entre ambos textos alcanzan a grupos enteros de delitos, como todos los contrarios a la salud pública que no sean tráfico de drogas (47) y todos los relacionados con los depósitos de armas, municiones o explosivos (48), a delitos que los dos coinciden en pretender reformar en los demás aspectos, como los relativos al «descubrimiento y revelación de secretos» (49), o a materias tan sensibles como las asociaciones ilícitas (50).

Y como guinda del desleído pastel que nos ofrece su comparación, también puede observarse, como queda apuntado, alguna variación específica y completa del ámbito de aplicación del artículo 129, como la que concierne a la alteración de precios en concursos y subastas públicas (51).

Se pueden calificar todavía más peyorativamente, pero creo que basta con lo expuesto sobre las dos propuestas, para concluir en la procedencia del más modesto calificativo de caprichosas del que he partido. Lo que ocurre es que esto dicho, si es que se comparte, de dos documentos sucesiva e inmediatamente aprobados por el Gobierno y dirigidos a reformar ampliamente una ley con el alcance político y social –así como económico, lo que se suele olvidar– que tiene el Código penal, torna el capricho en algo inadmisibles.

Mas es difícil encontrar algo malo que no pueda empeorarse. A ello se aplican, ahora sí con diligencia, el Proyecto y el Anteproyecto. De ello trataré bajo el epígrafe siguiente.

ración de la regulación de estas dos realidades criminológicas resulta imprescindible tanto para cumplir con los mandatos de los compromisos internacionales como para dar fin a los constantes conflictos interpretativos»); finalmente, contraponiendo los respectivos ámbitos de protección y anticipando las reformas que recogerá en el texto prenormativo.

(46) Además de a la «trata de seres humanos».

(47) Respecto a los que el *P/07* formuló una aplicación del artículo 31 bis en lugar de la actual posibilidad de aplicar el 129, que no ha seguido el *A/08*.

(48) Para los que el *P/07* pretendió una mención explícita del artículo 31 bis junto a la previsión actual de disolver los entes sociales a cuyo nombre o por cuya cuenta se hubieren establecido, que tampoco recoge el *A/08*.

(49) El *A/08* patrocina incorporar la previsión de aplicar del artículo 31 bis, lo que no hace el *P/07*.

(50) En relación con las que el *P/07* quiso sustituir la referencia al artículo 129 por la previsión de imponer alguna de las penas aplicables a las personas jurídicas del proyectado artículo 33.7, lo que el *A/08* prefiere omitir.

(51) Respecto de la que el *P/07* propugnó suprimir la actual posibilidad de aplicar las consecuencias accesorias del artículo 129, modificación que no ha encontrado acogida en el *A/08*.

III. LA FORMULACIÓN-TRAMPA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS TEXTOS PRELEGISLATIVOS

A) Las explicaciones previas

Frente a la casi asepsia descriptiva, salvo en su infectado arranque (52), con que procede la Exposición de Motivos del A/08 cuando se refiere a las normas generales que patrocina sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, la del P/07 se hace lenguas de las virtudes que adornan al (idéntico) sistema que impulsa sobre esta materia.

No solo, en efecto, también lo considera obligado como consecuencia de los compromisos internacionales contraídos por el Estado español para superar «el que hasta ahora pareciera infranqueable principio *societas delinquere non potest*», sino que afirma que en él: «La responsabilidad de las personas jurídicas se concibe como propia aunque nacida de los delitos cometidos por las personas físicas» que han actuado en su nombre o a través de ellas. De manera que «el eventual delito es obra de sujetos concretos que arrastran consigo la responsabilidad de la persona jurídica bajo cuya forma y en cuyo interés y provecho actúan».

Este «factor humano» presente «en la configuración de la imputación del hecho a la persona jurídica», tiene tanta «fuerza» –dice– que «permite, además, vencer adecuadamente la objeción referente a su llamada incapacidad de culpabilidad o de conducta dolosa o imprudente, pues esas dimensiones personales y subjetivas continúan residenciadas en la persona física». Así –sugiere antes–, el sistema se ha proyectado «procurando [...] el máximo respeto a las garantías acumuladas por el derecho penal de la culpabilidad».

Y en cuanto a las sanciones penales que se proponen para las personas jurídicas, entiende que la «óptica» desde la que «han de comprenderse» aquellas que «con el nombre de penas» figuran en el Proyecto, es la de que «obedecen a comprensibles criterios de prevención frente al abuso de la personalidad separada, que no puede servir de cortafuegos de la responsabilidad patrimonial, ni tampoco puede dejar a la persona jurídica en la ajenidad respecto de los actos delictivos ejecutados en su interés –por decisión o por tolerancia de los que tengan poder para controlar las decisiones– de modo que no hayan de afectar

(52) Habría que añadir, en el sentido del *Informe CGPJ/09*, pp. 19-21 *i.p.*, algún otro aspecto, que más tarde indicaré, sobre las relaciones que dice se establecerían entre los artículos 31 bis, 33.7 y 129.

en nada a su propia capacidad de continuar en el mercado indemne y con plenitud de derechos».

Después de ver la ristra de despropósitos que se desprende de la comparación entre el P/07 y el A/08 efectuada antes, las aseveraciones del primero respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas –que debieran valer para el segundo, pues la normativa que propone sobre la materia es idéntica–, hacen difícil sustraerse al pensamiento de que resulta demasiado bueno para ser cierto. Pronto comprobaremos lo atinado de esta aserción mental. Y algo más: en realidad, ni es cierto lo que se afirma en la Exposición de Motivos acabada de transcribir, ni es bueno lo que se dice pretender. De esto último me ocuparé bajo otro epígrafe; de lo anterior trataré a continuación.

A este efecto creo que lo mejor es tomar como punto de partida la formulación de esta responsabilidad que hacen ambos textos prelegislativos, si bien todas las indicaciones serán de normas patrocinadas por el A/08, o ya existentes en el Código penal, como parece obvio al haber decaído el P/07.

B) Los proyectados artículos 31 bis, 33.7 y 129 y sus normas de referencia

Conforme a los apartados 1 y 5 del que sería nuevo artículo 31 bis, la responsabilidad que se trata de establecer mediante la reforma del Código recaería sobre personas jurídicas, siendo aplicables las disposiciones sobre ella a asociaciones, fundaciones y sociedades.

La relación de este artículo 31 bis con el que sería nuevo 33.7, permite hablar de una norma conjunta compuesta de un presupuesto y unas consecuencias jurídicas consideradas «penas». Estas penas son las que indicaría dicho artículo 33.7. En cuanto al presupuesto, con arreglo a los apartados 1 y 3 del artículo 31 bis se trataría de la comisión, «por cuenta o en provecho» de los mencionados entes sociales, de un hecho típico correspondiente a determinados delitos, por unas personas físicas asimismo determinadas en función de la concurrencia en ellas de alguna de las cualificaciones que el propio artículo establece.

A tenor del apartado 1 del propio artículo 31 bis (53), tales cualificaciones son las que ostentan: o quienes tuvieren en aquéllas entida-

(53) Y dicho sea en el leguaje que emplea al trasplantar –con reverencia, indolencia o ignorancia– las enrigidecidas versiones españolas de las normas supranacionales; en el caso, decisiones marco de la Unión Europea, dentro del reino de la –así

des sociales «un poder de dirección fundado en la atribución de su representación o en su autoridad, bien para tomar decisiones en su nombre, bien para controlar el funcionamiento de la sociedad»; o quienes, «en el ejercicio de actividades sociales», estuvieren «sometidos a la autoridad» de las anteriores personas físicas y hubieren «podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control». Los hechos típicos de que se puede componer el presupuesto de la señalada norma conjunta, se configurarían así como los que caracterizan a los tipos especiales.

Como anticipaba hace un momento, respecto a la realización de estos tipos el proyectado artículo 31 bis no requeriría el añadido de ningún otro elemento del delito para que pudiera entenderse que se habría efectuado el presupuesto; pues según su apartado 3: «La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias eximentes de la responsabilidad penal [...] no excluirá la responsabilidad penal de las personas jurídicas». Es decir, esta responsabilidad se afirmaríase aun cuando pudiera apreciarse en relación con esas personas físicas una eximente calificable como causa de justificación. Y, por supuesto, también si se tratara de una causa de ausencia de atribuibilidad.

Esos mismos hechos serían los correspondientes a tipos que expresamente remitirían al 31 bis, en atención a la fórmula que este emplea

llamada en los textos oficiales y es buen ejemplo de lo que digo— «comunitarización». Según el Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del derecho europeo en el ordenamiento español, de 14 feb. 2008, p. 183: «Al verificar la incorporación de la norma comunitaria ha de optarse por los términos jurídicos más propios del ordenamiento español. En este punto, es esencial el tratamiento que se dé a la versión española —que tiene carácter auténtico— ... Es frecuente que las versiones españolas sean por lo general traducciones de los “originales”, escritos normalmente en francés o inglés, lo que puede ir en detrimento de la calidad de la traducción oficial. De ahí que no quepa sino reiterar la importancia de poner en acción los mecanismos necesarios para evitar traducciones poco esmeradas o faltas de estilo y aun sobradas de torquedad»; la reiteración a que se alude posiblemente se refiere a lo que el Informe dice en su p. 100: «La versión española de las normas comunitarias tiene carácter auténtico, pero frecuentemente es traducción de un texto, en inglés o francés, sobre el que se ha negociado. La traducción exige en ocasiones verter al idioma español unas categorías o unos términos que no tienen una correspondencia precisa en nuestro Derecho. Dados el rigor y los matices de algunos términos jurídicos y los efectos que puede provocar la alteración, aun leve, de su sentido, resulta necesario extremar las cautelas en la traducción. Ello puede exigir complementar el buen hacer de los juristas lingüistas de las instituciones europeas con el conocimiento técnico y específico de las normas sectoriales españolas con las que se ha de integrar, en el ámbito interno, la norma comunitaria»; V. sobre las trasposiciones en general pp. 176 y ss. del propio Informe del Consejo de Estado.

para determinar su alcance (solo se aplicaría en «los supuestos previstos en este Código»), que se ceñiría a un *numerus clausus* de incriminaciones (54).

Pero además el A/08, en prosecución de las malas huellas dejadas tras la creación en 1995 del artículo 129 del Código, en dos ocasiones patrocina la imposición a entes sociales de algunas de las penas prevista para ellos en el que sería nuevo apartado 7 del artículo 33, sin hacer remisión alguna al 31 bis (55). Lo que, al menos, siembra la duda sobre si lo que este establece es o no aplicable en estos casos.

Y perseverando en la mala senda emprendida, el A/08 pretende también que se impongan a una «organización delictiva» algunas de

(54) Todas ellas dolosas, salvo las del artículo 301.3, y contenidas en los siguientes artículos:

1. 177 bis (nuevo: trata de seres humanos). Según su apartado 7.
2. 189 (modificado: exhibicionismo y pornografía relativos a menores e incapaces). Según su apartado 8.
3. 197.3 (nuevo: acceso sin autorización a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático o en parte del mismo).
4. 264 (modificado: determinados daños). Según su apartado 4.
5. 270 a 286 (propiedad intelectual e industrial, mercado y consumidores); según el artículo 288, modificado, párrafo segundo. Respecto a los tipos agravados contra las propiedades intelectual e industrial de los artículos 271 y 276, se establecería una alternativa, concebida imperativamente (se «impondrán»), entre penas, conforme al 31 bis, y medidas, «en los casos previstos en el artículo 129»; según el artículo 288, modificado, párrafo tercero.
6. 302.1 (que remite al 301, cuyo ap. 1, párr. primero, se modificaría: legitimaciones de bienes, que además pasarían a denominarse «blanqueo de capitales», por personas pertenecientes a una organización dedicada a los fines que indica dicho 301). Según su apartado 2, se establecería una alternativa, concebida imperativamente (se «impondrán»), entre penas, conforme a 31 bis, y medidas, «en los casos previstos en el artículo 129».
7. 305 a 310 (haciendas públicas y Seguridad Social). Según el que sería nuevo artículo 310 bis.
8. 318 bis (modificado: derechos de los ciudadanos extranjeros). Según su apartado 4.
9. 319 (modificado: ordenación del territorio; además se añadiría «y urbanismo»). Según su apartado 4.
10. 327 (modificado: recursos naturales y medio ambiente).
11. 428 a 430 (tráficos de influencias). Según el que sería nuevo párrafo segundo del artículo 430.
12. 445 (modificado: corrupción en las transacciones comerciales internacionales). Según su apartado 2.

(55) Tal ocurriría en relación con los hechos típicos (dolosos) previstos en estos artículos:

13. 369.1. 2.^a y 3.^a (modificado: tráfico de drogas agravados, actuales circunstancias 3.^a y 4.^a; una pena sería imperativa y otras potestativas). Según el que sería nuevo apartado 2.

las penas que prevería el nuevo apartado 7 del artículo 33, sin remitir al que sería artículo 31 bis no obstante considerar a una tal organización «como persona jurídica penalmente responsable». Lo que a la duda antes expuesta añade desconcierto a la vista de lo que el Código previene en otros lugares respecto de las asociaciones ilícitas y la aplicación a estas del artículo 129 (56).

Finalmente puede observarse un caso en el que se produciría un efecto similar a los anteriores, pero con trayectoria al revés; esto es, como consecuencia de la no modificación de una norma ya existente puesta en relación con los que serían nuevos artículos 31 bis y 33.7, a los que tampoco remitiría (57).

El A/08, por otra parte, también promueve la modificación del artículo 129 del Código. Podría entenderse que con ello completa un sistema para el tratamiento penal de la responsabilidad de las personas jurídicas. Veremos si es así.

De la coordinación de sus apartados 1 y 2 y de la remisión del primero al que sería nuevo artículo 33.7, se deriva el establecimiento de una norma conjunta con igual estructura que la descrita antes: un supuesto y unas consecuencias jurídicas.

Estas serían, como en relación con el artículo 31 bis, exactamente las mismas penas a que se referiría el 33.7 pero transmutada ahora su denominación en la de «medidas», esto es, una y la misma cosa con dos nombres (58). A diferencia de la norma resultante de relacionar esos dos artículos, estas consecuencias no se preverían imperativa sino facultativamente («podrá») y se impondrían a «asociaciones, sociedades, organizaciones y empresas», con la finalidad de «prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma».

El supuesto consistiría en que unas determinadas personas físicas cometiesen cualquier delito, pues se suprimiría del actual artículo 129 la expresión «en los supuestos previstos en este Código».

Sin coincidir de nuevo con lo que establecería el artículo 31 bis, tales personas serían ahora: o «quien o quienes dirijan o controlen la

14. 424 (modificado: cohechos a funcionarios o a petición de funcionarios con actividades relacionadas con un concurso o subasta convocados por las Administraciones o entes públicos). Según su apartado 3.

(56) Es el caso de los hechos típicos (dolosos) contenidos en el artículo:

15. 369 bis (nuevo: tráfico de drogas agravado por pertenencia a organización delictiva, evidentemente doloso). Según su último párrafo.

(57) Se trata de los hechos típicos (dolosos) contenidos en el artículo:

16. 262.1, segundo inciso (actual no modificado: alteración de los precios en concursos y subastas convocados por las administraciones o entes públicos).

(58) Como «simple fraude de etiquetas» la considera el *Informe CGPJ/09*, p. 21.

actividad» de la agrupación social de que trate; o, «los miembros de la misma cuando su actuación delictiva haya sido ordenada, instigada o permitida por los primeros». Se estaría hablando, por consiguiente, de delitos especiales a cometer por quienes ostentasen alguna de esas cualidades (59).

Y otra vez de manera distinta a lo que dispondría el artículo 31 bis y a lo que actualmente dispone el 129, este último tras su modificación ni requeriría meramente la realización de ciertos hechos típicos sino la de un «delito» (por cuya significación hay que preguntarse), ni limitaría su aplicación a unas ciertas incriminaciones pues –como queda dicho– no reduciría su alcance a aquellos supuestos en que así lo prevea el Código.

No obstante lo cual, esto último es precisamente lo que haría el Código reformado (60): bien porque mantendría normas que actualmente remiten al artículo 129 (61), o bien porque incluiría esta remisión en normas modificadas (62).

Pero adicionalmente subsistirían en el Código, en la medida en que no fueran objeto de reforma por el A/08 (y, conforme a lo que indica, mayoritariamente no lo serían), todos aquellos numerosos casos en que las normas de su «parte especial» no reenvían al artículo 129 y, sin embargo, prevén consecuencias coincidentes o similares a las contenidas en este (63).

(59) Nuevamente extraídas de las redacciones de distintas decisiones marco de la UE y transpuestas como menos defectos que en caso anterior, pero con alguno: así la conducta de «instigación», en buena medida extraña en la legislación penal española y generadora de fundadas dudas sobre su alcance, como después se verá.

(60) El *Informe CGPJ/06* resumió así la situación a que abocaría el art. 129 CP: «De mantenerse la reforma en los términos del Anteproyecto, se podrán producir en este punto las siguientes situaciones que más que responder a criterios definidos de política criminal, parecen ser el resultado de un defecto de técnica legislativa: a) remisiones en el Anteproyecto al nuevo artículo 129 en delitos de la Parte Especial; b) remisiones al citado artículo que se mantienen en el CP tal como están en la actualidad al no verse afectados por la reforma; c) sustituciones de las *consecuencias* del vigente artículo 129 por el nuevo régimen penal de personas jurídicas; d) supresiones a toda referencia al artículo 129 sin que sean reemplazadas por la remisión a la responsabilidad penal de personas jurídicas o de entidades sin personalidad, y e) previsión de medidas concretas, como la clausura de establecimientos, que se efectúa en el texto vigente sin remisión al artículo 129 y que no se ven afectadas por la reforma».

(61) V. Sobre ellas mi artículo «Las consecuencias accesorias» cit., pp. 1115 y 1128 y ss.

(62) Son las indicadas más atrás, sub 5 y 6, al hilo del señalamiento de los artículos que según el A/08 remitirían al 31 bis.

(63) Sobre estos casos, v. mi artículo «Las consecuencias accesorias» cit., pp. 115 *i.f.* y 1125 *i.f.*-1128.

Y por añadidura se mantendrían, ya que el A/08 no contiene previsión de modificación alguna al respecto, las cuestiones que se suscitan sobre la naturaleza jurídica y sobre las posibilidades de sujetarlas o no al régimen preconizado por el A/08 a través del artículo 129, de las facultades concedidas al juez penal por el artículo 355 del Código (64).

C) **Equívocos y equivocaciones en las normas proyectadas**

Según lo acabado de exponer, el panorama que ofrecen los regímenes que pretende implantar el A/08 a través de los que serían artículos 31 bis, 33.7 y 129 del Código penal, aparece sembrado de equívocos cuando no de francas equivocaciones. Su presencia en la futura ley penal o no atiende adecuadamente o infringe claramente el llamado «principio de taxatividad», cuya observancia por las normas penales resulta imprescindible como ha afirmado el Tribunal Constitucional.

No repetiré las observaciones que en otro lugar ya he hecho sobre unos y otras en relación con el actual artículo 129 (65), que en buena medida conservarían su sentido aún producidas las modificaciones patrocinadas por el A/08, sino que añadiré algunas otras relativas, primero, al régimen general de lo que sería la responsabilidad penal que recaería sobre las entidades sociales y, a continuación, referidas a ciertos delitos en particular.

Entre esas primeras, cabe destacar las siguientes:

1. A tenor del apartado 3 del que con arreglo al A/08 sería nuevo artículo 31 bis: «La concurrencia en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias eximentes de la responsabilidad penal [...] no excluirá [...] la responsabilidad penal de las personas jurídicas [...]». Cabe pensar que este criterio (66)

(64) Sobre este asunto, v. mi artículo «Las consecuencias accesorias» cit., pp. 116 y 118-1121. Al respecto deben tenerse en cuenta las reformas del comiso producidas posteriormente y la modificación del artículo 127 que patrocina el A/08.

(65) V. las anteriores notas al respecto.

(66) Que en su momento mereció una crítica adversa muy severa en el *Informe CGPJ/06* (apartado 3.2.1.2): «En relación con las circunstancias eximentes, esta norma no tiene presente que la responsabilidad penal de las personas jurídicas está en íntima relación con la conducta ilícita de la persona física, por lo que trasladar, sin matices, la incomunicabilidad de circunstancias entre personas físicas, que ontológicamente actúan de modo independiente, a las personas jurídicas, lleva a resultados absurdos desde el punto de vista jurídico ante la hipótesis de que la conducta de la persona física esté amparada por una causa de justificación o de exclusión de la culpabilidad (como un error de prohibición invencible) y ello en cambio no afecte en

se inspira en la idea, derivada de considerar las peculiares relaciones intersubjetivas implicadas en la organización de un ente social, de que la apreciación de la concurrencia en el comportamiento de la persona física de una causa de justificación, como el estado de necesidad por conflicto de deberes o como la obediencia debida (67), no debe interferir en la asignación de responsabilidad penal a la persona jurídica, frustrando así los propósitos de la nueva ley; lo que hace menester una regla específica que impida de raíz esa interferencia. Pero si esta hipótesis fuera acertada, es incorrecto su tratamiento como lo preconiza el A/08. En efecto:

De una parte, porque a mi juicio la exigente de cumplimiento de un deber de obediencia no es aplicable para estos supuestos en el ámbito societario-laboral (68), sino exclusivamente en los campos jerárquico-administrativo (69) y de las relaciones de los funcionarios públicos con la administración de justicia (70). Y de otra, porque si la exigente es una causa de justificación de estado de necesidad por conflicto de deberes, es perfectamente factible afirmar la autoría

nada a la responsabilidad penal de la persona jurídica, lo que acentúa el carácter objetivo de la imputación y, lo que es peor, pone en riesgo de quiebra a la unidad del orden jurídico, ya que si la persona física actuó en estado de necesidad, también la persona jurídica, sin ser razonable que no haya justificación que afecte todo el orden jurídico (esto es, al derecho civil, laboral, administrativo) y que, por tanto, se mantenga, por ejemplo, la responsabilidad civil. Además, debería preverse la posibilidad de introducir causas de exclusión de la responsabilidad específicas para las personas jurídicas; por ejemplo, reconociendo la virtualidad excluyente de la previa adopción de normas eficaces de prevención de delitos, ya que al contemplarse como mera atenuante, nada impide que dependiendo de su intensidad pueda tener efectos eximentes».

(67) No, en cambio, a que pueda apreciarse una causa de ausencia de atribuibilidad, como el error invencible sobre la prohibición o el miedo insuperable, en quien activa u omisivamente haya realizado la conducta típica, pues una vez concluido que su comportamiento justificado no impide la imposición de la pena al ente social, resulta claro que para la viabilidad de esta es suficiente con la presencia del hecho típico que la falta de atribuibilidad tampoco elimina. De *lege ferenda* esa viabilidad es la que debiera admitir el actual artículo 129 CP (que como presupuesto adicionalmente exige el pronóstico positivo de continuidad delictiva, lo que debe mantenerse) respecto de las consecuencias accesorias (asimismo ampliadas) a que se refiere (v. mi artículo «Las consecuencias accesorias» cit., pp. 1131, 1141-1143 y 1146); sobre este asunto volveré más adelante.

(68) Salvo, como aludo en el texto, en supuestos de empleo de «facultades legítimas». Lo que no es el caso, en el que lo mandado implica la realización de un hecho típico y su justificación por conflicto de deberes supondría la petición de un principio (orden antijurídica) *a priori* negado.

(69) V., en este sentido y en el de la salvedad hecha en la nota anterior, MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 8.ª ed., Ed. Reppetor, Barcelona, 2008, p. 506.

(70) Doble alcance deducible de lo dispuesto por el artículo 410 CP.

mediata del sujeto cualificado que ha actuado desde «detrás» (71) y, por consiguiente, resulta innecesaria la cláusula mediante la que intenta evitar la interferencia en la asignación de responsabilidad penal al ente social que podría suponer la justificación del comportamiento de la persona física que ejecutó el correspondiente hecho típico.

Añadidamente, en sus términos esa regla implica la vulneración del más elemental sustento del principio de legalidad penal: *nulla poena sine crimine* (72).

Por lo demás, cabe preguntarse sobre lo que sucedería si en lugar de la concurrencia de una eximente, lo que se pudiera apreciar fuera una causa de exclusión de la punibilidad. Por ejemplo, la regularización a que se refieren los artículos 305.4, 307.3 y 308.4 —que el A/08 no modificaría, en tanto que incorporaría el 310 bis desde el que se remitiría al 31 bis— llevada a cabo en nombre y por cuenta o/y en provecho de una sociedad. Si ni siquiera la justificación del hecho típico realizado por la persona física, es decir su conducta típica pero no obstante autorizada, excluiría la responsabilidad de la persona jurídica: ¿porqué habría de excluirla la conducta que además de típica, no está justificada, ha sido realizada por quien es atribuible y que, a pesar de ello, no es punible? El argumento *a fortiori* está servido, pero con él la contradicción entre los respectivos fundamentos político-criminales sobre los que se dice apoyada la proyectada responsabilidad penal de las personas jurídicas, de un lado, y en los que se basan las denominadas «cláusulas de regularización» (73), de otro.

2. El A/06 patrocinó un régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas a través de la incorporación al Código penal de un nuevo artículo 31 bis, idéntico al que se contiene en el A/08; es decir, en lo que ahora quiero destacar, relativo a las «personas jurídicas» (ap. 1) y cuyas disposiciones «se aplicarán a las asociaciones, las fundaciones y las sociedades» (ap. 5) (74). Pero, en cambio, la que

(71) V. mis artículos «La autoría conforme al Código penal», en QUINTERO, G., MORALES F. (Coords.) y otros, Ed. Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 590-592 y «Las consecuencias accesorias» cit., p. 1145.

(72) V. mi artículo «Algunas determinaciones» cit., pp. 538-544.

(73) Respecto a estos últimos, v. mi artículo «Consideración penal de las cláusulas de regularización tributaria», en *La Ley*, núm. 5187/2000, p. 3, columnas 1.^a a 3.^a

(74) Al respecto el *Informe CGPJ/09*, pp. 15-16, observa lo siguiente: «El artículo 31 bis.5 delimita las personas jurídicas a las que es aplicable: las «asociaciones, fundaciones y sociedades». En consecuencia, deben considerarse destinatarios de las normas penales a las personas jurídicas de derecho privado (asociaciones, fundaciones) y de derecho mercantil (compañías colectivas, sociedades comanditarias simples, sociedades anónimas, sociedades comanditarias por acciones, sociedades de responsabilidad limitada), así como las personas jurídicas de derecho público siempre que no actúen en ejercicio de sus actividades públicas, es decir las entidades públicas

habría de ser nueva redacción del artículo 129 se plasmaba en el A/06 de manera distinta en dos aspectos a como apareció en el P/07 y ahora en el A/08: mientras que en aquél se indicaba que este artículo sólo sería aplicable «en los supuestos previstos en este Código» y únicamente a «las asociaciones, sociedades, organizaciones y empresas que carezcan de personalidad jurídicas», en el P/07 y en el A/08 desaparecen tanto la reducción a un número clausus de supuestos, cuanto la circunscripción del ámbito de aplicación de la norma a los entes sociales sin personalidad (75). Ello produce diversas consecuencias:

empresariales a las que se refieren los artículos 53 y siguientes de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE)./ Cuando el Código Penal de 1995 introdujo por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico los delitos societarios, el legislador consideró necesario incluir en el artículo 296 [sc. artículo 297 CP] un concepto penal específico de sociedad, que, aunque de naturaleza extensiva, ha evitado problemas interpretativos de los tipos correspondientes./ La regulación por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico penal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haría aconsejable la inclusión, asimismo, de una cláusula similar a estos efectos./ Como ejemplo de la utilidad de esta cláusula, obsérvese que, a pesar de que la Exposición de Motivos declara que se ha excluido de este sistema de responsabilidad penal «al Estado, a las administraciones públicas territoriales e institucionales, a los partidos políticos y a los sindicatos», el número 5 del artículo 31 bis no permite excluir, por ejemplo, a las personas jurídicas de derecho público que revistan la forma de fundación o sociedad, pese a que las normas comunitarias excluyen, sin excepción, de la normativa sobre responsabilidad de las personas jurídicas a los Estados u otros organismos públicos que actúan en el ejercicio de la autoridad estatal, de su potestad pública o de sus prerrogativas estatales, o bien como poderes públicos, así como a las organizaciones internacionales públicas (cfr. artículos 1 DM 2000/383/JAI; 4.4 DM 2002/629/JAI; 1 DM 2003/568/JAI; 1.d) DM 2004/68/JAI; 1.3 DM 2004/757/JAI; 1.c) DM 2005/222/JAI)». Toma el último párrafo del *Informe CGPJ/06*, p. 17.

(75) Probablemente estas dos diferencias responden a una cierta manera de entender las observaciones críticas formuladas por el *Informe CGPJ/06*: «La memoria justificativa declara que “En paralelo al establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se prevén consecuencias accesorias para aquellas organizaciones que carezcan de personalidad jurídica y que, sin embargo, poseen capacidad criminal plena”. La reforma del artículo 129 supone un cambio significativo en el tratamiento penal de estas entidades, pues admitida la responsabilidad penal de las personas jurídicas con abandono del principio *societas delinquere non potest*, el tercer género constituido por las consecuencias accesorias del artículo 129 deja de tener sentido propio, aprovechando la presencia de este artículo para cerrar el círculo de la imputación subjetiva, facultando a los tribunales para la imposición a los entes sin personalidad jurídica de medidas consistentes en privaciones y restricciones de derechos enumeradas en el nuevo artículo 33.7, donde se recoge el catálogo de penas imponibles a personas jurídicas. En definitiva, primero se extraen del ámbito de aplicación del artículo 129 a las personas jurídicas, a las que se convierte en sujetos responsables penales a castigar con penas, para luego hacer lo mismo con los entes sin personalidad jurídica, a los que con la denominación de “medidas” y con excepción de la multa, cabrá imponer lo que para las personas jurídicas son auténticas penas./

2.1 La primera mutación, la transformación del alcance del artículo 129 de un número cerrado de supuestos, que más tarde habría de expresar el Código, a un *numerus apertus* de ellos, merece a mi juicio una estimación negativa: aun en los momentos de mayor afán represivo en el manejo de las medidas de seguridad aplicables a las personas físicas, esto es, en los de vigencia y aplicación de la denostada Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de las postrimerías del franquismo, uno de sus presupuestos formales (aunque con un grado desmedido de indeterminación material, maximizado por el segundo presupuesto: la apreciación de peligrosidad «social») consistía en un número tasado de «estados peligrosos» (76). El nuevo texto del artículo 129 ciertamente requeriría (además de la previsión de «continuidad delictiva») la condena por la comisión de un delito (con arreglo a lo que más adelante se dirá al respecto); pero de cualquier delito: lo que manifiesta una considerable incertidumbre en la percepción de lo que no debe hacerse porque puede aparejar la imposición de la consecuencia jurídico-penal ahora llamada «medida»; y, consiguientemente, cuando menos una importante relajación de la seguridad jurídica, en tanto que uno de los fundamentos materiales del principio de legalidad penal, y de la observancia del principio de intervención mínima del Derecho penal (77).

Por otra parte, dentro del planteamiento que combato, es decir, si se toma en cuenta que el artículo 129, tal como quedaría modificado conforme al A/08, no limitaría su alcance a «los supuestos previstos» en el Código, sino que podría aplicarse en relación con cualquiera de los delitos incriminados en la ley penal, la remisión hecha por una norma de su «parte especial» a las consecuencias a que el 129 se referiría, solo tendría sentido cuando en dicha norma se determinaran expresamente cuales hayan de ser tales consecuencias. O, dicho de otro modo, holgaría por redundante toda aquella remisión que lo sea *in toto* al artículo 129, como nada infrecuentemente ocurre en el texto legal; pues del propio 129 derivaría directamente esa posibilidad con tal de que se observasen los requerimientos que establecería (78).

Ahora bien, si el sistema diseñado de imputación subjetiva no deriva propiamente, según la EM, de la índole subjetiva de la persona jurídica, sino de la relación con ella de la persona física, la falta de personalidad no explica suficientemente porqué no se sigue el mismo criterio con las entidades sin personalidad».

(76) V., p. ej., JORGE BARREIRO, Agustín, *Las medidas de seguridad en el derecho español*, Ed. Civitas, Madrid, 1976, pp. 137 *i.f.*-148 y 197-259.

(77) V. en este sentido *Informe CGPJ/09*, p. 24.

(78) Según el *Informe CGPJ/09*, pp. 24 *i.f.*-25 *i.p.*: «[...] se debería superar la contradicción existente entre la pretensión de generalidad o *numerus apertus* del artículo 129, con arreglo a la Exposición de motivos del Anteproyecto, y la previsión

2.2 La forma en que indica el que sería artículo 31 bis, a través de sus apartados 1 y 5, los entes sociales respecto de los que establecería la responsabilidad penal de que trataría, suscita la duda sobre si quiere expresar que la únicas personas jurídicas que podrían incluirse en su ámbito de aplicación serían las calificables como asociación, fundación o sociedad, o diferentemente que cualquiera de estas tres estaría comprendidas en esa norma aunque no cupiera considerarla persona jurídica. En definitiva: si la regla contenida en su apartado 5 sería una cláusula restrictiva o, por el contrario, extensiva respecto de lo que establecería su apartado 1. Con la redacción del artículo 129 en la versión de A/06, la cuestión tenía, en relación con lo planteado, una respuesta algo más clara: este último artículo habría de referirse tan solo a agrupaciones carentes de personalidad jurídica, por lo que –*a contrario*– el 31 bis (que en su ap. 5 no decía, como tampoco después, «también» sino simplemente «se aplicarán») se ceñiría exclusivamente a personas jurídicas (ap. 1) y, dentro de ellas, tan solo a las asociaciones, fundaciones y sociedades (ap. 5); si bien entonces se erigía en algo fundamental la contestación al interrogante sobre el significado de estos tres términos. En cualquier caso, buena prueba de la pertinencia de lo que planteo es que lo mismo en el A/06 que en el P/07 y en el A/08, los términos «asociación» y «sociedad» aparecen en el 31 bis.5 y en el 129.1; y el A/06 evidentemente concebía que cualquiera de las dos podía ser persona jurídica (31 bis.1) o carecer de esa personalidad (129.1). Es decir, que fuere cual fuere su significado este no predeterminaba la atribución de personalidad jurídica: en consecuencia, tampoco la implicó más tarde en el P/07, ni la supone actualmente en el A/08 (79). Y también consecuentemente, en la redacción de este último –al igual que en la del P/07– la regla del apartado 5 del patrocinado artículo 31 bis lo que más claramente se muestra es como una cláusula de extensión respecto de las personas jurídicas a que se refiere el apartado 1: la responsabilidad de que trataría este artículo lo sería para cualquier persona jurídica y para las asociaciones, fundaciones y sociedades aunque carecieran de personalidad jurídica. Lo que no cabe afirmar sin ningún género de duda es que una transformación de este calado realmente haya sido el propósito de quienes confeccionaron el P/07 y el A/08; pero por encima de sus

ocasional en artículos del propio texto (cf. arts. 288 y 302.2) de la adopción de esta medida, lo que podría dar lugar a la razonable interpretación de que solo pueda ser de aplicación la medida cuando esté expresamente prevista en los tipos de la parte especial».

(79) En su E. de M., p. 6, se dice: «[...] el nuevo artículo 129 [...] abre la posibilidad de que las medidas del artículo 33.7 puedan acordarse con carácter preventivo para cualquier organización, con o sin personalidad jurídica [...]».

designios se encuentra lo que impondría la ley patrocinada por cada uno de ellos.

2.3 Así las cosas, parece perfectamente factible la acumulación de «penas» y «medidas» sobre un mismo ente social (80): las «penas» se podrían imponer por la comisión de determinados delitos a todas las personas jurídicas y a algunas agrupaciones sin personalidad, las «medidas» cabría acordarlas, cuando se apreciara la probable continuidad delictiva, por la comisión de cualquier delito (incluidos los que exprese la ley a los efectos del artículo 31 bis) a toda agrupación con o sin personalidad; pues incluso no hay la menor dificultad para que las «fundaciones» a que aludiría el apartado 5 del artículo 31 bis, y no el 1 del 129, pudieran incluirse en el término «organizaciones» que emplearía el apartado 1 del artículo 129, y no el 5 del 31 bis. En ninguna de estas posible normas se dice algo que impida o palie esa acumulación. Me refiero al hablar de paliativos a que, al menos, se hubiera previsto un sistema similar (81) al que establece el Código para las personas físicas semi-imputables en sus artículos 6.2 (82) y 99 (83), para lo que no resultaría en absoluto expresivo la incorporación del que sería nuevo apartado 3 del artículo 66 (84). Algo que se agrava en extremo cuando se advierte que, a la postre, las que se llamarían «penas» y las que se denominarían «medidas» son una y la misma cosa: las consecuencias que prevería el artículo 33.7. Uso alternativo de iguales consecuencias jurídicas que, por lo demás, denota palmariamente que para la nueva ley tendrían tanto de preventivo-generales cuanto de preventivo-especiales, en un orden de preeminencia de mirífica manera inverso según el caso.

(80) V., en este sentido, el *Informe CGPJ/09*, pp. 19-21 *i.p.*

(81) Convenientemente adaptado a la clase de consecuencias jurídicas imponibles, a la naturaleza del sujeto colectivo a quien se podrían imponer y a su peculiar «peligrosidad»: probabilidad de continuidad delictiva.

(82) Artículo 6.2 CP: «Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor».

(83) Artículo 99 CP: «En el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el juez o tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena. Una vez alzada la medida de seguridad el juez o tribunal podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquella, suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma, o aplicar alguna de las medidas previstas en el artículo 96.3».

(84) Artículo 66.3 con arreglo al *A/08*: «En la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas, procederán los Jueces o Tribunales según su prudente arbitrio, procurando observar, en la medida de lo posible, las reglas establecidas en este Capítulo».

3. Como queda dicho, a tenor del A/08 mientras el artículo 31 bis requeriría para afirmar la responsabilidad penal para los entes sociales de que trataría, que determinadas personas físicas hubieran realizado ciertos hechos típicos, el 129.2, en cambio, demandaría como «requisito necesario» para la asignación de la que se ocuparía, que «el delito objeto de la condena» se hubiera cometido por alguna de las singulares personas físicas a que aludiría y, además, conforme a su apartado 1 que se hubiera apreciado la probabilidad de «continuidad en la actividad delictiva» y en sus efectos. Con ello establecería dos presupuestos distintos para imponer idénticas consecuencias (en el primer caso, a título de «penas» y en el segundo, al de «medidas»), pues frente al requerimiento de la práctica de los hechos típicos del primer caso, exigiría la realización del delito en sentido completo en el segundo: no puede conducir a otra conclusión el dato de que el artículo 129.2 establecería que tal delito haya sido objeto de «condena», pues tanto en sentido literal (85) cuanto en términos jurídico-procesales (86), con esta palabra se significa que ante la comprobación de que concurren todos los elementos del delito y ninguna causa de ausencia de punibilidad, se ha impuesto la pena. De este modo, si el pretendido futuro artículo 129 demandaría la existencia de un delito completo y además penado, como primera parte del doble presupuesto para imponer las medidas a que se referiría de manera similar a lo que establece actualmente, se perdería una gran oportunidad de corregir uno de sus defectos más evidentes, en el sentido de otorgar la facultad de poner en acción esta norma sobre el presupuesto de la realización del hecho previsto como delito, en paralelo a lo que ocurre con las medidas de seguridad cuyo significado preventivo especial está en la base y en el origen histórico-legislativo de su creación legal (87).

4. De acuerdo asimismo con el A/08, el apartado 2 del nuevo artículo 129 dispondría que «el delito objeto de la condena», al que me acabo de referir, «haya sido cometido», entre otros, «por los miembros» del ente social «cuando su actuación delictiva haya sido ordenada, instigada o permitida por los primeros», esto es, «quien o quienes dirijan o controlen la actividad» de la agrupación correspondiente. De entre los términos que emplearía aquí la ley me quiero detener ahora en el de «instigada», sobre el que más atrás llamaba la atención al

(85) V. *DRAE*, 22.^a ed., s.vv. **condena**: «Acción y efecto de condenar» y **condenar**: (1) «Dicho de un juez: Pronunciar sentencia, imponiendo al reo la pena correspondiente...».

(86) V. *LECrim* artículo 742 y, p. ej., arts. 824, 854 y 954.

(87) Sobre lo anterior, v. mi artículo «Las consecuencias accesorias», pp. 1128-1132 y 1143.

criticar el lenguaje empleado por el A/08 en su nada brillante ejercicio de transposición de las decisiones marco tomadas en cuenta para el establecimiento de la responsabilidad en estudio. «Instigar» significa que «quien o quienes dirijan o controlen la actividad» del ente social ha(n) de haber realizado una conducta de «incitar, provocar o inducir a alguien a que haga algo» (88); en el caso, la «actuación delictiva». La inducción y la provocación expresan conceptos sólidamente asentados en las leyes (89), la jurisprudencia y la doctrina españolas; la incitación, a su vez, forma parte de la noción legal de provocación (90). Pues bien, dudo mucho que la pretensión de las decisiones marco de donde proviene el término que emplea el A/08, sea la de igualar el tratamiento penal del comportamiento del partícipe equiparado en pena al autor que es el inductor conforme el Código penal español (91), con la conducta pre-ejecutiva punible de manera doblemente excepcional (92) que es la provocación, y por ende la incitación, con arreglo al propio ordenamiento penal español. ¿No se ha detenido a pensarlo así el pre-legislador o le ha parecido oportuno y conveniente abrir un debate teórico-práctico sobre las formas de participación y los actos preparatorios punibles?

Respecto a las segundas observaciones antes anunciadas, esto es, las que tienen que ver con algunos delitos en particular, destacaré en este momento las siguientes (93):

1.^a Las que suscitan los que serían nuevos artículos 369.1.2.^a y 3.^a y 424, en atención a sus respectivos apartados 2 y 3. En ninguna

(88) V. *DRAE*, 22.^a ed., s.v. **instigar**

(89) Así, actualmente, arts. 28.a) y 18.1, párr. primero, CP.

(90) Artículo 18.1, párr. primero, CP.

(91) Artículos 38, 61 y 62 CP; v., p. ej., mi artículo «La autoría», cit., pp. 577-582.

(92) Uno de los tres casos de actos pre-ejecutivos admitidos genéricamente por el CP con exclusión de cualquier otro, que además la ley circunscribe a solo los supuestos expresa y legalmente determinados por ella: artículo 18.2 CP; v., p. ej., OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETA, Emilio, y HUERTA TOCILDO, Susana, *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito*, 2.^a ed., Ed. Rafael Castellanos, Madrid, 1886, pp. 421-423.

(93) Con carácter general respecto a la referencia del que sería artículo 31 bis a los delitos en particular, el Informe CGPJ/09, pp. 13-14, hace la siguiente consideración crítica: «Aunque el inciso primero del artículo 31 bis.1 prevé que la responsabilidad penal sólo puede exigirse a las personas jurídicas “en los supuestos previstos en este Código”, lo cierto es que las correspondientes normas del Libro II del Código Penal no se limitan a establecer en cada delito las penas que son aplicables a las personas jurídicas de entre las contenidas en el catálogo del artículo 33.7, sino que contienen cláusulas extensivas de su responsabilidad criminal./ En efecto,

de estas normas se haría referencia al 31 bis (94), lo que parece significar que ni siquiera las conductas típicas que contendrían habrían de ser realizadas por los sujetos cualificados que indicaría este último artículo. Y tampoco en ninguno de los dos casos se estaría hablando de organizaciones necesariamente calificables de delictivas, por lo que esa falta de remisión no puede deberse a esta causa, en el sentido de lo que a continuación diré.

2.^a En el que –dentro del ámbito del tráfico ilícito de drogas– sería nuevo artículo 369 bis, su último párrafo tampoco remitiría al 31 bis al establecer que «a la organización se le impondrá [...] una pena de multa igual a la de las personas físicas, la de disolución y clausura definitiva de sus locales y establecimientos, así como [...]»; por lo que merece la misma observación respecto al círculo restringido de sus sujetos activos que la acabada de hacer. Pero además en este caso sí se trataría, expresamente, de «una organización delictiva», de la que ese párrafo último afirmarí­a su punición «como persona jurídica penalmente responsable». Predicar de una organización «delictiva», cuyo carácter de tal ha de haberse probado y afirmado en primer lugar para llegar a apreciar el delito que contendría el nuevo artículo, que es una «persona jurídica» penalmente responsable, resulta desconcertante: si se constituye y comienza sus actividades, para que una organización pueda tildarse de delictiva *ab initio*, es necesario al menos que desde su inicio esas actividades ya quepa considerarlas penalmente ilícitas,

el texto más frecuentemente utilizado en el Libro II (arts. 177 bis. 7, 189.8, 197.3, 264.4, 288, 310 bis, 318 bis, 319.4, 327, 430 y 445.2) es el siguiente: / “Cuando los delitos comprendidos en los capítulos anteriores se hubieren cometido en el marco o con ocasión de las actividades de una persona jurídica y procediere la declaración de su responsabilidad penal de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, se le impondrá la pena de [...]”. / Pues bien, el artículo 31 bis no permite la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas cuando determinadas personas físicas cometen los delitos “en el marco o con ocasión de las actividades” de la persona jurídica, sino solo cuando se cumplen los requisitos exigidos en el propio artículo 31 bis. En consecuencia, lo técnicamente correcto es que la previsión de pena en el Libro II esté condicionada exclusivamente a que proceda la declaración de responsabilidad de la persona jurídica de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis. / Esta corrección técnica no es solo de naturaleza formal, ya que, tal y como se indicó más arriba, la exigencia de que la persona física actúe en el ámbito de sus competencias y funciones –lo que no es lo mismo, por cierto, que cometer el delito “en el marco o con ocasión de las actividades” de una persona jurídica– debería ser uno de los requisitos exigidos en el artículo 31 bis para poder imputar el hecho a la persona jurídica, y no una parte de las normas sobre previsión de la pena correspondiente a cada delito que permita establecer nuevos presupuestos típicos de misma».

(94) Las penas que establecería el 369.1.2.^a y 3.^a, unas veces serían imperativas y otras potestativas, pero todas en las mismas condiciones de ausencia de remisión al artículo 31 bis, así como al 33.7.

como mínimo por ser preparatorias de otras ejecutivamente delictivas, pues de otro modo no habrá base para que la organización merezca tal calificativo. Y si se puede calificar así, su constitución misma ya habrá implicado la comisión de un delito de asociación ilícita. Si las organizaciones delictivas a que se referiría el nuevo artículo 369 bis no solo serían aquellas que «tengan por objeto cometer algún delito», sino también «las que después de constituidas, promuevan su comisión, así como las que tengan por objeto promover o cometer la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada», ello supondría que en cualquiera de los tres casos estaríamos ante el primero de los supuestos de lo que el artículo 515 (que según el A/08 no se modificaría) considera como asociaciones ilícitas, respecto de las que el artículo 520 (tampoco a modificar según el propio A/08) establece imperativamente que se acordará su disolución y «en su caso» la imposición de «cualquiera otra de las consecuencias accesorias del artículo 129 de este Código»; el cual por su parte, una vez modificado conforme al A/08 y como queda indicado, haría coincidir las medidas a que remitiría con, precisamente, las que serían penas del nuevo 33.7. La descoordinación es evidente y patente la falta de precisión.

3.^a Al mantener el A/08 el actual artículo 262.1, segundo inciso, dejaría en vigor su actual previsión de que se imponga a la «empresa» que estuviere «representada» por el «agente», una determinada «pena» de inhabilitación especial. Con ello, frente a su generalizada comprensión actual (95), tal previsión cobraría una consideración distinta a la luz de los artículos a traer 31 bis y 33.7, pese a que tampoco en este caso se remitiría a ellos.

D) La disminución o esfumación de límites y garantías para la imposición de «penas» y «medidas» a los entes sociales

Las teorías jurídicas del delito, la pena y las demás consecuencias jurídicas de la infracción penal, no responden tan solo a una racionalización de sus respectivos objetos de estudio o se dirigen por un simple afán explicativo o pedagógico. Desde hace ya tiempo, su propósito y sus resultados son el logro de límites y garantías para la creación y la aplicación de las leyes penales y para la ejecución de las consecuencias jurídicas producto de que se materialicen los presupuestos previstos por esas leyes y comprobados en atención a ellas. Con esta perspectiva se hace patente la merma o el desvanecimiento de unos y

(95) V. mi artículo «Las consecuencias accesorias» cit., pp. 1116 y 1117-1118.

otras en el sistema ideado por el A/08 –y sus precedentes– para la exigencia de responsabilidad penal a los entes sociales.

En relación con las «penas» a que se referirían los que habrían de ser artículos 31 bis y 33.7 del Código de penal, se reducen al requerimiento de que determinadas personas físicas realicen, en ciertas condiciones, algunos de los hechos típicos que más tarde indicará el Código, y al establecimiento de la clase y cuantía o duración de la pena a imponer.

Respecto a quienes habrían de ser tales personas físicas y en que condiciones habrían de actuar, los párrafos primero y segundo del apartado 1 del artículo 31 bis, indicarían las que tuvieran en él «un poder de dirección fundado en la atribución de su representación o en su autoridad, bien para tomar decisiones en su nombre, bien para controlar el funcionamiento de la sociedad», siempre que hubieren actuado «por cuenta o en provecho» de esta y, además, quienes «estando sometidos a la autoridad» de las anteriores, «han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control», siempre que hubieren actuado «en el ejercicio de actividades sociales» y «por cuenta y en provecho» del ente social.

Así pues, de las primeras de estas personas físicas no se demandaría que actuasen en el ejercicio de sus funciones y sí que lo hubieran hecho, alternativamente, «por cuenta» o «en provecho» del ente social del que fueran directivos; mientras que del segundo grupo de personas físicas cualificadas, las sometidas a la autoridad de las anteriores, sí se demandaría que la correspondiente actuación fuera en el ejercicio de sus funciones y también, pero ahora cumulativamente, «por cuenta» y «en provecho» del ente social.

Asimismo, el párrafo primero del apartado 1 alude a los directivos que tengan atribuida capacidad «para controlar el funcionamiento de la sociedad»; el párrafo siguiente a los segundos cualificados que «han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control»; y, final y circularmente, el apartado 3 a los que «hubiesen hecho posibles» los hechos «por no haber ejercido el debido control», esto es –parece–, a los directivos que ostentando la función de control de que habla el párrafo primero del apartado 1 no la hayan ejercido sobre los sometidos a su autoridad a que se refiere el párrafo segundo del mismo apartado 1.

Esta configuración dual de quienes habrían de realizar los hechos típicos para que pudiera atribuirse responsabilidad penal al ente social, ha merecido acerbos críticas en los informes sobre el A/06 y A/08 del

Consejo General del Poder Judicial de 2006 y 2009 (96), que –aparte de resaltar otras deficiencias– ante la ausencia entre las previsiones del que sería nuevo artículo 31 bis de la mención de un defecto de organización societaria relativo a los mecanismos de control y de la exigencia de que todas las personas físicas actuantes lo hagan en el ámbito y en la práctica de sus funciones, afirman la pretensión de implantar en la ley una responsabilidad penal objetiva de las entidades sociales, «que puede suscitar problemas de constitucionalidad por hacerlas responder por hechos de otros» (97).

De otro lado, queda dicho que conforme al apartado 3 del propio 31 bis, para exigir responsabilidad penal al ente social no se requeriría de las personas físicas cualificadas que se hubieran comportado injustificadamente, fueran atribuibles o que no se hallaran insertas en alguna circunstancia de exclusión de la punibilidad. Pero, en cambio, ni allí ni en ningún otro lugar se prevé absolutamente nada, o cabe inferir, sobre: que el ente social haya realizado alguna actividad o inactividad dolosa o imprudentemente típicas, equivalentes a la conducta activa u omisiva de la persona física; que de esa actividad o inactividad sea como mínimo previsible que se desprenda el ataque al objeto de protección penal que la incriminación trata de evitar, para que pueda llegar a existir una imputación objetiva que, en cambio, así se demanda en orden a considerar que una persona física realmente se ha comportado de una manera penalmente típica; que la actividad o inactividad del ente social, pese a ser típica, esté autorizada por el ordenamiento jurídico (98), como ocurriría si la conducta de una persona física estuviere comprendida en una causa de justificación; que

(96) Pp., respectivamente, 12-15 y 7-13.

(97) *Informe CGPJ/09*, p. 12.

(98) En relación con esta y con la siguiente indicación del texto, el *Informe CGPJ/06*, pp. 22-23, dice: «En relación con las circunstancias eximentes, esta norma no tiene presente que la responsabilidad penal de las personas jurídicas está en íntima relación con la conducta ilícita de la persona física, por lo que trasladar, sin matices, la incomunicabilidad de circunstancias entre personas físicas, que ontológicamente actúan de modo independiente, a las personas jurídicas, lleva a resultados absurdos desde el punto de vista jurídico ante la hipótesis de que la conducta de la persona física esté amparada por una causa de justificación o de exclusión de la culpabilidad (como un error de prohibición invencible) y ello en cambio no afecte en nada a la responsabilidad penal de la persona jurídica, lo que acentúa el carácter objetivo de la imputación y, lo que es peor, pone en riesgo de quiebra a la unidad del orden jurídico, ya que si la persona física actuó en estado de necesidad, también la persona jurídica, sin ser razonable que no haya justificación que afecte todo el orden jurídico (esto es, al derecho civil, laboral, administrativo) y que, por tanto, se mantenga, por ejemplo, la responsabilidad civil. Además, debería preverse la posibilidad de introducir causas de exclusión de la responsabilidad específicas para las personas jurídicas; por ejemplo, reconociendo la virtualidad excluyente de la previa adopción de normas eficaces

el propio ente social patentice determinadas condiciones subjetivas que consientan atribuirle la actividad o inactividad típicas y no justificadas, como sucedería en relación con la atribuibilidad de una persona física; ni tampoco sobre que, a la postre, quepa entender que es posible que no resulte político-criminalmente necesario imponerle la pena, como puede acaecer respecto a la punibilidad de una persona física.

Como consecuencia, y sin que realmente llegue a más que atemperar algo de ello el melifluo apartado 3 que según el A/08 se incorporaría al artículo 66, la nueva ley no establecería criterios para poder determinar la pena, su gravedad y proporcionalidad con la del delito, el sometimiento de su carácter preventivo especial al preventivo general y el de este al límite de la «culpabilidad», así como tampoco otros alusivos a la falta de necesidad de llegar a imponerla.

Todo lo cual puede llevar a situaciones disparatadas. Como la de que a tenor del artículo 430.2 modificado conforme al A/08, si un directivo y representante de la primera entidad bancaria del país influye en el sentido del artículo 429 del Código penal en un funcionario público, obligatoriamente habrá de imponérsele a la entidad las penas de suspensión de sus actividades sociales por un plazo de dos a cinco años y de clausura de sus locales y establecimientos durante el mismo período de tiempo. Lo que ha hecho exclamar a algún autor que se ha planteado la hipótesis: «Pero ¿en qué cabeza cabe que por la actuación individual de una administrador desleal tengan que responder los miembros del consejo de administración que ignoraban esa actividad delictiva, los millones de accionistas, empleados y depositantes del banco y, en definitiva, todos los españoles que resultarían afectados por el terremoto financiero y económico que supondría la clausura del primer banco nacional?» (99).

El otro extremo del pretendido sistema de implantación en el Derecho español de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el artículo 129 del Código a modificar, tampoco sale bien librado desde la enunciada perspectiva de examen. En efecto, como más atrás he indicado su modificación respecto al actual de que sería aplicable en relación con cualquier delito, resulta escasamente compatible con la seguridad jurídica por tantas razones particularmente necesaria en el Derecho penal. Como ha expresado el Consejo General del Poder Judicial en su informe sobre el A/08: «La naturaleza subsidiaria y fragmentaria del derecho penal y el princi-

de prevención de delitos, ya que al contemplarse como mera atenuante, nada impide que dependiendo de su intensidad pueda tener efectos eximentes».

(99) GIMBERNAT, «La insostenible», cit., p. 19 [también en *Estado de Derecho* cit., p. 216].

pio constitucional de legalidad de las penas y medidas aconsejarían una restricción expresa del ámbito objetivo de aplicación del artículo 129, en el [...] sentido [...] de establecer un número clausus de delitos cometidos por las personas físicas que pueden provocar la aplicación del artículo 129, mediante la referencia a que solo serán aplicables las medidas en los casos expresamente previstos en el Código Penal, tal y como prevé el vigente artículo 129. A este respecto era preferible el Anteproyecto de 2006, en cuyo apartado 1 se preveía la aplicación del artículo 129 tan solo “en los supuestos previstos en este Código”» (100).

En diferente sentido, la sobreabundancia de requisitos para hacer viable su aplicación, al exigirse como presupuesto –como también queda señalado– no sólo el pronóstico positivo de continuidad delictiva y de sus efectos, sino la condena por la comisión de un delito, reduce considerablemente su eficacia y disminuye el alcance de la función preventivo especial que debiera sustentarlo de manera primordial (101). Mucho más adecuado resultaría el requerimiento, en lugar del delito completo y penado, de la concurrencia simplemente del hecho previsto como delito (conducta típica y no justificada) (102) junto a la previsión de continuidad delictiva (peligrosidad del mantenimiento en sus términos previos de la actividad del ente social), como por lo demás corresponde al sentido y origen histórico de esta norma.

Ello es particularmente perturbador si se entiende, como entiendo, que con un artículo 129 convenientemente reformado (103) no solo se da cumplida satisfacción a los compromisos supranacionales del Estado español en materia de responsabilidad sancionadora, incluida la penal a la que se quiere llegar, de los entes sociales (con o sin personalidad jurídica) (104), sino que también se ofrece como la

(100) *Informe CGPJ/09*, p. 24.

(101) En este sentido, v. MIR PUIG, Santiago, «Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en OCTAVIO DE TOLEDO, E., GURDIEL SIERRA, M., CORTÉS BECHIARELLI, E. (coords.) y otros, *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 745.

(102) V. mi artículo «Las consecuencias accesorias», cit. p. 1143. En el mismo sentido, v. MIR, «Sobre la responsabilidad», cit., p. 747 y bibliografía que cita.

(103) V. sus principales defectos en mi artículo «Las consecuencias accesorias», cit., pp. 1141-1143.

(104) ¿O no implica el artículo 129, en cualquiera de sus formatos (actual o conforme al A/08) una responsabilidad penal (v. mi artículo «Las consecuencias accesorias», cit., p. 1129) para los entes sociales, que además de su evidente contenido preventivo especial, por la afflictividad de las consecuencias que prevé también encierra una significación preventivo general, tan reconocible que para el A/08 pueden considerarse lo mismo «penas» que «medidas»? Para MIR, «Sobre la responsabili-

solución más simple e idónea a los problemas de criminalidad engendrados por las actividades realizadas en nombre, a través o al servicio de estas las entidades. Lo que, sin embargo, también demanda una acentuada diligencia y pericia en los ámbitos judicial y fiscal, desde el inicio de la persecución del delito y especialmente en la instrucción y en la prueba, así como el empleo adecuado y eficiente de las categorías dogmáticas y de algunas figuras delictivas en particular y, acaso, la reforma del Código en materia de participación equiparada en pena a la autoría (105). En el entendimiento de que para la exigencia a los entes sociales de responsabilidad directa de carácter sancionador, a mi juicio deben resultar bastantes las posibilidades de aplicación previa del Derecho administrativo asentadas por el artículo 130 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin necesidad de acudir a la abolición en el campo del Derecho penal del principio *societas delinquere non potest*, con mayor o menor alcance (106), por medio de la incorporación a la legislación punitiva de esa clase de responsabilidad directa (en el sentido propio a que después me referiré y no ya en el impropio que pretende el A/08)

En este contexto resulta particularmente adecuado el carácter potestativo que el artículo 129, en cualquiera de sus versiones, otorga u otorgaría al juzgador para imponer o no las consecuencias jurídicas de que trata o trataría (107). Pues, en el fondo, carece de sentido político-criminal imponer una «pena», como pretende el A/08 mediante los que conforme a él serían los nuevos artículos 31 bis y 33.7, a una entidad social de la que, pese a que sus dirigentes, directivos o empleados hayan realizado determinados hechos típicos, no puede pronosti-

dad» cit, p. 749 (cursivas en el original): «Las consecuencias accesorias [sc. del actual artículo 129 CP] no significan [...] responsabilidad *penal* en el sentido estricto de imposición de penas, pero sí en el sentido amplio en que también las medidas de seguridad pueden verse como una forma de responsabilidad penal».

(105) Sobre todo ello, v. mi artículo «Las consecuencias accesorias», cit., pp. 1144-1148.

(106) Tampoco, por tanto, la reducida al terreno de los delitos socioeconómicos dentro del Derecho penal «de dos velocidades» preconizado por algún autor: v. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.ª ed., Madrid, Ed. Civitas, 2001, pp. 149-157. V., en contra, mi artículo «Las consecuencias accesorias», cit., pp. 1138-1139, nota 93.

(107) Sobre la necesidad de este carácter en consideración a la función primordialmente preventivo especial de las «medidas» del artículo 129, v. mi artículo «Las consecuencias accesorias», cit., p. 1132 y sobre los criterios a que, como consecuencia, ha de sujetarse su imposición, *ibídem*, pp. 1134-1135.

carse que en el futuro será un marco adecuado para la continuidad delictiva.

Si no cabe afirmar esta peligrosidad (108), el carácter predominantemente preventivo general de esas «penas», en cuanto tales, supondría una amenaza que en realidad no puede ser captada por las entidades, cuya naturaleza impide que sean susceptibles de resultar intimidadas *per se*. Esta función sobre quienes podría producir efectos es sobre las personas físicas que las representan o dirigen o las que trabajan para ellas; personas físicas que, si el hecho delictivo que pudieran realizar reuniera el resto de los requisitos para acabar siendo apreciado como delito, sumarían a la pena correspondiente (con arreglo a lo que establecería el ap. 3 del art. 31 bis) las indudables consecuencias sancionadoras, para ellas mismas, derivadas de las «penas» a imponer al ente social, las cuales también desplegarían efectos de la misma índole respecto a terceros ajenos a la comisión de dicho delito, dando así lugar a una desmedida doble sanción, o a una sola pero infundada, contraria al principio constitucional de proporcionalidad de las penas, o al igualmente constitucional de legalidad de los delitos.

E) **Significado del sistema pretendido: la responsabilidad penal para los entes sociales. *Societas delinquere non poterit***

Como acertadamente se ha afirmado: «En la actualidad no se plantea ya la posibilidad de sustituir o añadir a una responsabilidad individual la de otros individuos de un mismo grupo, sino la cuestión de si ha de responder penalmente, del delito que ella cometa, la persona jurídica, como expresión de una voluntad colectiva» (109).

(108) La que puede encerrar la subsistencia y funcionamiento del ente social en los mismos términos en que existía y funcionaba cuando cometió el hecho previsto como delito la persona física que actuó como representante, dirigente o empleado de la entidad; comisión que ha de tomarse como primer elemento sintomático de esa peligrosidad, la cual sin embargo no solo ha de pronosticarse en referencia a la misma persona física (que acaso en el momento de formularse el pronóstico ya no desempeñe sus tareas en nombre, al frente o al servicio del ente social), sino también en consideración a si es probable que otro u otros de esos individuos realicen en el futuro este o algunos distintos (de entre los que debieran estar expresamente señalados por la ley). En este sentido, v. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del artículo 12.º del Código penal», en VV. AA., *Derecho penal económico. Manuales de formación continuada*, Vol. 14, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 342.

(109) MIR, *PG* cit., p. 193.

Y en este sentido en las áreas doctrinal (110) y legislativa (111), como en otras relacionadas con esta última (112), pueden encontrarse propuestas, normas y observaciones sobre unas y otras que se ciñen a una tal responsabilidad penal directa de los entes sociales, en sentido estricto.

No es esto lo que se contiene en el A/08. En él se pretende incorporar al Código, a través de los que serían nuevos artículos 31 bis y 33.7, «un (peculiar) sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas por los hechos de otro, es decir de responsabilidad vicaria», puesto que parte «de que el delito de referencia tiene que haber sido cometido por una persona física, es decir, que no existen supuestos de responsabilidad penal directa de las personas jurídicas» y, en efecto, no recoge el establecimiento de «ningún criterio específico de imputación del hecho a la persona jurídica como hecho propio» (113), cual el de «ausencia de los mecanismos de control adecuados» o, mejor, de «un defecto de organización relevante para la comisión del hecho delictivo» (114). Esta omisión, unida a la «no delimitación de la conducta de las personas físicas al marco y ejercicio de sus funciones», provocaría «una atribución de responsabilidad a la persona jurídica incluso si esta no padece» defecto organizativo y relevante ninguno que quepa relacionar con el hecho cometido («como puede suceder, por ejemplo, cuando existe una prohibición seria y expresa de actuar de determinada manera»), por lo que se trataría «de una responsabilidad penal de la persona jurídica por el mero hecho de que el delito ha

(110) V., p. ej., entre los últimos estudios al respecto, BACIGALUPO SAGESSE, Silvina, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Bosch, Barcelona 1998; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, «La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español (requisitos sustantivos y procesales para la imposición de las penas previstas en el art. 129 del Código penal)», en QUINTERO, G., MORALES, F. (coords.) y otros, *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 885-905; y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, 2.^a ed., Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003.

(111) V. un panorama del derecho comparado sobre la materia en BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal*, cit., pp. 313-349; ZÚÑIGA, *Bases para un Modelo* cit., pp. 101-135.

(112) Así el artículo 14 del denominado en el ámbito de la UE *Corpus Juris* (v. al respecto, BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal*, cit., pp. 347-348 y ZÚÑIGA, *Bases para un Modelo*, cit., pp. 155-157) o las observaciones del *Informe CGPJ/06*, pp. 12-15 (que se inclina por una inclusión, en su caso, de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en una ley penal especial: p. 15) y del *Informe CGPJ/09*, pp. 3-13.

(113) *Informe CGPJ/09*, p. 6.

(114) *Informe CGPJ/09*, p. 10.

sido cometido por el directivo o administrador en beneficio de la persona jurídica», lo que supone una «responsabilidad objetiva» de esta (115).

En definitiva, no es cierto que de convertirse en ley el A/08 supondría la abolición del principio *societas delinquere non potest*. Lo cierto es que si tuviera éxito en la pretensión a que se dirige, podría afirmarse: *societas delinquere non poterit*. Efectivamente, con el Código penal modificado por la adición del artículo 31 bis en los términos del A/08, los entes sociales tampoco podrían delinquir.

Y, en realidad, es engañoso decir que en el A/08 se contenga un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Lo que contiene son unas reglas sobre responsabilidad penal para las personas jurídicas. Reglas inconciliables con las exigencias de la Constitución relativas al Derecho penal.

Así pues, el A/08 no solo no sirve para dar cumplimiento al discutible propósito al que dice servir: eliminar del ordenamiento español el principio *societas delinquere non potest* y establecer en él un sistema normativo por medio del que quepa afirmar, en casos determinados, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino que pretende incorporar al Código una especie de percha normativa de la que colgar una responsabilidad colectiva para cuya exigencia basta con que un cierto individuo perteneciente a un grupo realice un determinado hecho típico, para que sin título de imputación bastante responda penalmente el grupo; con independencia de que además también pueda llegar a hacerlo ese individuo. Una absoluta vulneración del principio del carácter personal de las penas.

Por lo demás, esa independencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de la puede llegar a exigirse a la física que la representa, dirige o trabaja en ella, no significa que también lo sea respecto del hecho típico realizado por esta; ello implica que haya de determinarse judicialmente de antemano qué persona física lo ha cometido; lo que a su vez no disminuye las dificultades que se suelen aducir para proponer el abandono, en relación con ciertas hipótesis delictivas, del principio *societas delinquere non potest*: precisamente lo problemático que puede resultar, de cara a la determinación de la autoría y de la participación, averiguar quienes serían autores únicos e inmediatos, autores mediatos, instrumentos, coautores directos o mediatos, inductores, inducidos, cooperadores y auxiliados, dadas las peculiares y a veces extraordinariamente complejas estructuras organizativas y de funcionamiento de algunos

(115) Informe CGPJ/09, p. 12.

entes sociales. Algo, por otra parte, que no se alivia con la declaración de que la concurrencia de una eximente en relación con la persona física no elimina la responsabilidad penal de la jurídica, con arreglo a lo que queda dicho.

Todo lo cual enlaza con lo que quiero decir bajo el epígrafe siguiente que alude a una perspectiva mayor y para peor, que comprende lo concretamente patrocinado por el A/08.

IV. LA TRAMPA EN LA FORMULACIÓN POR EL DERECHO PENAL DE LA RESPONSABILIDAD DIRECTA DE LAS ENTIDADES SOCIALES.

Partiré de dos consideraciones doctrinales y ajenas que expresan adecuadamente el derrotero crítico que quiero seguir

Con arreglo a la primera de ellas: «... la indeseable tendencia que encierra el castigo penal de personas jurídicas o empresas» es la de «rehuir las dificultades que entraña la comprobación, material y procesal, de la autoría o participación de las personas físicas responsables del injusto penal. Es cierto que la mayoría de las legislaciones que admiten penas para personas jurídicas o empresas no excluyen la responsabilidad simultánea de personas físicas. Pero es sintomático que el argumento central que suelen utilizar es el de que hay que castigar a las personas jurídicas o empresas porque con frecuencia no puede castigarse a personas físicas. Parece partirse de la idea de que, cuando no pueda castigarse a personas físicas, al menos tendremos a alguien a quien castigar en su lugar, por lo menos tendremos un culpable. La necesidad de castigo del delito parece satisfacerse ya de algún modo por esta vía (116). Pero la consecuencia práctica tenderá a ser, entonces, que no se sentirá necesidad de poner tanto empeño (y medios materiales) en fundamentar una imputación a personas físicas que puede resultar complicada dogmáticamente y desde el punto de vista procesal. Esta consecuencia favorecería la ocultación de los verdaderos responsables tras la fachada de la persona jurídica o entre los entresijos de la complejidad de la organización empresarial. Ello resultaría criminógeno. Por lo demás, hay que resaltar que, paradójicamente, iría en dirección contraria a la

(116) Nota 29 del autor: «Aunque en los EE.UU. son punibles tanto las personas jurídicas como las personas físicas que actúan por ellas, se ha constatado que de hecho en la práctica los jurados tienden a condenar únicamente a las personas jurídicas y a absolver a los agentes físicos, pese a que sea indudable que cometieron los actos criminales».

corriente jurisprudencial y doctrinal que en Derecho privado exige levantar el velo de la persona jurídica cuando se utiliza con finalidad defraudatoria» (117).

De acuerdo con la segunda: «... la historia demuestra cómo el impulso de pretendidas políticas de profundización del Estado social de Derecho, en ocasiones, acaban por comportarse como soluciones neoliberales a los problemas. Y se efectúa esta observación ante la idea de que quede enraizado el denominado “Derecho penal de distintas velocidades”, con el sarcasmo de que el más veloz sea aquél que imponga menos penas de prisión y más sanciones económicas, imputables a una partida de gastos. La crítica desde el punto de vista del principio de igualdad es obvia y no merece mayor atención. Si se trae aquí a colación es a propósito de la emancipada responsabilidad penal que postula el Proyecto de reforma de 2007, de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que pudiera incluso provocar un cierto escapismo en la actividad instructoria de la investigación criminal, por cuanto sería posible alcanzar la fase de plenario o juicio oral solamente con la acusación dirigida contra las sociedades mercantiles. En otros términos, la referida emancipación de responsabilidad puede llegar a constituir, por sarcástico que parezca, una vía de escape a la responsabilidad penal de las personas físicas. Debe repararse en que la ideación de las leyes se produce siempre pensando en una módica aplicación de las mismas, cuando la ecuación debiera ser la inversa, a saber, la generación de reformas legislativas debería verificarse teniendo presente el posible uso perverso, y en ocasiones, torticero, del derecho» (118).

Si resultan verosímiles consideraciones como las anteriores, y a mi juicio más allá de su verosimilitud la comprobación empírica de las afirmaciones que contienen y de la materialización de las hipótesis que formulan permiten estimarlas como verdaderas, no se puede por menos que pensar con fundamento que, en realidad, lo que interesa a los dirigentes y administradores de las más diversas entidades presentes en los más variados mercados y áreas de actuación de las sociedades, global o localizadas, actuales, es la admisión por las leyes de la responsabilidad penal de o para las organizaciones a cuyo frente o en cuyo nombre actúan. Pues en ella encuentran un confortable refugio frente a la exigencia de su responsabilidad individual de igual carácter punitivo, especialmente cuando puede concretarse en la privación de su libertad. Y a esta tarea se aprestan y dedican eficazmente para llegar a recibir o ya obtener el apoyo «racionaliza-

(117) MIR, «Sobre la responsabilidad» cit., pp. 760-761.

(118) MORALES, «La responsabilidad» cit., pp. 50-51.

dor» y bienintencionado de una parte de la doctrina, de los gobiernos y de los parlamentos y la colaboración interesada de otra parte de aquella y de los otros dos. Sin que las negativas consecuencias para terceros de tal responsabilidad colectiva perturbe su ánimo; o cuando se toman en cuenta por las otras instancias ello no lleve a que alcancen a desempeñar algo más que un papel secundario y en todo caso simplemente paliativo.

En cierta medida lo anterior se refleja, con el garbo y el desparpajo que la caracterizan, en la Exposición de Motivos del P/07: «La coincidencia internacional en lo ineludible de que los sistemas penales acogieran esa clase de responsabilidad, ha venido impuesta, como fácilmente se puede comprender, especialmente por la necesidad de robustecer el marco jurídico en que se puede desarrollar con eficacia y garantía el principio de libre empresa, que ha de desarrollar su eficacia en un espacio que supera ampliamente el marco territorial y económico de los Estados» (119).

En varios lugares (120) he puesto de manifiesto con mayor detalle estas y otras razones que, creo, desaconsejan la inclusión en el ordenamiento jurídico-penal español de una propia responsabilidad directa de los entes sociales. A esos lugares remito, para ceñirme ahora a una ellas que, sin embargo, tiene doble alcance. Me refiero a la que he anticipado con los textos doctrinales acabados de reproducir. Ambos reflejan muy bien una de las trampas encerradas en la admisión de la responsabilidad penal de que hablo. Ardid que tiene una doble dimensión: legislativa y judicial.

Legislativa porque la opacidad, rayana en la impenetrabilidad de la luz, que permite el ordenamiento jurídico respecto de muchas de las materias de las componen el Derecho mercantil, resulta difícilmente discutible. Así, en lo que atañe a las sociedades (especialmente, las empresas) y a sus posibilidades de entramado interno y externo o al sistema financiero privado (en particular, los sectores bancario y bursátil). Hoy, casi en la cresta de la crisis económica y social que afecta al

(119) P. 3, col. 1.^a

(120) Así, «Notas para un estudio de los fraudes alimentarios en derecho penal», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, número 57/1079, pp. 68-76; «Las actuaciones en nombre de otro» cit., pp. 24-39; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *PG*, cit., pp. 51-56 *i.p.*; «Las consecuencias accesorias», cit., pp. 1128-1148; «Repercusión de la “responsabilidad penal por el producto” en los principios garantizadores y la dogmática penales (O de cómo sobrevive el “viejo” Derecho Penal cuando se quiere, y se sabe, aplicar a la “nueva” realidad social)», en VIEIRA MORANTE, F.J. (Dtor.) y otros, *Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp. 149-155; «Algunas determinaciones», cit., pp. 538-544 *i.p.*

mundo y en la que de hoz y de coz se halla España, poner en duda esa afirmación resulta todavía mucho más dificultoso, si es que se indagan con sinceridad y se determinan verazmente las causas de esa crisis.

Y, sin embargo, esas posibilidades de casi «intransparencia» producen notorias dificultades en el Derecho penal a la hora de exigir las responsabilidades que le son propias; esto es, las responsabilidades individuales. De ahí que numerosos autores preconicen la idea de acabar con el principio penalista *societas delinquere non potest* y se acepte de una vez la idea de que los entes sociales puedan delinquir con arreglo a ley. Lo que paulatina, y al parecer gratamente, es acogido en sus proyectos por cada día más gobiernos y en su acción legislativa por un mayor número de parlamentos.

Esto es algo que no deja de llamar poderosamente la atención hacia la otra manera de tratar de despejar o, al menos, disminuir esas dificultades: la de aclarar la legislación mercantil y restringir sus ofertas «elidientes».

Pero a quienes, con distintas orientaciones políticas, no les tiembla el pulso a la hora de reformar una vez tras otra las leyes penales, de manera crecientemente insoportable para la seguridad jurídica en el ámbito que más la demanda, parece acometerles una parálisis legislativa cuando se trata de modificar las mercantiles en el sentido apuntado. ¿Qué o a quién temen? ¿Qué o a quién defienden? ¿Cuál es la causa de su papel de estafermos ante la necesidad de cambiar las reglas que rigen las actividades de los mercaderes?

Y también judicial, como decía, porque pese a las buenas intenciones que cabe advertir o suponer en las proposiciones de muchos autores, o en las razones dadas para la creación de normas ya aprobadas en distintos países, de hacer caer el principio de proscripción de la responsabilidad penal directa de los entes sociales, con el añadido santificador de que eso se patrocina, o se realiza, sin perjuicio de la que corresponda a las personas físicas que actuaron en su nombre o a través de ellos, lo cierto es, en mi opinión, que así no se evita sino que, antes al contrario, se estimula que estas queden al margen de la exigencia de tal responsabilidad penal.

Ya que a mi juicio sucede que una vez establecida y determinada esta responsabilidad para los entes sociales, ese mecanismo de afirmarla y dejar a salvo la que pueda incumbir a las personas físicas, en los más de los casos hace de semejante salvedad un brindis al sol. Pues favorece, cuando no lleva a ellas, la pereza en la indagación de los hechos cometidos por tales personas físicas, la molicie en la determinación, interpretación y aplicación de las leyes que puedan hacerlas responder conforme al Derecho punitivo, la indolencia en el conocimiento y manejo adecua-

dos de los instrumentos de la dogmática penal que la pueden hacer viable –en ocasiones desde una actitud despectiva hacia ellos– y la desidia en las propuestas fundadas de reforma de las normas jurídicas.

Añadiré una «coda», aunque lo que escribo no sea precisamente un poema: la interesada y distorsionada visión de la realidad que ha producido ese sueño de la razón que son las personificaciones, tan eficaces sin embargo en otros ámbitos del Derecho, no necesariamente tiene que inducir a su incorporación en iguales términos, pretendidamente por coherencia, al Derecho penal; que en tantos otros aspectos rechaza o no acoge sin adaptarlas a sus fines, funciones, garantías y límites otras muchas construcciones y categorías jurídicas provenientes de, por ejemplo, los derechos civil, mercantil, administrativo, tributario o financiero. En realidad, la vocación de materialidad del Derecho penal, se muestra como la prueba del nueve de la corrección, a esos efectos, de los instrumentos empleados en otras ramas del ordenamiento, que no obstante en muchas ocasiones pueden ser útiles y legítimos para sus cometidos, tareas, condiciones en que legítimamente han de desarrollarlas y alcance que las circunscribe. En mi opinión, no cabe aducir que si, precisamente por esa materialidad, el Derecho penal descubre las grandes posibilidades «criminológicas» de los entes sociales, lo adecuado es reaccionar sin más y directamente de manera punitiva contra ellos y, así, dejar en la penumbra que tantas veces desemboca en la impunidad a los individuos que los dirigen, actúan en su nombre o por cuenta de ellos. Ni tampoco alegar el dilema (a mi entender, falso) que se extrae del pensamiento lisztiano (121), según el cual si las sociedades pueden contratar civilmente, también han de poder realizar contratos fraudulentos en el sentido del Derecho penal; pues lo cierto es que esa vocación de materialidad de esta parte del ordenamiento, le hace reducir al mínimo imprescindible para garantizar la seguridad jurídica y el sometimiento de los juzgadores a la ley –en evitación de su subjetivismo– las presunciones (edades determinadas, por ejemplo) y trazar así un límite a mi entender difícilmente franqueable por las ficciones jurídicas, como en definitiva son las personificaciones.

En conclusión: a mi juicio, no solo debe mantenerse la actual fórmula en vigor *societas delinquere non potest*, sino sostener con firmeza de cara al futuro el lema *societas non delinquenda*.

(121) Cf. VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, T. II, 3.ª ed., trad. de la 20.ª ed. alemana por L. JIMÉNEZ DE ASÚA y adicionado con el Derecho penal español por Q. SALDAÑA, Ed. Reus, Madrid, 1914-1929 (los tres tomos), pp. 299-300, nota 4.

El principio constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio. Manifestaciones cualitativas *

ANTONIO CUERDA RIEZU

Catedrático de Derecho Penal. Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)

*Sólo algunas personas son capaces y muy inteligentes.
Las personas capaces e inteligentes que además son sencillas y accesibles,
son verdaderamente excepcionales.
Por ello Jorge de Figueiredo Dias es excepcional*

SUMARIO: I. Introducción.–II. Evolución histórica: 1. La Biblia. 2. Derecho romano. 3. Edad Media. 4. Edad moderna. 5. Las ideas de la Ilustración y la Constitución de Cádiz de 1812, y su repercusión en la codificación penal española. 6. Supuestos de castigo colectivo y de castigo a familiares del delincuente en los siglos xx y xxi.–III. El principio en la doctrina del Tribunal Constitucional Español, del Tribunal Supremo Español y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: 1. Denominación del principio. 2. Concepto en la doctrina del Tribunal Constitucional. 3. Objetos. 4. Fundamento. 5. Jurisprudencia del Tribunal Supremo español.–IV. Normativa estatal e internacional.–V. Concepto y fundamento.–VI. Manifestaciones cualitativas: 1. La necesaria identidad de sujeto responsable y sujeto que cumple la pena. 2. La intransmisibilidad, inter vivos o mortis causa, de la responsabilidad penal. 3. La prohibición de la responsabilidad solidaria en Derecho penal. 4. La imposibilidad de asegurar la responsabilidad penal.

(*) Artículo dedicado al Prof. Jorge de Figueiredo Dias, que ha sido publicado en el Libro editado en su Homenaje en Portugal.

I. INTRODUCCIÓN

Con el fin de ofrecer una primera aproximación a este principio, creo que no hay mejor manera que la de remitirme a algunas experiencias de la infancia, por las que seguramente el lector también habrá pasado. En aquella época no era infrecuente que algún adulto me acusara de haber cometido una travesura. Ahora bien cuando la acusación carecía de toda base, mi respuesta inmediata era: «¡yo no lo he hecho!». Y en función de mis lealtades o mis enfados del momento podía ocasionalmente añadir: «lo hizo mi hermana X» o «lo hizo Y» (un compañero del colegio u otro niño del grupo en el que estaba jugando...). Y precisamente esa acusación, sin fundamento real, era sentida por mí como la mayor de las injusticias posibles. En realidad mi réplica, aun sin saberlo yo por aquel entonces, venía dictada por el principio de responsabilidad por el propio hecho: si la travesura no la había cometido yo, no debía ser considerado yo responsable de la misma ni sufrir ningún castigo por ella, y si, pese a todo, el adulto me lo llegaba a imponer, ello me parecía el colmo de la iniquidad. Otro suceso de la infancia, que también otros habrán vivido, era el que tenía lugar cuando la travesura se practicaba de forma anónima en la clase del colegio. Si el profesor preguntaba: «¿quién ha sido?», y no obtenía contestación (lo que era frecuente, puesto que nadie quería quedar como un odioso delator), podía ocurrir que el maestro, disgustado por el suceso, nos castigara a todos sin recreo... Lo cierto es que este castigo colectivo no gustaba nada a los inocentes que no habían tenido intervención en la trastada. También ese disgusto tenía su razón de ser, y ésta era que los castigos colectivos (impuestos indistintamente a inocentes y a culpables) resultan prohibidos por el principio de responsabilidad personal por el propio hecho.

Fue en la adolescencia cuando leí *El conde de Montecristo* (1844-1846), la novela por entregas de Alejandro Dumas, y me rebelé como se rebela el protagonista Edmond Dantés por haber sido éste condenado por un delito que no había cometido. A aquella injusticia le sucedía la venganza personal de Dantés sobre la mayoría de sus enemigos, que habían contribuido a que sufriera una pena, aun siendo inocente de lo que se le acusaba. Ya de adulto tuve la ocasión de contemplar cómo el actor Tim Robbins, en el papel de Andrew Dufresne, era condenado por el asesinato de su esposa en la película *Cadena perpetua*, cuando no había sido él el asesino. Otros dos casos en los que se responde por el hecho de otro, con vulneración pues del principio de responsabilidad personal por el hecho propio.

Descendiendo de la ficción a la realidad, mi intención es obtener el significado e implicaciones de este principio. Para ello, abordaré pre-

viamente tres bloques de cuestiones: en primer lugar su evolución histórica; en segundo término, las declaraciones que sobre él ha realizado el Tribunal Constitucional español, teniendo en cuenta también la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; la tercera aproximación consistirá en determinar la normativa estatal e internacional sobre el principio. Entonces estará en condiciones de indagar el sentido último del principio, así como las consecuencias de carácter cualitativo que se derivan de él.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

1. La Biblia

Aunque es evidente que la Biblia no es una obra histórica, sí merece una ojeada en la medida en que refleja el devenir de unas ideas, que son sumamente reveladoras en este contexto. Pues bien, en los libros más antiguos de la Biblia, la justicia divina –seguramente como reflejo de la venganza privada que rige entre los seres humanos– está dominada no por la idea de dar a cada uno lo suyo, sino por la de la ira o la venganza, de modo que por el pecado de uno, el castigo puede alcanzar a muchos, pudiendo así pagar justos por pecadores. La sanción divina persigue el fin de purificación de la comunidad: la muerte del pecador evita que el pecado contamine a los restantes ciudadanos. El modelo de justicia de Yahvé gira en torno a dos principios: Por un lado, la responsabilidad es mancomunada, hasta el punto de que por los pecados de muchos responde la ciudad entera. Por otro lado, se trata de una responsabilidad hereditaria, que se transmite de padres a hijos.

Estas ideas se reflejan en distintos pasajes. En Génesis 3, 23, se prevé la sanción divina por el pecado original de comer de los frutos del árbol del bien y del mal y que consiste en la expulsión del Edén y en la necesidad de labrar el suelo. En la tradición católica, y a diferencia de otras regiones monoteístas, el pecado original de desobediencia de Adán y Eva se transmite a todos los seres humanos por el mero hecho de nacer (1), pecado original que sólo se borra o anula mediante el bautismo (2).

(1) Cfr. Catecismo de la Iglesia Católica de 1992, Primera Parte, 2.^a Sección, Capítulo I, Art. 1, párrafo 7 «La Caída», apartados 402-409.

(2) Cfr. Catecismo de la Iglesia Católica de 1992, Segunda Parte, 2.^a Sección, Capítulo I, Art. 1, IV, apartado 1250.

En otro apartado Yahvé le indica a Moisés (Éxodo, 20, 5-6):

«No te postrarás ante ellas [sc. las esculturas] ni les darás culto, porque yo Yahvé, tu Dios, soy un Dios celoso, que castigo la iniquidad de los padres en los hijos hasta la tercera y cuarta generación de los que me odian, pero tengo misericordia por mil generaciones con los que me aman y guardan mis mandamientos.»

Asimismo, en el sorprendente diálogo que mantienen Yahvé y Abraham con motivo de los pecados cometidos por las ciudades de Sodoma y Gomorra, se parte de la idea de que los pecados de muchos de los habitantes de estas ciudades deben ser pagados con la destrucción absoluta de tales ciudades. Sin embargo, Abraham, aunque no discute el trasfondo último de esa responsabilidad mancomunada, y asume que todos deben correr la misma suerte, pretende que algunos justos obtengan el perdón de muchos culpables. Se suscita así un curiosísimo regateo, a la baja, en el que el humano –Abraham– es quien enarbola el principio de que no paguen justos por pecadores, frente a un Dios de venganza, que progresivamente es convencido por el razonamiento de su siervo. El texto aparece en Génesis, 18, 23-33:

«Abraham le abordó [sc., a Yahvé] y le dijo: «¿Así que vas a borrar al justo con el malvado? Tal vez haya cincuenta justos en la ciudad. ¿Vas a borrarlos sin perdonar a aquel lugar por los cincuenta justos que hubiere dentro? Tú no puedes hacer tal cosa: dejar morir al justo con el malvado, y que corran parejas el uno con el otro. Tú no puedes. ¿Va a fallar una injusticia el juez de toda la tierra?» Replicó Yahvé: «Si encuentro en la ciudad de Sodoma a cincuenta justos perdonaré todo el lugar por amor de aquéllos.» Replicó Abraham: «¡Mira que soy atrevido de interpelar a mi Señor, yo que soy polvo y ceniza! Supón que los cincuenta justos fallen por cinco. ¿Destruirías por los cinco a toda la ciudad? Replicó: «No la destruiré si encuentro allí a cuarenta y cinco.» Insistió todavía: «Supón que se encuentran allí cuarenta.» Respondió: «Tampoco lo haría en atención de esos cuarenta.» Insistió: «No se enfade mi Señor si le digo que tal vez se encuentren allí treinta.» Respondió: «No lo haré si encuentro allí esos treinta.» Volvió a decirle: «¡Cuidado que soy atrevido de interpelar a mi Señor! ¿Y si se hallaran allí veinte?» Respondió: «Tampoco los destruiría en atención a los veinte.» Insistió: «Vaya, no se enfade mi Señor, que ya sólo hablaré esta vez: ‘¿Y si se encontraran allí diez?’» Replicó: «Tampoco los destruiría, en atención a los diez. (3)»

El término de la conversación demuestra que a Yahvé no le importaría destruir la ciudad aunque así perecieran una cantidad de nueve o menos justos. Tal vez Abraham, que ya ha obtenido mucho, y que teme suscitar su ira, no se atreve a plantear el dilema ético de si Yahvé destruiría una ciudad al precio de destruir a un solo hombre justo, incluso a un concebido y no nacido. No obstante, Yahvé facilitará más adelante que huyan de la ciudad de Sodoma tanto Lot como su mujer (que se convierte en estatua de sal por mirar hacia atrás) y sus dos

(3) En sentido similar, Jeremías, 5, 1; Ezequiel, 22, 30-31

hijas, es decir, cuatro personas. Pese a todo, el texto introduce la idea redentora, que representa el supuesto inverso al del principio de responsabilidad por el propio hecho, ya que la redención consiste en que por propia voluntad el inocente sufre por los pecados de los verdaderamente culpables; el símbolo de la redención será después básico en el Nuevo Testamento con el sacrificio de Cristo, y en el papel de los santos, quienes, en cuanto que asumen sobre sí los pecados de otros, tienen un papel salvador en el mundo (4).

Progresivamente, en otros libros de la Biblia se va imponiendo un modelo de responsabilidad que representa la superación de la venganza privada. Este nuevo modelo de responsabilidad se caracteriza por la ley del talión. Yahvé enseña a los hombres la ley del talión (5), caracterizada por una estricta proporcionalidad, en virtud de la cual quien hace un mal se hace acreedor del mismo mal. Ahora bien, la exigencia de una rigurosa proporcionalidad determina que el sistema talionar sea incompatible con la posibilidad de que la sanción del pecado alcance a otros, bien terceros o bien herederos del pecador, porque en tal hipótesis no existiría simetría entre el pecado y la sanción. Por ello paulatinamente predomina la idea de la responsabilidad individual y el rechazo de la responsabilidad por pecados ajenos. En efecto, el castigo de Yahvé se centra ahora exclusivamente en el pecador (6). Muy claramente se formula esta idea en Deuteronomio, 24, 16:

«No serán ejecutados los padres por culpa de los hijos ni los hijos serán ejecutados por culpa de los padres. Cada cual será ejecutado por su propio pecado».

(4) La idea de la redención se anuncia también en otros pasajes del Antiguo Testamento. Así, Isaías, 53, 11: «Mi siervo justificará a muchos, pues las culpas de ellos soportará»; e Isaías, 53, 12: «le daré su parte entre los grandes y con poderosos repartirá despojos, pues se entregó indefenso a la muerte y fue tenido por un rebelde, cuando él soportó la culpa de muchos e intercedió por los rebeldes». En el Nuevo Testamento, S. Pablo contrapone el pecado original de Adán a la redención de Cristo, en la Epístola a los Romanos 5, 19: «En efecto, así como por la desobediencia de un hombre, todos fueron constituidos pecadores, así también por la obediencia de uno todos serán constituidos justos».

(5) Biblia, Éxodo 21, 23-24: «Pero si se produjeran otros daños entonces pagarás vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, cardenal por cardenal». En sentido similar: Levítico, 24, 19-20; Deuteronomio, 19, 21.

(6) Véase Deuteronomio, 7, 9-10: «Has de saber, pues, que Yahvé tu Dios es el Dios, el Dios fiel que guarda su alianza y su favor por mil generaciones con los que le aman y guardan sus mandamientos, pero que da su merecido en su propia persona a quien le odia, destruyéndolo. No es remiso con quien le odia: en su propia persona le da su merecido.»

La reiteración de este principio en libros posteriores del Antiguo Testamento (7) permite suscitar la sospecha de que con frecuencia la justicia humana seguía haciendo pagar a justos por pecadores, mientras que frente a ello los textos bíblicos pretendían erradicar esa terca realidad. En la actualidad, el ámbito legislativo, y especialmente el constitucional, muestran con frecuencia algo semejante: muchas veces la norma enuncia un principio, no porque rija en la realidad, sino todo lo contrario: porque la realidad demuestra que es ignorado y se pretende con su enunciación por la norma revolucionar el *status quo* hasta entonces vigente.

2. Derecho romano

En el Derecho romano la pena tiene también un sentido de expiación: se trata de una ofrenda con la que se trata de calmar la ira de los dioses y desplazar así la venganza del grupo familiar; las infracciones son castigadas bien mediante una ofrenda del reo (*piaculum*), consistente en el sacrificio de un animal o en el pago de una cantidad en beneficio de la divinidad ofendida, bien en el caso de los crímenes más graves a través de la entrega del culpable a la divinidad (*supplicium*), para que sea ejecutado en su persona y en sus bienes (8).

Existe pues una tensión entre el principio de responsabilidad individual y la posibilidad contraria de responsabilidad por hechos ajenos, tensión que se resuelve, como en tantas otras ocasiones, mediante el sistema de regla – excepción. La regla consiste en el principio de responsabilidad penal por el hecho propio, pero como excepción se prevén supuestos de responsabilidad por el hecho ajeno.

El predominio de la regla se comprueba sobre la base de que la retorsión y la venganza sólo pueden ser aplicadas sobre un ser humano vivo; el concepto de la pena retributiva tiene, pues, como consecuencia el principio de la responsabilidad sobre el hecho propio; y este principio determina a su vez que la responsabilidad penal no se transmita a los herederos del autor, sino que se extinga con su fallecimiento (9). Se

(7) Así, en el Libro Segundo de los Reyes, 14, 6; Jeremías, 31, 29-30; Ezequiel, 14, 12-23 y 18, 2-4.

(8) En este sentido, J. SAINZ GUERRA, *La evolución del Derecho penal en España*, Jaén, 2004, Universidad de Jaén, p. 224.

(9) T. MOMMSEN, *El Derecho penal romano*, t. I, Pamplona, 1999, Jiménez Gil Editor (edición facsímil del original, traducción de P. DORADO MONTERO), pp. 73-74, afirma: «El hecho del delito no cambia porque sobrevenga la muerte; pero cuando muere el autor del mismo, se hace imposible en el Derecho penal privado imponerle a él personalmente la pena. La retorsión y la venganza no pueden ejercitarse sino sobre los vivos».

establece así una notable diferencia con la responsabilidad civil derivada del delito, que no se extingue con la muerte del reo, sino que es heredada por sus sucesores; a finales del siglo IV d.C. se enuncia el principio de que el delito obliga únicamente al autor, y no se extiende a sus allegados, conocidos o familiares (10). El Derecho romano tampoco reconoce capacidad de delinquir a las corporaciones o personas jurídicas, de modo que, en su caso, la pena recae sobre los sujetos individuales que las componen (11).

Como he indicado, la regla conoce determinadas excepciones. Así, para el delito de traición o de lesa majestad se prevé que los herederos del traidor respondan con sus bienes, que son confiscados a favor de la hacienda pública; en el caso de la apostasía, los herederos que pretendieran suceder al apóstata debían denunciar el hecho después de su muerte, probar la infracción y castigarla, con el objeto de que se anulara el testamento y pudieran disfrutar de sus bienes los que legítimamente lo mereciesen (12). Respecto a los delitos de cohecho y de hurto, en caso de muerte del autor del hecho, se concedía acción contra los herederos del mismo para reclamar el enriquecimiento ilícito o los bienes hurtados (13). Theodor Mommsen pone de relieve que en el ámbito de la punición doméstica si un sujeto sometido a la potestad de un jefe de familia —lo que era el caso de mujeres, hijos, extranjeros o esclavos— causa un daño a un tercero, el referido *pater familias* estaba obligado bien a indemnizar tal daño por vía de compensación, bien a entregar el dañador al perjudicado (14). De esta manera, la desigualdad en el régimen jurídico de las personas abría la puerta a la responsabilidad por el hecho ajeno, además de que no parece que existiera una tajante distinción entre responsabilidad penal y responsabilidad civil.

Otra excepción se produce en el ámbito de las infracciones contra la disciplina militar cuando han sido cometidas por un grupo armado. En tal caso se plantea la necesidad de restablecer con rapidez el orden mediante un terrible escarmiento. Si se optara por la aplicación de la pena de muerte a todos los infractores, que como acabo de decir son plurales, el castigo podría ser considerado excesivamente riguroso y

(10) Cfr., con datos de los textos romanos, J. SAINZ GUERRA, *La evolución del Derecho penal en España*, cit., p. 73.

(11) Cfr. T. MOMMSEN, *El Derecho penal romano*, t. I, cit., p. 81 s., quien puntualiza que frente a determinados actos de comunidades, la reacción romana consistía en declararles la guerra.

(12) Cfr., asimismo con datos de los textos romanos, J. SAINZ GUERRA, *La evolución del Derecho penal en España*, cit., pp. 73-74 y p. 240.

(13) Cfr. T. MOMMSEN, *El Derecho penal romano*, t. I, cit., pp. 75-76; J. SAINZ GUERRA, *La evolución del Derecho penal en España*, cit., p. 259.

(14) Cfr. T. MOMMSEN, *El Derecho penal romano*, t. I, cit., pp. 23 y 86 ss.

desproporcionado. Para evitar la muerte de todos, se recurre entonces a la *decimatio*, es decir, a la aniquilación de la décima parte de los culpables, práctica actualmente conocida como «diezmar». Esta arbitraria costumbre no busca castigar a los más culpables, sino que, al contrario, se fundamenta en la aleatoriedad o en el azar, ya que consiste en elegir por medio de la suerte a uno de cada diez, para que –sea quien sea éste– sea pasado por las armas. Al parecer fue Appio Claudio el que utilizó esta práctica por vez primera en el año 282 a. de C., pero fue aplicada con reiteración, tanto durante la República como durante el Imperio. El sistema de diezmar a los culpables persistió durante la Edad Media en el ámbito de la sedición y otros delitos militares cometidos en el combate, hasta el punto que figuró en la Ordenanza Militar, siendo sustituido en la Ley de Enjuiciamiento Militar de 1886 por un juicio sumarísimo contra todos los responsables.

3. Edad Media

Durante el régimen visigótico se mantiene el mismo sistema de regla – excepción: como regla sólo se responde por el hecho propio, pero en atención a la gravedad del delito de traición, excepcionalmente la pena correspondiente puede extenderse a los hijos del autor; por tanto, se mantiene igual que en el sistema del Derecho romano la dualidad responsabilidad penal / responsabilidad civil, ya que si por lo general la primera sólo se asume en virtud del hecho propio, la segunda tolera responder por el hecho ajeno: así, se prevé que el señor, el dueño o los padres asuman la reparación por el delito cometido por el siervo, el esclavo, el criado o el hijo (15).

En el Derecho castellano de la Edad media coexiste tanto el sistema de la venganza de la sangre, en virtud del cual la responsabilidad penal podía recaer sobre familiares o vecinos del reo e incluso sobre villas y concejos, todo ello por influencia de los principios germánicos, como el principio de la responsabilidad penal individual, conforme al cual penalmente sólo se respondía por el hecho propio (16).

Mientras que el Fuero de León tolera la venganza de la sangre, la responsabilidad de terceros distintos del autor es rechazada por el Fuero de Plasencia; en muchos supuestos, si el autor del delito no era

(15) Cfr. J. SAINZ GUERRA, *La evolución del Derecho penal en España*, cit., p. 74.

(16) Cfr. ampliamente al respecto, R. MORÁN MARTÍN, *Historia del Derecho privado, penal y procesal*, Madrid, 2002, Edit. Universitas – UNED, p. 428 ss. Cfr. también, con indicación de otros Fueros, E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, t. I, vol. 1.º, 18.ª ed., Barcelona, 1980, Bosch, p. 120 ss.

hallado, había fallecido o carecía de bienes económicos para hacerse cargo de la sanción, ésta era impuesta a los padres, al marido o a la mujer del delincuente (17).

En los Fueros de Cuenca, Alcaraz y Teruel se prevé la responsabilidad de los padres por los delitos de los hijos, aunque a veces esta responsabilidad se limita, como en el caso del Fuero de Cuenca, al delito de homicidio: en tal caso los padres están obligados a pagar la *caloña* (pena pecuniaria), evitando así convertirse en enemigos de los familiares de la víctima; por el contrario, en la reforma del Fuero de Cuenca llevada a cabo a finales del siglo XIII por Sancho IV, se prohíbe que el marido pague por las culpas de la mujer, que el padre pague por las culpas del hijo o que el fiador pague por las culpas del reo; y en el Fuero de Zamora se ordena que los padres no asuman la responsabilidad, tanto penal como civil, de los hijos (18).

El Fuero Real implanta el principio de que cada uno debe responder penalmente por su propio hecho, con la salvedad del delito de traición; si el acusado falleciere antes de que se hubiere dictado la sentencia, el texto dispone que debe ser absuelto de las penas corporales e infamantes que pudiera merecer, pero no queda extinguida la responsabilidad civil derivada del delito. Las Partidas (P. 7, 2, 2 y P. 7, 32, 9) reiteran dicho principio de responsabilidad individual, pero amplían las excepciones a los delitos de traición, herejía, apostasía, cohecho o hurto de objetos sagrados, en cuyo caso los hijos varones del autor soportaban la pena de infamia a perpetuidad, no pudiendo heredar en cuanto que quedaban confiscados los bienes del delincuente, ni tampoco podían ejercer ningún oficio ni dignidad (19).

Al margen de Castilla, en Valencia, Navarra y Aragón predomina el principio de que la pena sólo se impone al autor del delito, aunque con ciertas excepciones; sin embargo, en el Derecho catalán de los *Usatges*, los padres responden por los delitos de los hijos contra el príncipe, salvo que los deshereden; y si los delitos habían sido cometidos contra terceros, los padres debían obligar a los hijos a reparar el mal causado, y cuando éstos incumplían dicha obligación, los padres se comprometían a indemnizar los perjuicios a la víctima (20).

(17) Cfr. J. SAINZ GUERRA, *La evolución del Derecho penal en España*, cit., p. 75.

(18) Cfr. J. SAINZ GUERRA, *La evolución del Derecho penal en España*, cit., pp. 75-76.

(19) Cfr. tanto respecto al Fuero Real como a las Partidas, J. SAINZ GUERRA, *La evolución del Derecho penal en España*, cit., p. 76.

(20) Cfr. J. SAINZ GUERRA, *La evolución del Derecho penal en España*, cit., pp. 77-78.

Durante la Edad Media es frecuente la práctica de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas (21); esta conclusión cabe deducirla, en primer lugar, precisamente de aquellos textos que prohíben esta práctica respecto de determinadas ciudades: así, Alfonso VII otorga en 1135 el privilegio a la villa de Lara consistente en que no se haga responsable al Concejo de los homicidios cometidos en su término; y Alfonso VIII prescribe en 1157 lo mismo respecto a los homicidios cometidos en Burgos, exigiendo que sólo respondan de ellos los autores; sin embargo, en segundo lugar, se prevé expresamente que algunas instituciones sean susceptibles de responder penalmente: así, a mediados del siglo XIII el Libro de los Fueros de Castilla contempla la responsabilidad penal del Concejo cuando, como consecuencia del enfrentamiento de dos caballeros hidalgos, uno de ellos resultare muerto, en cuyo caso el Concejo queda obligado a pagar el «omecillo» (22).

Las Partidas (P. 8, 10, 17) admiten que un Concejo o un Cabildo pudieran incurrir en la pena establecida para los forzadores cuando tales personas jurídicas ordenaran realizar actos de matar, lesionar o robar a otro, incendiar sus propiedades o dañarlas con o sin armas; si bien es cierto que los comentaristas intentan establecer limitaciones a esta declaración, con el objetivo de convertirla en excepcional (23).

4. Edad Moderna

En este período el *ius puniendi* estatal pretende imponerse a toda costa, pero lo cierto es que no consigue desbancar completamente al sistema de venganza privada. Los ciudadanos no confían en la maquinaria judicial, por lo que ni denuncian ni se querellan por los hechos

(21) G. MARINUCCI, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un bosquejo histórico-dogmático», en C. GARCÍA VALDÉS / A. CUERDA RIEZU / M. MARTÍNEZ ESCAMILLA / R. ALCÁZER GUIRAO / M. VALLE MARISCAL DE GANTE (Coordinadores), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. I, Madrid, 2008, Edisofer, pp. 1173-1199, *passim*, pone de relieve que las penas impuestas a colectividades fueron comunes en los países europeos con tradición románica.

(22) Cfr. J. SAINZ GUERRA, *La evolución del Derecho penal en España*, cit., pp. 88-89.

(23) Cfr. J. SAINZ GUERRA, *La evolución del Derecho penal en España*, cit., p. 89. Este autor informa que uno de estos comentaristas, Jerónimo CASTILLO DE BOVADILLA, sólo admite el castigo del Concejo o del Cabildo cuando éstos han sido convocados y sus miembros han deliberado y dado su consentimiento para el hecho punible, «porque de otra manera no se dirá que delinque la universalidad, sino las personas singulares».

punibles (24). Las frecuentes ofensas contra el honor se resuelven bien por la vía del *riepto* entre los nobles y bajo arbitraje del Rey o bien por la vía del duelo privado, sin ningún tipo de regulación (25). En cualquier caso ambas son modalidades del duelo, método a través del cual se sustituye la declaración de culpabilidad o inocencia de un acusado en un proceso judicial, por la suerte, la habilidad o la puntería de cualquiera de los dos contendientes; de este modo, el autor de la –supuesta o real– afrenta resulta «culpable» si pierde en el duelo e «inocente» si resulta ganador. En la medida en que en tal caso la responsabilidad depende de un factor aleatorio y no de una verdadera atribución del hecho a su autor, es obvio que el duelo, en cuanto sistema de venganza privada, representa una infracción del principio de responsabilidad por el hecho propio. No obstante, con posterioridad, cuando el duelo, considerado en sí mismo, pasa a ser delito desde las primeras codificaciones, los duelistas se convierten en reos de un delito, con la consiguiente responsabilidad individual por el duelo como hecho punible.

Bajo el reinado de los Monarcas absolutos, la regla sigue siendo la responsabilidad personal e individual respecto al propio hecho, sin perjuicio de las consabidas excepciones (26). Estas últimas se podían producir por motivos procesales o por razones materiales. La admisión de la prueba del tormento era un motivo procesal, ya que al sufrir dicha prueba el inocente podía llegar a asumir la culpabilidad por un hecho ajeno, sin que tal asunción fuera verdad, produciéndose simplemente para evitar la prolongación del suplicio (27). Por motivos materiales, se admitía la responsabilidad penal de los animales, lo que podía afectar indirectamente a su propietario, si es que el animal causante del mal contaba con un propietario; asimismo se admitía la responsabilidad penal del esclavo, con la particularidad de que como éste carecía de patrimonio propio, podía ser sometido a una pena corporal, pero no a una pena patrimonial, que en tal caso era satisfecha por el amo a la víctima, «faciendo enmienda de pecho»; en cuanto a delitos concretos, el de traición permitía la condena del traidor ya muerto, en cuyo caso el hijo varón de mayor edad era declarado infame y todos los bienes del padre traidor heredados por los hijos eran confiscados en beneficio del Rey; y respecto a la rebusca de aceituna en campo ajeno, se preveía la posibilidad de que si la autora del

(24) Cfr. en este sentido F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta (siglos XVI – XVII y XVIII)*, Madrid, 1969, Edit. Tecnos, p. 48.

(25) Cfr. ampliamente F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta*, cit., pp. 46-80.

(26) Cfr. F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta*, cit., p. 295.

(27) Cfr. F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta*, cit., p. 305.

hecho era una mujer casada, la pena fuera cumplida por el marido (28). Francisco Tomás y Valiente advierte que, cuando les fue necesario para sus intereses políticos, los Reyes españoles admitieron la responsabilidad colectiva, como ocurrió con la expulsión de los judíos en 1492 por decisión de los Reyes Católicos; emplearon entonces como argumento que «los menores por los mayores y los unos por los otros sean punidos», lo que implicaba reconocer que no todos ellos eran culpables de los delitos que se les atribuían (29). Por motivos también políticos y sin que mediara ningún tipo de proceso, la mujer e hijos de Antonio Pérez –el Secretario de Felipe II e iniciador de la Leyenda Negra contra España– sufrieron largas penas de cárcel (30).

En el ámbito de las penas se podían contar tres supuestos en los que la responsabilidad alcanzaba a terceros no culpables: la pena de confiscación, las penas infamantes y la muerte del condenado después de la sentencia condenatoria pero antes de la ejecución.

La pena de confiscación solía acompañar a la pena de muerte respecto a los delitos de mayor gravedad, como la traición, la herejía, la falsificación de moneda o las modalidades agravadas de homicidio; como es lógico, la incautación de todos los bienes del reo a favor de la Cámara del Rey afectaba a los herederos del reo, que eran inocentes del delito por el que éste había sido condenado; a la vez, esta pena, como las demás de tipo pecuniario, era una fuente de ingresos para la siempre necesitada Hacienda real, para el denunciante y para el Juez, quienes se repartían por tercios los bienes decomisados (31).

Las penas infamantes que correspondían por los delitos de lesa Majestad divina o humana eran transmisibles a los descendientes de los condenados, de manera que aun siendo inocentes eran considerados indignos para ejercer oficios o cargos públicos; esta transmisión de responsabilidad, que hoy nos resulta llamativa, no era sorprendente en una sociedad acostumbrada a que lo más relevante –como, por ejemplo, un título nobiliario o la limpieza de sangre– se pudiera traspasar por vía hereditaria (32).

(28) Cfr. F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta*, cit., pp. 296-305.

(29) Cfr. F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta*, cit., pp. 302-304.

(30) Cfr. J. SAINZ GUERRA, *La evolución del Derecho penal en España*, cit., p. 77.

(31) Cfr. F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta*, cit., pp. 393 s. y 163 s.

(32) En este sentido, cfr. F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta*, cit., p. 394. Cfr. también J. SAINZ GUERRA, *La evolución del Derecho penal en España*, cit., pp. 79 s. y 339.

Por último, si el reo moría después de haber sido dictada la sentencia condenatoria y antes de la ejecución de la condena, no se extinguía la responsabilidad criminal, sino que las penas pecuniarias se ejecutaban sobre el patrimonio del reo, antes de que fuera repartido entre sus herederos; y si la sentencia había impuesto penas corporales y el delito era muy grave, se aplicaban sobre el cadáver del condenado (33).

5. Las ideas de la Ilustración y la Constitución de Cádiz de 1812, y su repercusión en la codificación penal española

La posibilidad de que pudieran ser castigados no los responsables de un delito, sino sus herederos, y la hipótesis de que una pena llegara a afectar directamente a los descendientes del responsable de un delito, repugnaba a la sensibilidad de los Ilustrados. Si según éstos debía imperar la «diosa razón», tal cosmovisión resultaba claramente incompatible con un sistema que toleraba que alguien respondiera penalmente por lo que no había hecho. Por estas razones Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria, muestra en 1764 su oposición a la responsabilidad por la conducta ajena. Y lo hace refiriéndose al delito de suicidio y a la pena de confiscación. Veamos.

Con respecto al suicidio, advierte que aunque sea un pecado ante Dios, no puede ser considerado un delito ante los hombres, «ya que sólo puede punirse después de la muerte, y la pena temporal en vez de recaer sobre el mismo reo, recaería sobre su familia» (34). Pero lo más importante, es que el milanés eleva esta particularidad del suicidio a principio general, advirtiendo que no es legítimo imponer una pena ni al heredero del responsable de la infracción ni al cadáver, aunque sea el cadáver del responsable en vida del delito:

«El suicidio es un delito que parece no puede admitir una pena propiamente dicha, ya que la pena no podría recaer más que sobre un inocente o sobre un cuerpo insensible y frío. Del mismo modo que en este segundo caso no haría falta ninguna impresión sobre los vivos –como no lo haría azotar a una estatua–, en el primer caso la pena sería injusta y tiránica, porque la libertad política de los hombres supone necesariamente que las penas sean meramente personales» (35).

(33) Cfr. F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta*, cit., p. 396.

(34) C. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, 1.ª ed. 2.ª reimpresión, Madrid, 1976, Edit. Aguilar, introducción, traducción y notas de F. Tomás y Valiente, cap. XXXV, p. 166.

(35) C. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, cit., cap. XXXV, p. 162 de la edición de F. TOMÁS VALIENTE.

Este principio general de que las penas sean meramente personales puede derivarse sin esfuerzo de la idea del contrato social. Pues tal contrato consiste en que los ciudadanos prescinden de una porción de su libertad [para así «gozar la restante con seguridad y tranquilidad» (36)], en cuanto que admiten la existencia de conductas prohibidas bajo amenaza de pena y en cuanto que admiten que si delinquen, se les podrá imponer una pena; pues bien, entre las «cláusulas» de ese contrato social viene determinado que quien delinque sea castigado él mismo con una pena, privándole de una porción de su propia libertad, pero no está contemplada en dicho contrato la posibilidad de penar a alguien por un hecho ajeno, por lo que ello supondría una vulneración del referido contrato: nadie cede su libertad para que se le imponga una pena por el hecho de otro; de ahí que esta última pena llegue a ser calificada por Beccaria como injusta y tiránica (37).

Por lo que se refiere a la pena de confiscación de todos los bienes, el mismo representante del Siglo de las Luces defiende tanto su inutilidad como el mensaje contradictorio que se dirige a los herederos del responsable, pues por un lado, para evitar tal pena, deberían al menos haber intentado que el autor del hecho no lo hubiera realizado; pero por otra parte, el sometimiento de los herederos al jefe de la familia les obliga legalmente a aquéllos a no contradecir a éste. Dicho con sus propias palabras:

«Las confiscaciones ponen un precio a las cabezas de los débiles, hacen sufrir al inocente la pena del reo, y colocan a los mismos inocentes en la desesperada necesidad de cometer delitos. ¡Qué espectáculo más triste que el de una familia arrastrada a la infamia y a la miseria por los delitos de un jefe, la sumisión al cual –ordenada por las leyes– les impediría evitar aquéllos, aun cuando tuvieran los medios para hacerlo!» (38).

(36) C. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, cit., cap. II, p. 72 de la edición de F. TOMÁS VALIENTE.

(37) Al principio de su obra dice C. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, cit., cap. II, p. 73 de la edición de F. TOMÁS VALIENTE: «Las penas que sobrepasan la necesidad de conservar el depósito de salud pública son injustas por su propia naturaleza».

(38) C. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, cit., cap. XVII, p. 126 de la edición de F. TOMÁS VALIENTE. Las confiscaciones, como las demás modalidades de penas pecuniarias, son explicables por razón de que los Monarcas absolutos buscaban métodos para llenar sus arcas. En otro pasaje de su obra, el Marqués italiano critica con crudeza que bajo el régimen absolutista la mayoría de las penas fueran pecuniarias, únicamente con el fin de satisfacer la insaciable necesidad recaudatoria de los Monarcas. C. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, cit., cap. XL, pp. 177-178 de la edición de F. TOMÁS VALIENTE, llega a decir respecto a aquella época: «el objeto de las penas era, pues, un litigio entre el Fisco (exactor de esas penas) y el reo; un asunto civil, contencioso, privado más que público [...]. El juez era, pues, el abogado del

El ilustrado español Manuel de Lardizábal y Uribe, en su *Discurso sobre las penas*, publicado en 1782, critica las confiscaciones de bienes prácticamente con las mismas palabras que Beccaria (39), por lo que en este punto no se muestra especialmente original. Sin embargo, el jurista español formula el principio de responsabilidad por el hecho propio en relación con la pena de infamia, con rotundidad y con una fundamentación propia; estas son sus palabras:

«Siendo una máxima cierta y conforme a la razón y a la humanidad, que ninguno debe ser castigado por delito ajeno, por grave y enorme que sea, parece que la infamia, que es una gravísima pena, no debería pasar de la persona del delincuente. *El delito o la pena del padre no puede causar mancha ninguna al hijo, porque cada uno debe ser responsable sólo de sus acciones, y no se constituye sucesor de delito ajeno*, dice el canon 6.causa I. quest. 3. tomado de una ley romana, harto más justa y equitativa que la que el astuto Eutropio sugirió al Emperador Arcadio, haciéndole decir, que los hijos de los reos de lesa Majestad debían morir con sus padres, porque era de temer que los imitasen y fuesen también herederos de sus delitos. Razón digna de un ambicioso y cruel eunuco, que con la multitud y atrocidad de las penas pretendía conservar la excesiva privanza y despotismo que ejercía en la voluntad de su señor» (40).

En tanto que Beccaria busca el fundamento del principio que nos ocupa en la noción del contrato social, Lardizábal –más sumiso respecto al Monarca que ejerce el despotismo ilustrado y a la Iglesia Católica– lo sustenta en el Derecho canónico y en el Derecho romano.

El jurista español, pero nacido en México, al que me estoy refiriendo extrae otras consecuencias del principio y por eso rechaza la responsabilidad penal de las cosas inanimadas (41), critica en varios pasajes la práctica de los duelos (42), exige –salvo en los casos de *culpa in vigilando*– la tipificación expresa de quien pudiendo, no

fisco más que un indiferente investigador de la verdad; un agente del erario fiscal, más que el protector y el ministro de las leyes».

(39) Manuel de LARDIZÁBAL Y URIBE, *Discurso sobre las penas (1782)*, cap. V, § V, 9, edición de Andrés Moreno Mengíbar, Cádiz, 2001, Servicio de Publicaciones, Universidad de Cádiz, p. 262: «Lo cierto es que las confiscaciones hacen sufrir al inocente la pena del reo, y conducen tal vez a los inocentes mismos a la desesperada necesidad de cometer delitos. ¡Qué espectáculo tan terrible ver a una familia despeñada en el abismo de la miseria y de la infamia por los delitos que otro ha cometido!

(40) Manuel de LARDIZÁBAL Y URIBE, *Discurso sobre las penas (1782)*, cap. V, § IV, 9, edición de Andrés Moreno Mengíbar, cit., pp. 255-256.

(41) Cfr. Manuel de LARDIZÁBAL Y URIBE, *Discurso sobre las penas (1782)*, cap. IV, § I, 11, edición de Andrés Moreno Mengíbar, cit., p. 169.

(42) Cfr. Manuel de LARDIZÁBAL Y URIBE, *Discurso sobre las penas (1782)*, Introducción, 10 y 19; cap. V, § IV, 5, edición de Andrés Moreno Mengíbar, cit., pp. 102, 105 y 253, respectivamente.

impide un delito ajeno (43), permite que no se imponga en todos los casos la pena accesoria de alejamiento de Madrid y los Reales Sitios a los vecinos de Madrid, «porque sería condenarlos a perpetuo destierro de sus hogares con detrimento y ruina de sus familias inocentes» (44), y distingue muy correctamente entre la pena de multa y el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados del delito (45).

Frente al Derecho penal de la Monarquía absoluta examinado antes, que admitía numerosas excepciones al principio de que sólo es legítimo imponer una pena a quien ha cometido el hecho, Lardizábal reconoce una sola excepción: la que él denomina «circunstancia extrínseca al delito» consistente en que los responsables sean muy numerosos:

«Si el número de delincuentes fuese muy grande, todos deberían ser castigados indistintamente, pero la prudencia y el bien común piden que, en semejantes casos, el castigo se verifique en pocos y el miedo llegue a todos» (46).

Cabe apreciar aquí una derivación de la práctica militar consistente en «diezmar» a los sediciosos o sublevados.

Las ideas ilustradas son en gran parte asumidas por la Constitución de Cádiz de 1812. Como suele ocurrir en la mayoría de las Constituciones y tenía que ocurrir con ésta en cuanto suponía una quiebra con el Antiguo Régimen, son más numerosos los preceptos dedicados a la nueva Administración de Justicia, al proceso penal y a las garantías procesales e incluso a las cuestiones penitenciarias, que a los temas penales *stricto sensu*. Pues bien, entre estos pocos preceptos penales (47) uno, fundamental, el artículo 258, instaura la codificación en materia civil, criminal y mercantil, lo que suponía una ruptura con una amalgama de disposiciones que no habían sido formalmente derogadas y que frecuentemente eran contradictorias entre sí. Pero otras dos normas de la Constitución de 1812 tienen que ver estrecha-

(43) Cfr. Manuel de LARDIZÁBAL Y URIBE, *Discurso sobre las penas (1782)*, cap. IV, § II, 44-46, edición de Andrés Moreno Mengíbar, cit., pp. 194-195.

(44) Manuel de LARDIZÁBAL Y URIBE, *Discurso sobre las penas (1782)*, cap. V, § III, 20, edición de Andrés Moreno Mengíbar, cit., p. 240.

(45) Cfr. Manuel de LARDIZÁBAL Y URIBE, *Discurso sobre las penas (1782)*, cap. V, § V, 4, edición de Andrés Moreno Mengíbar, cit., p. 259.

(46) Manuel de LARDIZÁBAL Y URIBE, *Discurso sobre las penas (1782)*, cap. IV, § II, 62, edición de Andrés Moreno Mengíbar, cit., p. 203.

(47) Describe ampliamente el modelo penal de la Constitución de 1812, J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Constitución de 1812 y sistema penal: ¿un ensayo garantista?», en J. M. TERRADILLOS BASOCO (Coordinador), *La Constitución de 1812: Reflexiones jurídicas en la víspera del Bicentenario*, Cádiz, 2006, Servicio de Publicaciones de la Diputación de Cádiz, pp. 109-130, especialmente pp. 116-119.

mente con el principio de responsabilidad por el hecho propio. Son los artículos 304 y 305:

«Art. 304. Tampoco se impondrá la pena de confiscación de bienes.»

«Art. 305. Ninguna pena que se imponga, por cualquiera delito que sea, ha de ser trascendental por término ninguno á la familia del que la sufre, sino que tendrá todo su efecto precisamente sobre el que la mereció.»

En el *Discurso preliminar leído en las Cortes al presentar la Comisión de Constitución el proyecto de ella*, redactado por Agustín Argüelles Álvarez, se explica al respecto: «Por el mismo principio de no hacer trascendental al inocente la pena de los delitos de otros, se prohíbe para siempre la confiscación de bienes» (48). Dada la importancia que la Constitución de 1812 atribuye al derecho de propiedad, cuyo artículo 4 obliga a que la Nación lo proteja «por leyes sabias y justas», no es de extrañar que el principio de responsabilidad por el hecho propio se introduzca de la mano de lo que entonces se considera un grave atentado contra tal derecho de propiedad, como es la confiscación de todos los bienes, ni tampoco que la prohibición de responder por el hecho ajeno quede limitada, al menos textualmente, a los familiares del penalmente culpable, sin extenderse a cualquier tercera persona a la que pudiera exigirse responsabilidad en virtud de lo cometido por otro.

El Código Penal de 1822 es la respuesta a la exigencia de codificación impuesta por la Constitución de 1812, aunque sólo tuvo vigencia durante algo más de un año. El artículo 27 del Código reitera la regla –e incluso la amplía a los no familiares– de que las penas no pueden trascender a personas inocentes, en los siguientes términos:

«Además de los autores, cómplices, auxiliadores y receptadores de los delitos, las personas que están obligadas á responder de las acciones de otros serán responsables, cuando estos delincan ó cometan alguna culpa, de los resarcimientos, indemnizaciones, costas y penas pecuniarias que correspondan; pero esta responsabilidad será puramente civil, *sin que en ningún caso se pueda proceder criminalmente por ella contra dichas personas responsables...*».

(48) *Discurso preliminar leído en las Cortes al presentar la Comisión de Constitución el proyecto de ella*, de 24 de diciembre de 1811, p. 88. En la p. 87, el mismo *Discurso* censura otra práctica que va en contra de la responsabilidad por el hecho propio: «El intolerable y depravador abuso de privar á un reo de su propiedad, es casi simultáneo en los más de los casos al acto del arresto; y baxo el pretexto especioso de asegurar el modo de resarcir daños y perjuicios, derechos a la cámara del Rey, ó acaso por otros motivos mas ilegales ó injustos, se comete una vexacion, cuyo enorme peso recae, no ya sobre el arrestado, sino sobre su inocente familia, que desde el momento del seqüestro empieza á pagar la pena de delitos que no ha cometido»

Pese a la correcta declaración general, que resalto en cursiva, en esta formulación se confunden las penas pecuniarias con la responsabilidad civil, y por ello se permite que determinadas personas deban pagar dichas penas impuestas a delincuentes respecto a los que se debería haber ejercitado un deber de control o vigilancia.

Pero además de esa norma, en otros preceptos del Código de 1822 hay excepciones notables al principio de la responsabilidad por el hecho propio. Así, en el artículo 103 se prevé que si en un mismo juicio hubiere más de tres condenados a muerte, se sorteará entre ellos para que sólo la sufran una determinada proporción de los sentenciados a pena capital, experimentando los demás la conmutación por la pena de trabajos perpetuos y la de ver la ejecución de la pena capital de sus compañeros. Es, pues, la suerte la que decide. Por otro lado, la muerte pone fin al procedimiento o acción criminal, de conformidad con lo establecido en el artículo 171; pero se contemplan dos excepciones a esta prescripción: una, cuando el condenado a la pena capital se muere una vez dictada la sentencia, pero antes de serle notificada, en cuyo caso se cumplen determinadas formalidades propias de la ejecución de la pena de muerte sobre el cadáver del reo (artículo 33); otra, respecto al pago de costas, multas y demás penas pecuniarias, ya que es posible ejercitar la acción contra los bienes del reo fallecido durante un período que se extiende desde el día siguiente al de la muerte hasta tres años después (artículo 171).

El posterior Código penal de 1848 presupone el principio de que cada uno responde por sus propios hechos. Tal vez, por suficientemente sabido, ya no resultaba tan necesario mencionarlo. Pero el artículo 60 permite apreciar su vigencia:

«Art. 60. A los autores de un delito o falta se impondrá la pena que *para el delito o falta que hayan cometido* se halle señalada por la ley. [...]» (49).

Aún así, en este cuerpo legal se prevé una norma —el artículo 52, 1.^a— en la que una pena accesoria de un delincuente, la de argolla, está en función, no de la pena principal impuesta a éste, sino de la pena que le corresponda a otro correo, lo que no resulta acorde con el principio de responsabilidad por el hecho propio. Ambos preceptos se mantienen, con ligeras variaciones, en el Código Penal de 1850.

(49) Por su parte, el art. 119 del mismo Código Penal de 1848 admite la transmisibilidad de la responsabilidad civil: «La obligación de restituir, reparar el daño o indemnizar los perjuicios, se transmite a los herederos del responsable.—La acción para repetir la restitución, reparación o indemnización, se transmite igualmente a los herederos del perjudicado». Lógicamente este texto legal, pese a no regular la muerte como causa de extinción de la responsabilidad penal, no admitía la transmisibilidad de la mencionada responsabilidad penal.

En el Código Penal de 1870 por primera vez se regulan las causas de extinción de la responsabilidad penal, y entre ellas, la de muerte, en los siguientes términos:

«Art. 132. La responsabilidad penal se extingue:

1.º Por la muerte del reo en cuanto á las penas personales siempre, y respecto á las pecuniarias, sólo cuando a su fallecimiento no hubiere recaído sentencia firme. [...]».

De esta manera queda claro que la responsabilidad penal no se transmite a los herederos, con la única excepción de las penas pecuniarias, si la sentencia firme se dicta antes del fallecimiento del reo. Debido a la naturaleza pecuniaria de estas penas sigue produciéndose en estos casos una confusión entre responsabilidad penal y responsabilidad civil, además de que se atiende a un criterio temporal procesal, pero puramente aleatorio, como es si la muerte se ha producido antes o después de recaer sentencia (50). No obstante, el Código Penal español no era, en este punto, una excepción dentro del panorama legislativo y doctrinal europeo (51)

Años después, en la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, publicada en 1822, se afirma tajantemente: «[...] porque el ciudadano de un pueblo libre no debe expiar faltas que no son suyas [...]» (52).

La regulación relativa a la extinción de la responsabilidad penal por la muerte del reo se mantiene en el Código de 1928, en su artículo 192, en tanto que en el Código de 1932, sorprendentemente, desaparece la muerte como causa de extinción de la responsabilidad penal. A partir del Código de 1944 ya no se contemplan excepciones respecto a las penas pecuniarias, de modo que la muerte del reo es una causa que extingue en todos los casos la responsabilidad penal.

(50) H. ROLDÁN BARBERO, *El dinero, objeto fundamental de la sanción penal. Un estudio histórico de la moderna pena de multa*, Madrid, 1983, Akal, p. 36, explica que este precepto se inserta en la denominada «teoría obligacional», que –frente a la «teoría de la no personalidad»– sostenía la existencia de un vínculo de unión entre la sanción y la persona afectada por ella, en la medida en que con la multa se pretendía causar un daño a la persona del culpable; sin embargo, si éste moría pero antes de morir había recaído sentencia firme, la multa se convertía en una obligación civil, perdiendo así su originario sentido penal.

(51) Cfr. al respecto, H. ROLDÁN BARBERO, *El dinero, objeto fundamental de la sanción penal*, cit., pp. 38-40, quien además recoge la opinión crítica y satírica al respecto de Luis SILVELA.

(52) La frase es recordada por la STC 56/1982, de 26 de julio, FJ 2.

6. Supuestos de castigo colectivo y de castigo a familiares del delincuente en los siglos xx y xxi

Fuera de las fronteras españolas es posible encontrar ejemplos de castigos o penas colectivos, es decir, actos restrictivos de derechos realizados en represalia por la comisión de un hecho delictivo y dirigidos contra una colectividad de personas, que pueden ser inocentes o culpables de tal hecho, y normalmente al margen de cualquier proceso judicial.

Como indica Daoud Kuttab, durante las dos Guerras Mundiales fueron frecuentes los asesinatos cometidos en represalia de otros hechos; en la Segunda Guerra Mundial, los nazis llevaron a cabo actos de castigo colectivo para suprimir la resistencia, considerando responsables de los actos de los partisanos a las aldeas, pueblos o distritos que se encontraran en las cercanías de tales actos (53). Un supuesto especialmente llamativo de estas características es el llamado caso de las «Fosas Ardeatinas» protagonizado por el criminal de guerra nazi y miembro de las SS, Erich Priebke. El 23 de marzo de 1944 partisanos pertenecientes a la resistencia italiana instalaron una bomba oculta en un carro de basura de una calle de Roma, que hicieron estallar al paso de una compañía de policía militar alemana cuando volvía de realizar maniobras a su cuartel. Como consecuencia de la explosión, murieron 33 soldados alemanes. Enterado Adolf Hitler de este atentado, ordenó que, como represalia, fueran ejecutados diez italianos por cada alemán muerto. Una vez elaborada la lista en la que figuraban los italianos que debían ser ejecutados, judíos destinados a campos de concentración o sospechosos de haber cometido actos de terrorismo, todos ellos presos que no tenían nada que ver con el mencionado atentado, Erich Priebke y Karl Hass, también perteneciente a las SS, condujeron a los seleccionados a las Fosas Ardeatinas, unas minas abandonadas que se hallaban cerca de Roma, lugar donde ejecutaron a 335 italianos mediante el sistema de disparos en la nuca. A continuación, dinamiteros del ejército alemán procedieron a sellar las entradas a las minas. Aunque después Priebke consiguió huir al Reino Unido y pasado un tiempo a Bariloche (Argentina), donde residió durante cincuenta años, fue descubierto, extraditado a Italia y condenado en este país a cadena perpetua por los hechos de las Fosas Ardeatinas.

Antonio Quintano Ripollés da cuenta de de que el art. 58 del Código federal de crímenes políticos de la antigua U.R.S.S., de 8 de

(53) Cfr. Daoud KUTTAB, «Castigo colectivo», en D. RIEFF / R. GUTMAN / A. JOLIS OLIVÉ / M. CHOCANO MENA (Coordinadores), *Crímenes de guerra: lo que debemos saber*, Barcelona, 2003, Edit. Debate, p. 121.

junio de 1934, preveía graves penas contra los familiares del desertor o traidor, y añade que un precepto similar fue introducido en el artículo 72 b) del Código Penal búlgaro, de 1951, reformado en este sentido por ley de 1953 (54).

Otro supuesto más reciente: desde hace más de diez años, el Estado de Israel adopta medidas de castigo colectivo en represalia por los actos terroristas cometidos contra sus intereses, que a veces no pueden ser perseguidos por haber sido realizados por un suicida que se inmoló al cometer el atentado. Frente a estos atentados, Israel responde con medidas extrajudiciales dirigidas contra palestinos, como reocupación y cierre de determinadas zonas, confiscación de tierras, construcción y ampliación de asentamientos, y construcción del muro; así como, destrucción de viviendas y bienes, lugares religiosos, culturales o históricos, elementos de la infraestructura e instituciones de vital importancia de la Autoridad Palestina, así como tierras cultivadas. La Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 17 de diciembre de 2003 (A/RES/58/99), califica estos actos como «castigos colectivos» y los condena como actos ilícitos y prohibidos por el IV Convenio de Ginebra de 1949, relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra (55).

III. EL PRINCIPIO EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL Y DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Si en el epígrafe anterior he examinado la evolución histórica del principio no ha sido sólo por seguir los dictados de una metodología clásica y ortodoxa, sino por el firme convencimiento de que el contenido de un derecho fundamental –o de un principio constitucional– obedece a un proceso dialéctico, en cuanto que se forma a partir de sus vulneraciones efectivas e históricamente condicionadas y, sobre todo, del reconocimiento de las mismas por parte de los tribunales (56). A partir de esos antecedentes, el siguiente paso de mi trabajo

(54) Cfr. A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho penal*, I, Madrid, 1963, Edit. Revista de Derecho Privado, p. 237.

(55) Cfr. al respecto M.^a V. GARCÍA DEL BLANCO, *La coautoría en Derecho penal*, Valencia, 2006, Tirant lo Blanch, pp. 90-91 nota 169.

(56) Cfr. en este sentido: J. LLOMPART, «¿Es la estricta legalidad un principio del Derecho positivo? Reflexiones sobre la «legalidad» de este principio», en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Anto-*

consiste en examinar cómo ha quedado plasmado el principio de responsabilidad por el hecho propio en la doctrina del Tribunal Constitucional español, conectada en su caso con la del Tribunal Supremo y con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

1. Denominación del principio

Por cierto que en la denominación del principio ya se observan algunos titubeos. En efecto, algunas resoluciones se refieren a él con la expresión de principio de personalidad de la pena, de la sanción o –con una pretensión más comprensiva– de las consecuencias jurídico-penales (57). Pero otras lo titulan como principio de la responsabilidad personal por hechos propios (58). Sin embargo, son frecuentes las sentencias que utilizan como equivalentes ambas denominaciones (59).

2. Concepto en la doctrina del Tribunal Constitucional

Creo que el concepto más desarrollado es el que ofrece la STC 125/2001, de 4 de junio, FJ 6:

«El principio de personalidad de las penas, que forma parte del de legalidad penal y se encuentra, por tanto, incluido en el art. 25.1 CE, implica que sólo se puede responder penalmente por los actos propios y no por los ajenos [...], pero la existencia de responsabilidades penales de terceros no excluye necesariamente la responsabilidad del recurrente por sus propios actos [...]».

En otras ocasiones, la formulación es negativa, en el sentido de que se afirma que el principio que nos ocupa impide «un indebido traslado de responsabilidad personal (no de responsabilidad civil subsidiaria), a persona ajena al hecho infractor, al modo de una exigencia

nio Beristain, Donostia, 1989, pp. 555-564; A. CUERDA RIEZU, «Prólogo», en A. CUERDA RIEZU (Director), *Las tensiones entre la criminalidad internacional y las garantías propias de un Estado de Derecho en un mundo globalizado*, Madrid, 2008, Universidad Rey Juan Carlos, Servicio de Publicaciones – Dykinson, pp. 13-14. Sobre la importancia en general del elemento histórico de interpretación ya me pronuncié en A. CUERDA RIEZU, *El legislador y el Derecho penal (Una orientación a los orígenes)*, Madrid, 1991, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, pp. 86- 97.

(57) Así, SSTC 131/1987, de 20 de julio, FJ6; 254/1988, de 21 de diciembre, FJ 5; 146/1994, de 12 de mayo, FJ 4; 137/1997, de 21 de julio, FFJJ 5 y 9; 36/2000, de 14 de febrero, FJ 5; 331/2006, de 20 de noviembre, FJ 4

(58) De esta manera, STC 219/1988, de 22 de noviembre, FJ 3.

(59) Así, SSTC 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2; 93/1996, de 28 de mayo, FJ 3.

de responsabilidad objetiva sin intermediación de dolo o culpa» (60); o bien se descarta la vulneración del principio, porque «no consta en la fundamentación de las sentencias impugnadas que la condena se haya basado en hechos de otros», dado que la norma exige que se castigue *al que causare* el hecho típico (61).

3. Objetos

En cuanto a los objetos sobre los que el principio puede desplegar sus efectos, todos ellos tienen en común que son manifestación del *ius puniendi* del Estado (62). De acuerdo con esa doble denominación que acabo de destacar (principio de responsabilidad personal por hechos propios y principio de la personalidad de la pena o sanción administrativa), el principio ha sido aplicado tanto a la declaración de responsabilidad penal, en un caso de error en la identidad de la persona condenada (63), e incluso a la norma que tiene en cuenta la condición personal de varón para dar lugar a un tipo cualificado (64), como a la pena en sí misma considerada (65). Se ha aplicado el principio a una pena accesoria, como es el comiso (66), así como a una medida de seguridad, como lo era en el momento de los hechos el cierre temporal o definitivo del establecimiento o local dedicado a la prostitución y la retirada de la licencia que, en su caso, se hubiere concedido (67). Por no ser manifestaciones del *ius puniendi* del Estado se han descartado las liquidaciones provisionales giradas por la Administración de Hacienda (68).

Las infracciones y sanciones administrativas merecen una mención expresa. Por un lado, se encuentran declaraciones genéricas de que el principio es aplicable al Derecho administrativo sanciona-

(60) STC 219/1988, de 22 de noviembre, FJ 3.

(61) Así STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 9.

(62) STC 47/2001, de 15 de febrero, FJ 10: el principio de personalidad de la pena y otras garantías recogidas en el art. 25 CE únicamente resultan aplicables a medidas que respondan verdaderamente al ejercicio del *ius puniendi* del Estado o tienen un verdadero sentido sancionador.

(63) En este sentido STC 93/1996, de 28 de mayo.

(64) Así STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 11 B), aunque lo denomina principio de culpabilidad.

(65) Vid. STC 254/1988, de 21 de diciembre, FJ 5, aunque es verdad que no se trata de un supuesto de hecho en el que una pena sea cumplida por otra persona distinta a la condenada en el fallo de la sentencia.

(66) En este sentido STC 15/2002, de 15 de julio, FJ 2.

(67) Así STC 131/1987, de 20 de julio.

(68) Es lo que ocurre en la STC 47/2001, de 15 de febrero, FJ 10.

dor (69) o a las infracciones administrativas (70), o declaraciones más específicas que lo aplican a una multa como sanción administrativa de tráfico (71). Pero por otro lado, en caso de sanciones administrativas de naturaleza económica, que se contraponen a las penas privativas de libertad, algunas resoluciones muestran reservas y quieren excluirlas del ámbito de aplicación del principio en cuestión. En esta dirección cabe mencionar la STC 76/1990, de 26 de abril, FJ 4 B), conforme a la cual

«[...] no es trasladable al ámbito de las infracciones administrativas la interdicción constitucional de la responsabilidad solidaria en el ámbito del Derecho penal, puesto que no es lo mismo responder solidariamente cuando lo que está en juego es la libertad personal –en la medida en que la pena consista en la privación de dicha libertad– que hacerlo a través del pago de una cierta suma de dinero en la que se concreta la sanción tributaria, siempre prorrateable a posteriori entre los distintos responsables individuales».

Igualmente debo mencionar la STC 331/2006, de 20 de noviembre, FJ 4, que considera –no como *ratio decidendi* sino como un argumento a mayor abundamiento– que el principio no es trasladable al mecanismo de compensación de deudas previsto en el artículo 68 de la Ley General Tributaria de 1963, por no tener carácter sancionador. En concreto, esta resolución declara lo siguiente:

«Además una cosa es que, en virtud del principio de personalidad de la pena o sanción no se pueda imponer una sanción pecuniaria a quien no aparece como responsable de ella, y otra muy distinta, como acontece en este caso, que no se pueda proceder al cobro de la misma con bienes que, a pesar de ser objeto de administración concursal, pertenecen al sujeto infractor, pues como el Abogado del Estado pone de manifiesto en su escrito de alegaciones, una sanción pecuniaria impagada no deja de ser una deuda del sancionado integradora de su pasivo».

Ahora bien, lo que el recurrente afirmaba en este caso no era que el mecanismo de la compensación fuera una sanción, sino que a través de dicho mecanismo la comisión liquidadora y los acreedores habían sido considerados responsables de los ilícitos de carácter administrativo-laboral cometidos por el sometido a suspensión de pagos. El argumento de la sentencia de que una sanción económica «no deja de ser una deuda del sancionado integradora de su pasivo» supone un olvido del carácter jurídico-público de dicha multa y la extensión a la misma de las reglas de la responsabilidad civil.

(69) En este sentido STC 146/1994, de 12 de mayo, FJ 4.

(70) Vid. STC 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2.

(71) Es el supuesto contemplado en la STC 219/1988, de 22 de noviembre.

La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se opone a este tratamiento «civilista» de las sanciones pecuniarias. Me refiero a las sentencias *A.P., M.P. y T.P. contra Suiza* y *E.L. R.L. J.-O.-L. contra Suiza*, ambas de 29 de agosto de 1997. En las dos resoluciones el supuesto de hecho consistía en la imposición de multas por la comisión de fraude fiscal; pero como el condenado había fallecido, se exigía el pago a sus herederos, que son los que recurren ante el Tribunal de Estrasburgo. Pues bien, las sentencias parten de que las multas caen bajo el ámbito de aplicación del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. A continuación constatan que, con independencia de si el difunto era o no realmente culpable del fraude fiscal, lo cierto es que los requirentes han sido objeto de una sanción penal por el fraude fiscal imputable al difunto. Y el Tribunal declara:

«Ahora bien, existe una regla fundamental del Derecho penal, según la cual la responsabilidad penal no sobrevive al autor del acto delictivo. De hecho esto es lo que reconoce, en Suiza, el Derecho penal general, especialmente el artículo 48.3 del Código Penal, en virtud del cual la multa decae si el condenado llegara a fallecer [...].

A juicio del Tribunal, esta regla también resulta requerida por la presunción de inocencia consagrada en el artículo 6.2 del Convenio. Heredar la culpabilidad del difunto no es compatible con las normas de la justicia penal en una sociedad regida por la preeminencia del Derecho. En consecuencia, hubo una vulneración del artículo 6.2» (72).

4. Fundamento

Una vez examinados los posibles objetos que según la doctrina del Tribunal Constitucional español son susceptibles de ser examinados desde la perspectiva del principio de responsabilidad personal por hechos propios, me ocuparé del fundamento que le atribuyen sus resoluciones.

Hay que partir de que el principio no está mencionado *expresamente* en la Constitución Española. Este dato determinó que las primeras demandas de amparo que lo alegaban, plantearan su ubicación sistemática con cierta inseguridad, normalmente en relación con el derecho a la presunción de inocencia, garantizado en el artículo 24.2 de la Constitución; pese a este planteamiento –que coincide parcial-

(72) S.T.E.D.H. *A.P., M.P. y T.P. contra Suiza*, de 29 de agosto de 1997, § 48; y S.T.E.D.H. *E.L. R.L. J.-O.-L. contra Suiza*, de 29 de agosto de 1997, § 53. El texto literal del art. 6.2 del Convenio es el siguiente: «Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada».

mente, como se ha visto, con el del Tribunal Europeo de Derechos Humanos–, las primeras sentencias que dan carta de naturaleza al principio lo vinculan con el artículo 25.1 de la Norma Fundamental, esto es, con el principio de legalidad penal (73). El grueso fundamental de las resoluciones referidas al principio de responsabilidad personal se mantiene en esta misma línea, incluyéndolo en el contenido del principio de legalidad penal (74), si bien esta opinión no se refuerza con ningún argumento adicional.

No obstante, un grupo de sentencias, cuantitativamente importante, aunque minoritario, vincula el principio que estudio al de culpabilidad, o más en concreto a la exigencia de dolo o imprudencia en la responsabilidad penal (75), que a veces se incluye en el derecho a un proceso con todas las garantías, reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución; esto es lo que ocurre en la STC 92/1997, de 8 de mayo, FJ 3:

«De la configuración del comiso como una sanción penal accesoria, en el ordenamiento penal citado, se derivaba, debido a las exigencias del principio de culpabilidad, entre otras consecuencias, la de que sólo podría imponerse al sujeto responsable del ilícito penal y, por ello, exclusivamente respecto a los instrumentos de su propiedad. En modo alguno, como precisaban los preceptos transcritos, podrían ser decomisados los instrumentos del delito que, aun habiendo sido utilizados para la comisión del mismo, pertenecieran a un tercero no responsable de la infracción penal.–Sin embargo, el proceso penal en cuestión –como hemos dicho– nunca se dirigió contra la esposa, frente a la cual no se ejercitó acción penal alguna, no siendo siquiera llamada a declarar como testigo. De ahí la indefensión que alega haber padecido y que, a la vista de lo expuesto, debe reconocerse en esta sede como violación del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.).»

(73) Así ocurre en la STC 131/1987, de 20 de julio, FJ 6, que, a pesar de que vincula el principio de responsabilidad por hechos propios con el principio de legalidad penal, añade que su vulneración «supone desconocimiento del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE»; esta aclaración era lógica, ya que la medida de seguridad impugnada se impone a una persona que ni fue parte en el proceso ni resultó condenada en el mismo. En la STC 219/1988, de 22 de noviembre, el recurrente también fundamenta el principio estudiado en la presunción de inocencia, y la sentencia deja la fundamentación del principio en una consiente nebulosa, en cuanto que reconoce una imprecisa «violación de los derechos fundamentales a los que se refiere la demanda de amparo» (FJ 5).

(74) En este sentido SSTC 131/1987, de 20 de julio, FJ 6 (ya mencionada); 254/1988, de 21 de diciembre, FJ 5; 146/1994, de 12 de mayo, FJ 4; 93/1996, de 28 de mayo (aunque curiosamente lo trata como un error *in procedendo* y ordena retrotraer las actuaciones); 36/2000, de 14 de febrero, FJ 5; 47/2001, de 15 de febrero, FJ 10; 125/2001, de 4 de junio, FJ 6; 151/2002, de 15 de julio, FJ 3; 331/2006, de 20 de noviembre, FFJJ 1 y 4.

(75) En este apartado cabe mencionar las siguientes SSTC: 219/1988, de 22 de noviembre, FJ 3; 76/1990, de 26 de abril, FJ 4 A) y B); 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2; 92/1997, de 8 de mayo, FJ 3; 59/2008, de 14 de mayo, FJ 11.

La STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 11 B) insiste en este planteamiento:

«Ciertamente es que «la Constitución española consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal» [...] como derivación de la dignidad de la persona [...], y que ello comporta que la responsabilidad es personal, por los hechos y subjetiva: que sólo cabe imponer una pena al autor del delito por la comisión del mismo en el uso de su autonomía personal. La pena sólo puede «imponerse al sujeto responsable del ilícito penal» [...].»

Frente a estas dos fundamentaciones –bien la mayoritaria referida al principio de legalidad, bien la minoritaria relativa al principio de culpabilidad–, a veces aparece mencionada la idea de que cada uno responde de sus propios hechos en conexión con el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución. Se trata de lo siguiente: con cierta frecuencia los demandantes de amparo alegan que se ha vulnerado el principio de igualdad ya que, habiendo constancia de que otros sujetos que han cometido el mismo hecho, sólo el recurrente ha sido penalmente condenado o administrativamente sancionado. El Tribunal Constitucional rechaza esta alegación en términos que normalmente son los siguientes:

«Pero como también ha declarado ya con alguna frecuencia este Tribunal Constitucional, la posible impunidad de algunos culpables no supone que en virtud del principio de igualdad deba declararse la impunidad de otros que hayan participado en los mismos hechos. Cada cual responde de su propia conducta penalmente ilícita con independencia de lo que ocurra con otros» (76).

No se trata, pues, de fundamentación distinta del principio de responsabilidad personal por los propios hechos, sino simplemente de una argumentación para rechazar la posible vulneración del artículo 14 de la Constitución española.

5. Jurisprudencia del Tribunal Supremo español

Examinada la jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir del año 2000, se percibe que el principio no le es desconocido. Aunque a veces simplemente no acepta su vulneración (77), en otras ocasiones declara que nuestro sistema de justicia penal responde al principio de perso-

(76) STC 17/1984, de 14 de febrero, FJ 2. En sentido similar, vid. las SSTC 157/1996, de 15 de octubre, FJ 4; 27/2001, de 29 de enero, FJ 7; 88/2003, de 19 de mayo, FJ 6.

(77) Así SSTC 1046/2001, de 5 de junio, FJ 1.2; 515/2004, de 20 de abril, FJ 2.

nalidad de las penas (78). Cuando lo fundamenta, menciona conjuntamente los principios de legalidad y culpabilidad, que considera ubicados en el artículo 25 de la Constitución (79). La STS 875/2006, de 6 de septiembre, FJ 2, motivo cuarto del recurso, declara –lo que desde luego no es tan evidente– que en virtud del principio de personalidad de las penas, sólo las personas físicas, y no las jurídicas, pueden ser penalmente responsables.

IV. NORMATIVA ESTATAL E INTERNACIONAL

Aunque en la legislación estatal española no se menciona ni regula expresamente el principio que prohíbe la responsabilidad por hechos ajenos, sí se contempla alguna de sus manifestaciones. En efecto, entre los delitos previstos en el Código Penal contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, se incluye en el artículo 612.3.º la conducta de imponer castigos colectivos por actos individuales con ocasión de un conflicto armado (80).

Por el contrario, los convenios internacionales relativos a los conflictos armados sí formulan expresamente el principio así como algunas de sus manifestaciones. En cuanto que estos convenios están ratificados por España y publicados en un Diario oficial, forman parte de nuestro ordenamiento jurídico.

Así ocurre con el IV Convenio de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, ratificado por Instrumento de 4 de agosto de 1952 (*BOE* núm. 246, de 2 de septiembre de 1952), que incluye el siguiente precepto:

«Artículo 33.

No será castigada ninguna persona protegida por infracciones que no haya cometido ella misma. Las penas colectivas, así como toda medida de intimidación o de terrorismo, quedan prohibidas.

Queda prohibida la rapiña.

Quedan igualmente prohibidas las medidas de represalias respecto a las personas protegidas o a sus bienes.»

(78) Vid. en este sentido STS 880/2002, de 14 de mayo, FJ 3 *in fine*.

(79) Cfr. así STS 1361/2002, de 21 de julio, FJ 2.5. El Magistrado Bacigalupo, en su voto particular a la STS 600/2007, de 11 de septiembre (caso «Grupo Torras»), deduce el principio de personalidad de las penas del art. 10.1 de la Constitución.

(80) El art. 77.5.º y 6.º del Código Penal Militar castiga, entre otras conductas, la privación a los prisioneros de guerra o a las personas civiles de un país con el que España estuviere en guerra, «de su derecho a ser juzgados regular e imparcialmente», previsión legal en la que cabría la práctica de los castigos colectivos.

En relación con la prohibición de las penas o castigos colectivos, indica Daoud Kuttab que los redactores de los Convenios de Ginebra tenían en mente los asesinatos en represalia cometidos durante las dos Guerras Mundiales, a los que ya hice referencia, y que para contrarrestar este género de prácticas, decidieron reafirmar el principio de responsabilidad individual; el comentario del Comité Internacional de la Cruz Roja sobre los Convenios declara que las partes de un conflicto a menudo recurren a «medidas de intimidación para aterrorizar a la población», esperando impedir actos hostiles; pero tales prácticas «castigan a los inocentes y a los culpables por igual», por lo que son «contrarias a todos los principios basados en la humanidad y la justicia» (81).

Asimismo el Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, de 8 de junio de 1977, ratificado por Instrumento de 21 de abril de 1989 (BOE núm. 177, de 26 de julio de 1989), desarrolla las siguientes garantías:

«Artículo 75 – *Garantías fundamentales*

[...]

2. Están y quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar los actos siguientes, ya sean realizados por agentes civiles o militares:

[...]

d) las penas colectivas; y

e) las amenazas de realizar los actos mencionados.

[...]

4. No se impondrá condena ni se ejecutará pena alguna respecto de una persona declarada culpable de una infracción penal relacionada con el conflicto armado, sino en virtud de sentencia de un tribunal imparcial, constituido con arreglo a la ley y que respete los principios generalmente reconocidos para el procedimiento judicial ordinario, y en particular los siguientes:

[...]

b) nadie podrá ser condenado por una infracción si no es sobre la base de su responsabilidad penal individual;

[...]».

Por su parte, el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos sin carácter internacional, de 8 de junio de 1977, ratificado por Instrumento de 21 de abril de 1989 (BOE núm. 177, de 26 de julio de 1989), reitera entre las garantías fundamentales, en su artículo 4.2 b) la prohibición de «los castigos colectivos». La preferencia del término

(81) Cfr. Daoud KUTTAB, «Castigo colectivo», en D. RIEFF / R. GUTMAN / A. JOLIS OLIVÉ / M. CHOCANO MENA (Coordinadores), *Crímenes de guerra: lo que debemos saber*, cit., p. 121.

«castigos» frente al de «penas» que sin embargo figuraba en el IV Convenio y en el Protocolo I, viene determinada por la intención de que la prohibición se hiciera extensiva también a otras medidas administrativas, que no tuvieran la naturaleza de penas en sentido estricto (82). Este mismo Protocolo II, en relación con las diligencias penales, establece la regla en el artículo 6.2 b) de que «nadie podrá ser condenado por una infracción si no es sobre la base de su responsabilidad penal individual».

Asimismo los Estatutos de los Tribunales penales internacionales incluyen cláusulas que establecen la «responsabilidad penal individual» para los que intervengan de cualquier manera en la perpetración de alguno de los crímenes que los propios Estatutos contemplan (83).

V. CONCEPTO Y FUNDAMENTO

En sentido moderno, la noción de responsabilidad jurídico-penal viene caracterizada por una estricta vinculación al hecho exteriorizado, y no a las ideas o concepciones subjetivas. Para ello precisamente existe el principio de la responsabilidad por el hecho. Incluso en la vida diaria cabe sostener la aseveración de que ante todo somos lo que hacemos, mucho más que lo que soñamos o proyectamos, que en la mayoría de las ocasiones se queda en el umbral de los sueños o de los proyectos nunca ejecutados. Con mucha frecuencia conocemos nuestro propio estado de ánimo a raíz de los hechos externos que realizamos, más incluso que al revés: un portazo nos demuestra, a veces para nuestra propia sorpresa, que estamos enfadados. Pero el principio al que se dedica este trabajo añade algo más: se trata de que ese hecho exteriorizado y no meramente subjetivo se atribuya a una persona concreta, que se convierte así en un centro de imputación. El concepto moderno de responsabilidad jurídico-penal manifiesta una clara aversión hacia las atribuciones raciales o colectivas, del tipo «los judíos son responsables de la muerte de Cristo» o «los alemanes son respon-

(82) Resalta este dato A. MANGAS MARTÍN, *Conflictos armados internos y Derecho internacional humanitario*, Salamanca, 1990, p. 84.

(83) Así el art. 7.1 del Estatuto del Tribunal Internacional para el castigo de los crímenes internacionales perpetrados en la ex Yugoslavia, de 25 de mayo de 1993 (BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1973); el art. 6.1 del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda, de 8 de noviembre de 1994 (BOE núm. 123, de 20 de mayo de 1995); y el art. 25.2 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998, ratificado por Instrumento de 24 de octubre de 2000 (BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2002).

sables de la Segunda Guerra Mundial» y, por el contrario, tiende a formular preguntas del tipo: «¿quién violó a la víctima X?», «¿quién defraudó a la Hacienda Pública?», «¿quién es el responsable de la construcción ilícita de un hotel en primera línea de playa?». De esa manera la responsabilidad por un delito no se carga abstractamente sobre un grupo sino que es individual, es decir, personal, en el sentido –redundante, pero suficientemente expresivo– de que sólo responde quien en verdad es responsable.

Dando otro paso más cabe añadir que el principio constitucional que me ocupa consiste en una estrecha relación, concretamente en la correspondencia que debe existir entre el delito, el sujeto responsable y la pena (84). Se trata de una relación de tipo jurídico que enlaza un hecho, un individuo al que se le responsabiliza de ese hecho, y, en virtud de dicha responsabilidad, una consecuencia jurídica restrictiva de derechos impuesta precisamente al mismo individuo. Constituyen una trinidad o, si se prefiere, los tres lados de un triángulo, en el que cada uno de dichos lados trae causa del otro, y que deben aparecer como tal y de manera encadenada en la sentencia condenatoria: se impone una pena a alguien *porque* ha habido una previa declaración de responsabilidad penal, y se ha efectuado esa declaración precisamente *porque* ese alguien, y no otra persona, es el que ha cometido un delito y, por lo tanto, es responsable del mismo. Como consecuencia de esa relación de los tres elementos, debe existir una identidad del sujeto: sólo el sujeto responsable debe cumplir la pena o, dándole la vuelta a esa afirmación, sólo debe cumplir la pena por la comisión de un hecho delictivo el que es responsable de la comisión de tal hecho (85). Sujeto responsable y sujeto que ha de cumplir la pena en virtud de esa responsabilidad han de ser, pues, una misma persona.

El principio resulta vulnerado si no se cumplen cualesquiera de esas relaciones. Así hay infracción del principio si (caso primero) se declara incorrectamente la responsabilidad de un sujeto, que en realidad no es responsable del mismo y, como consecuencia de ello, ese

(84) Resultan inspiradoras las palabras de F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta*, cit., p. 394: «Era la de aquellos siglos una sociedad en la que regía un sentido casi biológico de la transmisión del pecado [...]. Sólo con una mentalidad social así podía encajar esta idea de la hereditarietà de la pena, tan opuesta al carácter moral-individual de los actos humanos, y tan contraria a la *relación personal y jurídica entre delito-delincuente-pena*» (cursivas añadidas).

(85) Cfr. en este sentido J.-M.^a SILVA SÁNCHEZ, «Identidad en el tiempo y responsabilidad penal. El juicio «jurisdiccional» de imputación de responsabilidad y la identidad entre agente y acusado», en C. GARCÍA VALDÉS / A. CUERDA RIEZU / M. MARTÍNEZ ESCAMILLA / R. ALCÁ CER GUIRAO / M. VALLE MARISCAL DE GANTE (Coordinadores), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. I, cit., pp. 662-663.

sujeto tiene que cumplir una condena por un hecho que él no ha cometido; son los casos de *El conde de Montecristo* y de la película *Cadena perpetua* que menciono en la Introducción, al comienzo de este artículo. También resulta vulnerado el principio si (caso segundo) la declaración de responsabilidad de un sujeto A se formula de acuerdo con la realidad de lo sucedido, pero la condena se impone a un sujeto B. Por último (caso tercero), cabe que la sentencia declare que un sujeto A es responsable jurídico-penalmente por haber cometido un delito, y que se le condene a la pena correspondiente, pero a la hora de la verdad el que cumple la pena –voluntariamente, por error o por otra circunstancia– es el sujeto B (86).

Así se explica que, tanto en la doctrina científica como en la doctrina del Tribunal Constitucional, el principio merezca dos denominaciones: una, la de principio de la responsabilidad personal por hechos propios, que haría referencia a la conexión entre la persona declarada responsable y el hecho cometido por ella; y otra, la de principio de personalidad de la pena, que explicaría la relación entre el sujeto declarado responsable y la pena que ha de cumplir. Pero ciertamente se está haciendo mención de una misma realidad: debe existir una estrecha conexión entre delito, delincuente y pena, como los tres componentes indisolubles de la responsabilidad penal. En el caso primero, la persona que es declarada responsable, responde no por un hecho propio sino por un hecho ajeno. Aunque en los casos segundo y tercero la declaración de responsabilidad es correcta, en cuanto que el individuo A cometió el delito cuya responsabilidad se le atribuye, la persona que padece la vulneración del principio es B, que es quien, sin haber sido previamente declarado responsable, va a responder por un hecho que no le es propio. Por otra parte, en los tres casos mencionados la pena es cumplida por quien no es la persona verdaderamente responsable del delito. Cabría decir que en todos ellos el Estado incurre en un error *in persona* o en una *aberratio ictus*, ya que o se equivoca sobre la identidad del condenado, o impone una condena a quien no debía imponerla.

En definitiva, los tres supuestos tienen en común que no queda garantizada la necesaria identidad entre el sujeto que en verdad es res-

(86) Pienso que un supuesto que encaja en esta tercera modalidad es aquel en el que aunque el condenado por el Tribunal es inocente, quien finalmente cumple la pena es el que en verdad cometió el delito o la falta, pero sin haber sido declarado judicialmente responsable de tal infracción. Porque la garantía jurisdiccional, consecuencia del principio de legalidad y del derecho a la tutela judicial efectiva, exige que la responsabilidad sea formalmente declarada por los órganos judiciales: no es una responsabilidad *de facto* sino *de iure*. En consecuencia, quien en el caso indicado cumple la pena, está cumpliendo la pena impuesta judicialmente a otro.

ponsable del delito y el sujeto que debe cumplir la pena. Pues bien, aun asumiendo que ambas denominaciones son distintas formas de referirse a una misma regla jurídica, he optado por la de «principio de responsabilidad personal por el hecho propio», al entender que resulta más expresiva del verdadero significado del principio. La prefiero incluso a la de «autorresponsabilidad», dado que, según creo, el término de responsabilidad ya expresa por sí solo la idea de hacer frente a las consecuencias de los propios hechos: en efecto, una de las acepciones del verbo «responder», según el Diccionario de la Real Academia Española, es la de «estar uno obligado u obligarse a la pena y resarcimiento correspondientes al daño causado o a la culpa cometida».

Al comienzo de este epígrafe me he referido a las conexiones entre el principio de la responsabilidad por el hecho y el principio de responsabilidad personal por el propio hecho. Para ofrecer una perspectiva más completa del asunto, me ocuparé ahora de la diferencia que separa este último del principio *ne bis in idem*. En efecto, el principio *ne bis in idem* va dirigido, entre otros fines, a impedir más de una responsabilidad (bien varias responsabilidades penales, bien una responsabilidad penal y otra administrativa) respecto de un único hecho cometido por un mismo sujeto, por cuanto la sanción por la responsabilidad de un hecho ha de ser también única. Sin embargo, el principio de responsabilidad personal por el propio hecho tiene por finalidad que quien verdaderamente haya cometido el hecho (bien un sujeto único o bien varios sujetos), sea el responsable (o los responsables) en sentido penal, lo que excluye la posibilidad de que una vez declarada tal responsabilidad, el hecho sea atribuido a otros sujetos no responsables. Expresada esta distinción de otra manera: mientras que el principio *ne bis in idem* impide que un sujeto responda pluralmente por un mismo hecho, el principio de responsabilidad personal por el propio hecho impide que sujetos a los que no se les puede imputar (objetiva, subjetiva y personalmente) el hecho, respondan del mismo. Esta perspectiva abre la posibilidad de manifestaciones cuantitativas del principio, en el sentido de que si el hecho es responsabilidad de uno o más sujetos, la declaración de tal responsabilidad excluye las hipótesis de que existan otros responsables adicionales, porque en tal caso estos otros sujetos ya no responderían de «su» hecho, sino del hecho de «otro» o de «otros», lo que supondría una vulneración del principio.

En cuanto al fundamento del principio ya he mencionado que las decisiones del Tribunal Constitucional operan con una triple explicación: mayoritariamente se recurre al principio de legalidad; ahora bien, en otras ocasiones se acude al principio de culpabilidad, o bien a

la exigencia de dolo e imprudencia; por último, sólo de forma aislada se menciona la vulneración de la presunción de inocencia.

En la doctrina científica se aprecian tres posturas fundamentales: Algunos autores estudian el principio entre las manifestaciones del principio de legalidad, pero no tanto haciendo con ello profesión de fe en que el principio de responsabilidad personal por el hecho propio se fundamenta en el de legalidad, sino más bien por razones metodológicas, en cuanto que al ocuparse del tema están examinando la postura (mayoritaria) del Tribunal Constitucional que considera aquél como contenido esencial de éste (87). La postura dominante considera que el principio que estoy estudiando se fundamenta en el principio de culpabilidad (88). Por último, no faltan penalistas que rechazan el apoyo en el principio de culpabilidad y lo basan en las necesidades

(87) En este sentido: S. HUERTA TOCILDO, «Principio de legalidad y normas sancionadoras», en *El principio de legalidad. Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2000, Tribunal Constitucional – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 72-73; E. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, «Algunas determinaciones y condiciones constitucionales de las penas», en GARCÍA VALDÉS / CUERDA RIEZU / MARTÍNEZ ESCAMILLA / ALCÁZER GUIRAO / VALLE MARISCAL DE GANTE (Coordinadores), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. I, cit., pp. 550-551.

(88) Así, por ejemplo, J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 2.ª ed. (anotada y corregida por J. J. HERNÁNDEZ GUIJARRO y L. BENEYTEZ MERINO), Torrejón de Ardoz, 1986, Akal, pp. 213-214, aunque sin mencionar expresamente el principio de responsabilidad por el hecho propio; M. COBO DEL ROSAL / T. S. VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte General*, 5.ª ed., Valencia, 1999, Tirant lo Blanch, p. 544; G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional. Discurso leído el día 18 de febrero de 2002 en el acto de su recepción como Académico de Número*, Madrid, 2002, pp. 82-85; S. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 8.ª ed., Barcelona, 2008, Reppertor, pp. 123 y 125, aunque en p. 190 indica que el principio de personalidad de la pena es exigencia de un Estado democrático que respete la dignidad humana (idea última en la que se fundamenta el principio de culpabilidad); G. LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 6.ª ed. (en colaboración con M.ª D. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ), Madrid, 2005, Tecnos, p. 19 *in fine*; G. QUINTERO OLIVARES, *Parte General del Derecho penal*, Cizur Menor, 2005, Thomson-Aranzadi, p. 89; M. BAJO FERNÁNDEZ, «La vedada responsabilidad penal por el hecho de otro», en *Derecho y Justicia penal en el siglo XXI. Liber amicorum en homenaje al Profesor Antonio González-Cuellar García*, Madrid, 2006, Colex, p. 69 (donde utiliza la expresión «principio de culpabilidad por el hecho propio») y *passim* (pp. 68-86); no es tan claro M. BAJO FERNÁNDEZ en «La responsabilidad penal colectiva», en F. J. VIEIRA MORANTE (Director), *Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal* (Cuadernos de Derecho Judicial, VII-2006), Madrid, 2006, Consejo General del Poder Judicial, pp. 33-91; J.-M.ª SILVA SÁNCHEZ, «Identidad en el tiempo y responsabilidad penal. El juicio «jurisdiccional» de imputación de responsabilidad y la identidad entre agente y acusado», en C. GARCÍA VALDÉS / A. CUERDA RIEZU / M. MARTÍNEZ ESCAMILLA / R. ALCÁZER GUIRAO / M. VALLE MARISCAL DE GANTE (Coordinadores), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. I, cit., p. 662.

preventivas de la pena (89), o bien en la dignidad de la persona (90). Algún autor encuentra el fundamento del principio tanto en las necesidades preventivas de la pena como en las ideas o valores de la lógica jurídica y de la justicia material (91).

Por mi parte creo que la naturaleza del principio es de carácter material y, sólo de forma derivada, tiene consecuencias procesales. Por ello, el fundamento decisivo y último del principio no puede ser la presunción de inocencia. Pero matizamos: hay que tener en cuenta que el Tribunal Constitucional insiste que no basta con probar la comisión del hecho punible, sino que hay que probar además que el acusado ha intervenido en la comisión de ese hecho (92). Por lo tanto, es cierto que también resulta desconocido este derecho fundamental cuando se castiga a una persona respecto de la que no hay pruebas que acrediten su intervención en el hecho. Ahora bien, la razón última de que esta calificación sea incorrecta no es que *no haya pruebas* de la relación entre los componentes delito-delincuente-pena, sino que verdaderamente *no existe* tal relación entre alguno de esos componentes y los demás. Obviamente, lo que no existe no se puede probar, pero en semejante hipótesis lo decisivo es la inexistencia y no la falta de pruebas. Un vez sentado esto, no debe sorprender que en sus primeras tentativas de aproximación al principio, el Tribunal Constitucional –con el pie forzado por algunas demandas de amparo que alegaban como vulnerada la presunción de inocencia– fundamentara el principio que me ocupa en este derecho del artículo 24.2 de la Constitución. Pero actuando así, no iba hasta el fondo de la cuestión, sino que se quedaba en la superficie.

Descartada una fundamentación procesal, debo ocuparme de las de carácter material. Empezaré por el principio de legalidad. A primera vista parece que cuando alguien responde penalmente por un

(89) De esta opinión D.-M. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte General I*, Madrid, 1996, Edit. Universitas S. A., p. 89.

(90) Así E. GIMBERNAT ORDEIG, «La Ley de violencia de género ante el Tribunal Constitucional», en el diario *El Mundo*, de 16 de junio de 2008, quien lo considera una derivación de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE); el mismo, *Prólogo* a la 14.^a edición del Código Penal de la Editorial Tecnos, Madrid, 2008, pp. 21-22.

(91) Opina así A. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho penal*, Madrid, 2005, pp. 560-562, quien considera que se trata de un postulado autónomo, por lo que rechaza que esté vinculado al principio de culpabilidad, e indica que su fundamento es múltiple, apuntando en este apartado las necesidades preventivas de la pena, así como las razones de estricta lógica y de justicia material.

(92) Así, entre otras, SSTC 141/1986, de 12 de noviembre, FJ 2; 92/1987, de 3 de junio, FJ 1; 150/1989, de 25 de septiembre, FJ 2; 217/1989, de 21 de diciembre, FJ 2; 118/1991, de 23 de mayo, FJ 2; 283/1994, de 24 de octubre, FJ 2 A); 173/1997, de 14 de octubre, FJ 2 A); 68/1998, de 30 de marzo, FJ 5; etc.

hecho ajeno, ha sido condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyen (para él, que no las ha cometido) delito o falta, según la legislación vigente en aquel momento; ello supondría una vulneración del artículo 25.1 de la Constitución, y, en consecuencia, del principio de legalidad penal. Pero, ojo: el principio de legalidad tiene más que ver con la idea de seguridad jurídica y, si se me permite el término, ciertamente no demasiado correcto, con la idea de advertibilidad, en el sentido de que el hecho por el que se castigue y la pena a imponer estén previstos previamente y con claridad en la ley penal, de modo que cualquier ciudadano sea capaz de saber que si comete ese hecho, será castigado con la pena correspondiente. Empleando un ejemplo de la introducción: cuando en el film *Cadena perpetua* el personaje que interpreta Tim Robbins es condenado por el asesinato de su esposa, que él no ha cometido, tanto Tim Robbins, como cualquier espectador, sabe que el asesinato está previsto como delito en el ordenamiento del Estado norteamericano en cuestión y que el mismo ordenamiento prevé para ese hecho la pena de cadena perpetua; el asesinato está castigado *erga omnes* y con carácter general, por lo que no hay ausencia de advertibilidad; lo que de verdad no podía advertir el protagonista de la película es que precisamente a él se le fuera a castigar por un asesinato que no había cometido. Llevando al extremo las cosas, es verdad que cabe vulnerar el principio de legalidad y, a la vez, el principio de responsabilidad personal por el hecho propio: así, cuando se castiga a alguien por un hecho que no ha cometido y que además no está previsto en la ley como un hecho punible. Pero en tal caso habría que denunciar la vulneración tanto del principio de legalidad como del principio de responsabilidad personal por el propio hecho. Ahora bien, si el principio de responsabilidad personal puede ser vulnerado sin que se vulnere al mismo tiempo el de legalidad penal, eso tiene que deberse a que está provisto de una fundamentación autónoma.

¿Por qué entonces el Tribunal Constitucional considera tan obvia la fundamentación en el principio de legalidad penal, tan obvia por cierto que ni siquiera la explica? Creo que cabe aventurar una explicación: el principio de responsabilidad personal por el propio hecho parece tan esencial y básico para el Derecho penal, que apenas requiere explicación y, por ello mismo, se le ubica en el precepto constitucional material por excelencia para el Derecho penal, el artículo 25.1 de la Constitución, que garantiza el principio de legalidad penal. El Intérprete máximo de la Constitución se deja llevar por la *vis atractiva* del artículo 25.1 y le atribuye un contenido adicional, como es el principio de responsabilidad personal por el propio hecho. Parece como si el

Tribunal Constitucional se hiciera la siguiente reflexión, aunque no la manifestara expresamente: «tal vez el principio de responsabilidad personal por el propio hecho no tenga demasiado que ver con el principio de legalidad penal, pero lo cierto es que un Derecho penal que tolerara la responsabilidad por el hecho ajeno sería incompatible con la Constitución y con el modelo de Derecho penal que se desprende, más o menos explícitamente, de ella; de modo que, de alguna manera, el principio de responsabilidad personal por el propio hecho *tiene que* estar incluido en el elemental artículo 25.1 de la Constitución». Sea como fuere, lo cierto es que, a la vista de la doctrina del alto Tribunal, para que prospere un recurso de amparo debe mencionarse el artículo 25.1 como derecho fundamental vulnerado.

El siguiente fundamento material que se ha manejado ha sido el del principio de culpabilidad o el de la exigencia de dolo o imprudencia. Se tratan realmente de sinécdoques interpretativas, en cuanto que una parte es usada para representar el todo: la culpabilidad como elemento del delito y por tanto de la responsabilidad penal sirve para representar a la responsabilidad penal como un todo; y lo mismo cabe decir de la exigencia de dolo o imprudencia. Cuando alguien es condenado por algo que no ha cometido no sólo no hay dolo ni imprudencia, ni tampoco culpabilidad, sino que en realidad no se cumple ninguna de las categorías de la teoría jurídica del delito: no hay conducta en sentido penal, no es típica, ni tampoco antijurídica, ni el sujeto es culpable, ni el hecho es punible; o si se prefiere: no hay imputación objetiva, no hay imputación subjetiva ni tampoco imputación personal. No habría demasiado que objetar si la expresión «infracción del principio de culpabilidad» se utiliza como alegoría o metáfora, es decir, en el sentido de «infracción del principio de responsabilidad», pero en tal caso el fundamento sería una petición de principio, ya que sería tanto como decir «el principio de responsabilidad personal por el propio hecho se fundamenta en el concepto de responsabilidad jurídico-penal», lo que nos sigue dejando *in albis*, en cuanto que sólo nos dice lo que ya sabemos, esto es, que para ser responsable de un hecho propio hay que ser responsable...

Como justificación del principio se aducen también las necesidades preventivas de la pena. Ahora bien, creo que los fines preventivos puede justificar este principio cuando es voluntaria la asunción de la responsabilidad o el cumplimiento de la pena por un no responsable, pero a mi entender no ocurre lo mismo cuando al no responsable se le impone forzosamente la asunción de la responsabilidad o el cumplimiento de la pena. En efecto, si el condenado, por ejemplo, a una pena de multa encuentra a alguien que está dispuesto a pagarla en lugar de

aquél, parece obvio que desaparecen los efectos preventivo-especiales de la pena (93), porque, ¿qué contramotivos tendrá para no reincidir en el delito si sabe que si lo volviera a hacer, siempre le cabría la posibilidad de recurrir a otro para que éste abonara la multa? Parece que no existiría ningún contramotivo... Y desde el punto de vista de la prevención general, cabría llegar a una conclusión semejante. En efecto, si los ciudadanos saben que es fácil eludir el cumplimiento de la pena mediante la sustitución del condenado por otra persona, la eficacia de la norma prácticamente se desvanece. Algo semejante ocurriría con la posibilidad de eludir el servicio militar, mediante el sistema, previsto legalmente, consistente en la sustitución de un mozo por otro, normalmente entre familiares o bien a cambio de dinero, sistema que pervivió en España hasta el año 1912 (94); después de esa fecha, el servicio militar pasó a ser una obligación personalísima, que no toleraba la prestación mediante un sustituto. Pues bien, la finalidad perseguida por la norma que decretaba el servicio militar obligatorio, consistente en imponer el principio de solidaridad entre todos los varones en materia de defensa nacional, quedaba totalmente en entredicho con el referido sistema de elusión legal.

Ahora bien, me parece que las cosas son muy distintas cuando la sustitución del responsable o del condenado se produce de manera coactiva. Ciertamente, desde el punto de vista de la prevención general, el hecho de castigar a alguien por lo que no ha cometido tiene un indudable efecto intimidatorio sobre la sociedad en general, como demuestra, por ejemplo, el castigo colectivo de las Fosas Ardeatinas que he mencionado en el epígrafe de la evolución histórica, ya que lo que se pretende precisamente –y en verdad se consigue– es atemorizar, o más bien aterrorizar, a la población. De modo que las necesidades preventivo-generales, consideradas en abstracto, no demandan necesariamente la vigencia del principio de responsabilidad por el hecho propio. Y algo parecido puede decirse de la prevención especial: si al sentarse en su silla el profesor comprueba que se ha manchado con la tinta de un rotulador, y puesto que no descubre al alumno responsable de la travesura, decide castigar a toda la clase sin recreo, no me cabe duda de que el alumno inocente –pero que igualmente ha

(93) Cfr. en este sentido y sólo respecto a la prevención especial, T. HILLENKAMP, «Zur Höchspersönlichkeit der Geldstrafe», en *Festschrift für Kart Lacker zum 70. Geburtstag*, editado por W. KÜPER en colaboración con I. PUPPE y J. TENCKHOFF, Berlin-New York, 1987, Walter de Gruyter, p. 461.

(94) Cfr. J. F. MOLINA LUQUE, *Quintas y servicio militar: Aspectos sociológicos y antropológicos de la conscripción (Lleida, 1878-1960)*, Lleida, 1998, Universitat de Lleida, pp. 41 y 73.

sido sancionado— sentirá pocos impulsos de realizar en el futuro una trastada similar a la del compañero verdaderamente responsable. Por otro lado, para los regímenes políticos despóticos, la inoportunidad del sujeto políticamente incómodo mediante una reclusión duradera por algo que ese sujeto no ha cometido, siempre ha sido una medida que ha resultado de indudable eficacia, en cuanto que ha evitado que ese sujeto delinquiera en el futuro o al menos mientras se encontrara privado de libertad y ha imposibilitado que realizara actos lícitos pero desagradables a los ojos del sistema dictatorial. Por ello, las razones preventivo-especiales tampoco son capaces de ofrecer un fundamento al principio que nos ocupa cuando la vulneración del mismo se impone por el poder coactivo del Estado.

Curiosamente, alguna de las variantes de un concepto retributivo de la pena requiere que el castigo recaiga sobre el responsable y sólo sobre éste. La mentalidad talionar exige una estricta proporcionalidad, para que el autor de la infracción —y sólo él— sufra el mismo perjuicio que la víctima; la proporcionalidad no se alcanzaría si el castigo se impusiera por un hecho ajeno. Además, en la medida en que la retribución aspira a un ideal de justicia y a que el delincuente asuma e interiorice el mal que ha causado, es obvio que no alcanzará estos objetivos si se impone a un sujeto que no es responsable del hecho: es imposible que el que no tiene nada que ver con el delito llegue a interiorizar nada al respecto; más bien al contrario, se rebelará al estimar que desde luego no le corresponde a él padecer esa sanción.

Ante las dificultades de fundamentar el principio en las necesidades preventivas de la pena, prefiero entender que el fundamento remoto o último del principio de responsabilidad personal por el propio hecho reside en la idea de justicia y en la dignidad de la persona. Estimo que ambas ideas o principios están aquí entrelazados. La dignidad de la persona, erigida en fundamento del orden político y de la paz social por el artículo 10.1 de la Constitución Española, exige que el Estado trate al ciudadano con justicia (95). Eso implica que debe tratar al responsable como responsable y, por el contrario, al inocente como inocente. En consecuencia, no hay mayor injusticia que la de castigar a quien no es responsable de un hecho. Seguramente que cada uno de nosotros hemos padecido en alguna ocasión semejante trato en

(95) Para el homenajeado J. de Figueiredo DIAS, *Direito penal português. As consequências jurídicas do crime*, Lisboa, 1993, Edit. Notícias, p. 73, la dignidad de la persona es el principio axiológico más esencial a la idea del Estado de Derecho democrático. Vid. también del mismo autor, *Liberdade-Culpa-Direito Penal*, 2.^a ed., 1983, pp. 233-238 y *ZStW*, t. 95, 1983, p. 220 ss.

el ámbito familiar o social y lo hemos experimentado como una iniquidad en grado superlativo.

Como puso de relieve Arthur Kaufmann, la justicia conmutativa o compensatoria es la más característica en las relaciones de Derecho privado y consiste en la igualdad entre prestación y contraprestación, entre el daño y la reparación, entre mercancía y precio; sin embargo, en las relaciones de Derecho público predomina la idea de justicia distributiva, que se refiere a la igualdad proporcional en el tratamiento de personas; con la justicia distributiva, se trata de la repartición de derechos y deberes conforme a la medida de dignidad, capacidad, necesidad y culpa; mediante la justicia distributiva se hace posible la fórmula –enunciada por Ulpiano y Cicerón– del *suum cuique tribuere*, de dar a cada uno lo suyo, no entendida como igualdad uniformadora sino en el sentido de darle la oportunidad para realizar lo que en él mismo existe de posibilidades positivas (96).

El *suum cuique tribuere* implica en este ámbito de cuestiones la prohibición de castigar penalmente a alguien por un hecho ajeno, que no le es propio. Es cierto que en el ámbito de las relaciones de Derecho privado también hay que imputar correctamente responsabilidades a quien corresponda: en un contrato de compraventa sólo tiene las obligaciones del comprador el que verdaderamente lo es, y no un tercero ajeno al contrato. Pero la diferencia que nos interesa ahora entre ambos sectores del ordenamiento jurídico estriba en que la responsabilidad en el ámbito de las relaciones de Derecho público, planteadas entre la superioridad del Estado y la inferioridad del ciudadano –como ocurre cuando se aplica el Derecho penal– es personal, indelegable e intransmisible; sin embargo, en el sector de las relaciones de Derecho privado, en el que los sujetos se encuentran como regla general (que admite numerosas excepciones) en igualdad de condiciones, la responsabilidad puede ser transmitida *inter vivos* y *mortis causa*. Como se ha desarrollado en el apartado relativo a la evolución histórica, esta diferenciación de planos ha sido fruto de un largo desarrollo temporal, puesto que durante muchos siglos prevaleció una perspectiva privatista del Derecho penal y de la pena. Mientras que la idea de responsabilidad en Derecho civil pretende restaurar el *status quo* anterior o al menos restablecer el equilibrio de las distintas posi-

(96) Cfr. Arthur KAUFMANN, *Filosofía del Derecho*, Bogotá, 1999, Universidad Externado de Colombia, trad. de la 2.^a ed. alemana por L. VILLAR BORDA y A. M.^a MONTROYA, p. 297. Por su parte K. LARENZ, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, 1.^a reimpresión, Madrid, 1991, Civitas, trad. y presentación de Luis Díez-PICAZO, p. 120, establece la dialéctica justicia conmutativa / justicia distributiva en relación con la responsabilidad por riesgo.

ciones jurídicas implicadas, el concepto de responsabilidad en Derecho penal no va dirigido a restablecer el equilibrio alterado, ya que en la mayoría de las ocasiones esto sería imposible (no puede devolver la vida al asesinado, no puede restituir la libertad sexual a la víctima de la violación, etc.), sino que pretende influir colectiva e individualmente para que *ex ante* no se cometan las conductas prohibidas, y *ex post*, es decir, una vez cometidas, se castigue al penalmente responsable y sólo a éste (97), (98).

No obstante el principio que nos ocupa no rige de forma ilimitada en todos los ámbitos del Derecho público, sino sólo en el ámbito sancionador. Así, en el caso de la cuarentena impuesta a una pluralidad de personas, con el fin de evitar el contagio de alguna enfermedad infecciosa, nos encontramos ante una medida de Derecho público, que restringe en un nivel elevado la libertad de movimientos y que puede afectar tanto a personas infectadas como no infectadas. Pero lo cierto es que no representa una responsabilidad por el hecho de otro, sino simplemente una limitación de derechos fundamentales basada en la necesidad de evitar males mayores y que sólo podrá imponerse si está prevista legalmente y cumple los baremos exigidos constitucionalmente respecto a la proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).

El que el principio de responsabilidad personal tenga un ámbito circunscrito a lo sancionador viene también determinado por la circunstancia de que el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador pretenden influir en las conductas de los seres humanos motivando o, mejor, contramotivando con la pena o con la sanción administrativa para que éstos eviten las conductas prohibidas. Ahora bien, ambas consecuencias jurídicas son capaces de ejercer un razonable efecto preventivo, admisible constitucionalmente, sólo cuando el

(97) En sentido similar, aunque no idéntico (porque en Derecho penal la víctima puede sufrir daño en sus bienes), K. LARENZ, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, cit., p.114: «Hay que decir de inmediato que la indemnización no cumple la misma función que la pena. En la pena se sitúa en primer plano la conducta del agente, contraria al ordenamiento jurídico y su culpa individual; en la indemnización está en primer plano el daño que alguien ha sufrido en sus bienes jurídicos».

(98) C. S. NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, 6.ª ed., Barcelona, 1995, Edit. Ariel, pp. 172-173, sigue a Kelsen al indicar otras diferencias entre las «sanciones» civiles y las sanciones penales: mientras la sanción penal generalmente se reclama de oficio, la civil debe ser demandada por el perjudicado; en tanto que el producto de la multa penal pasa a integrar el erario público, el de la ejecución forzosa en el ámbito civil beneficia al demandante. Más diferencias entre responsabilidad civil y responsabilidad penal (once, en concreto) ofrece M. YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, 2001, Dykinson, pp. 29-31.

ciudadano es responsable de la infracción de la norma, pero carecen de toda justificación cuando se imponen sobre un inocente o un no responsable (99).

VI. MANIFESTACIONES CUALITATIVAS

El que a continuación distinga entre manifestaciones cualitativas y manifestaciones cuantitativas obedece ante todo a una razón didáctica y expositiva, de modo que algunas consecuencias cualitativas tienen estrechas relaciones con las cuantitativas y al revés, algunas cuantitativas tienen concomitancia inmediata con otras cualitativas.

Entre las cualitativas, de las que me ocuparé ahora, cabe resaltar las siguientes:

1. **La necesaria identidad de sujeto responsable sujeto que cumple la pena**

Al referirme al concepto del principio ya puse de relieve que implica una relación entre delito, sujeto responsable y pena; esta relación determina que el sujeto que cometió el delito, el sujeto al que se le declara responsable de *ese* delito y el sujeto condenado que cumple la pena en virtud de *esa* responsabilidad sean una misma persona. Esta concreta consecuencia del principio resulta vulnerada tanto si se declara responsable a quien en verdad no lo es, como cuando, una vez declarada correctamente la responsabilidad de alguien, la pena se impone a otro sujeto o bien simplemente es cumplida por otro.

Sólo se vulnera el principio cuando la persona «sustituta» cumple la pena en lugar de la persona «sustituida». Ahora bien, cumplir la pena supone experimentar la restricción del derecho en que consiste dicha pena en la propia esfera de la persona «sustituta», y no meramente padecer juntamente con el condenado las consecuencias o los efectos penales. Los «efectos penales» han sido definidos como «aquellas consecuencias jurídicas de carácter aflictivo distintas de las

(99) Expresa K. LARENZ, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, 1.^a reimpresión, Madrid, 1991, Civitas, trad. y presentación de L. Díez PICAZO, p. 111: «La culpa en sentido estricto, por consiguiente la del Derecho penal, es siempre culpa *individual*, que se refiere personalmente al agente» (cursiva en el original). Creo que la frase es perfectamente asumible si se entiende el término culpa en el sentido genérico de responsabilidad.

penas, que directamente derivan de la propia condena penal, y que consisten en restricciones de la esfera jurídica del condenado, o en su sujeción a eventuales agravaciones particulares» (100). Un efecto de la pena de prisión es que –sin perjuicio del disfrute de los encuentros *bis a bis*– el recluso experimenta limitaciones en sus relaciones sexuales, limitaciones que también pueden afectar a la pareja del recluso que se encuentra en libertad. Ahora bien, este efecto de la pena que repercute en la pareja del preso no supone que dicha pareja llegue a padecer una condena por el hecho de otro, por mucho que le afecte la situación. Lo mismo ocurre si el recluso pierde su trabajo y se reducen los ingresos para sostener a su familia: el que los hijos vean disminuida su capacidad de consumo no significan que ellos cumplan condena por el delito cometido por el padre o la madre, aunque es cierto que la reclusión del progenitor les puede afectar en su nivel de vida.

En cuanto a las medidas cautelares que se pueden adoptar en el proceso penal, en la medida en que no son penas (artículo 34.1 del Código Penal actual), no gozan de la protección que se deriva de este principio. Ahora bien, pienso que el propio concepto de medida cautelar, que supone una medida restrictiva de derechos para garantizar que se pueda cumplir en su día la sentencia (101), exige que recaiga sobre el sospechoso de haber cometido el delito y no sobre un tercero, aunque aquí lógicamente es mucho más elevada la posibilidad de error por parte de los órganos judiciales que en el caso de las penas.

Supuestos en los que falta la necesaria identidad entre sujeto responsable y persona que cumple la pena se presentan en bastantes de las sentencias del Tribunal Constitucional mencionadas más arriba: la STC 131/1987, de 20 de julio, se ocupa de la confusión de la persona afectada por una medida de seguridad que consiste en el cierre de un establecimiento distinto al mencionado en el fallo de la sentencia condenatoria, persona que además no había sido parte en el proceso; en la STC 219/1988, de 22 de noviembre, se trata de la sanción de tráfico impuesta al propietario de un vehículo sin haber probado si éste había cometido la infracción; de un error en la identidad de la persona condenada por un hurto trata la STC 93/1996, de 28 de mayo; etc.

(100) J.-R. CASABÓ RUIZ, en J. CÓRDOBA RODA / G. RODRÍGUEZ MOURULLO / A. del TORO MARZAL / J.-R. CASABÓ RUIZ, *Comentarios al Código Penal*, t. II, reimpresión de la 1.ª edición, Barcelona, 1976, Ariel, comentario al art. 27, p. 129.

(101) En este sentido, V. GIMENO SENDRA / V. MORENO CATENA / V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal penal*, Madrid, 1996, Colex, p. 480.

2. La intrasmisibilidad, inter vivos o mortis causa, de la responsabilidad penal

En el apartado de la evolución histórica intenté poner de relieve que la posibilidad de transmitir una pena a los herederos del causante desaparece muy tardíamente, en especial cuando afecta a penas pecuniarias (102). Pese a la declaración de la Constitución de Cádiz, en 1812, de que ninguna pena puede trascender a la familia del condenado, lo cierto es que la multa se sigue transmitiendo en algunos casos (103) a los familiares del condenado que ha muerto. Esta situación sólo desaparece en 1944 a partir del Código Penal de la dictadura; en este texto legal se regula, por fin, sin ninguna excepción la extinción de la responsabilidad por muerte del reo. A partir de la Constitución de 1978, y en virtud de esta consecuencia del principio de responsabilidad personal por el propio hecho, la extinción de responsabilidad por muerte del reo no es una obviedad ni algo superfluo, tal y como expresa la opinión dominante (104), sino que constituye una exigencia ineludible del principio que nos ocupa. El artículo 130, 1.º del actual Código de 1995 es conforme con dicha exigencia (105). Sin embargo, el artículo 40.5 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (*BOE* 18-12-2003) (106), permite la transmisión por herencia de las sanciones tributarias. Pues bien, sólo podría salvarse la inconstitucionalidad de esta norma en la medida en que el Tribunal Constitucional estableciera una excepción al tratarse de Derecho administrativo sancionador, para el que no rigen todas las garantías del Derecho penal. Pero, si el Alto Tribunal admitiera tal

(102) Cfr. al respecto la evolución histórica –europea en general y española en particular– que ofrece H. ROLDÁN BARBERO, *El dinero, objeto fundamental de la sanción penal*, cit., pp. 38-40.

(103) Cuando antes del fallecimiento del reo hubiere recaído sentencia firme.

(104) Es partidario de la superfluidad de la muerte del reo como causa de extinción de la responsabilidad penal, L. Gracia Marín (Coordinador), *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal*, Valencia, 1996, Tirant lo Blanch, p. 321, además con indicaciones bibliográficas de los autores que asumen esta opinión dominante en nota 8.

(105) Vid. también el art. 115 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: «La acción penal se extingue por la muerte del culpable; pero en este caso subsiste la civil contra sus herederos y causahabientes, que sólo podrá ejercitarse ante la jurisdicción y por la vía de lo civil».

(106) Art. 40.5 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (*BOE* 18-12-2003): «Las sanciones que pudieran proceder por las infracciones cometidas por las sociedades y entidades a las que se refiere este artículo serán exigibles a los sucesores de las mismas, en los términos establecidos en los apartados anteriores, hasta el límite del valor de la cuota de liquidación que les corresponda».

salvedad, creo que debería justificarla de algún modo, es decir, con argumentos y no con la mera autoridad de su potestad en la jurisdicción constitucional.

Como indiqué más arriba el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sus sentencias *A.P., M.P. y T.P. contra Suiza* y *E.L. R.L. J.-O.-L. contra Suiza*, ambas de 29 de agosto de 1997, ha declarado que «heredar la culpabilidad del difunto no es compatible con las normas de la justicia penal en una sociedad regida por la preeminencia del Derecho», lo que a su entender viene exigido por el derecho a la presunción de inocencia, garantizado en el artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El carácter altamente personal de la responsabilidad penal impide igualmente que la misma pueda ser objeto de ningún tipo de contrato, transacción o compensación. La responsabilidad penal no se puede ceder, ni gratuita ni onerosamente, a un tercero. No es lícita la suplantación del condenado a una pena privativa de libertad ni a una pena privativa de otros derechos, ya que incluso esta conducta podría dar lugar a una responsabilidad por quebrantamiento de condena no sólo por parte del suplantado, sino también por parte del suplantador.

El peligro de que la pena sea cumplida –de forma voluntaria o mediante coacción– por un tercero, alcanza su máxima agudeza en la pena de multa. Puesto que el dinero es el bien fungible por excelencia y resulta sumamente complejo demostrar la titularidad sobre el mismo, no representa ningún problema que un tercero pague la multa impuesta a otro, con vulneración por tanto del principio de responsabilidad personal por el hecho propio. La sensibilidad social ante esta cuestión se muestra más bien escasa, ya que a veces incluso los medios de comunicación dan cuenta de campañas reivindicativas o políticas mediante las cuales se pretende efectuar una cuestación para recaudar dinero de otros con el fin de pagar la multa impuesta a un político, a un sindicalista o a un estudiante. Y nadie se escandaliza por ello. Se suscita así la paradoja de que cualquiera puede pagar la pena de multa en lugar de multado; en tanto que, si no se paga, el arresto sustitutorio convierte a la pena en una sanción personalísima que sólo el condenado puede cumplir. La doctrina más especializada sobre el tema en Alemania se muestra sumamente pesimista respecto a la posibilidad de exigir el cumplimiento del principio de responsabilidad personal en el ámbito de la multa, pues nadie –ni siquiera un juez– observa quién paga la multa, pudiendo decirse que en este tema doctrina y jurisprudencia «miran hacia otro lado» (107), ante la manifiesta imposibilidad de

(107) Cfr. T. HILLENKAMP, «Zur Höchspersönlichkeit der Geldstrafe», en *Festschrift für Kart Lackner*, cit., p. 469.

«ponerle puertas al campo»; aunque la única solución sería tener en cuenta la posibilidad del pago de la multa por un tercero en los momentos de imposición y de determinación de la multa (108), Hillenkamp reconoce que esta prognosis podría afectar a la intimidad del sujeto responsable e incluso llegar a ser desproporcionada (109). La mayoría de la doctrina española también pone de relieve la dificultad de garantizar el principio de responsabilidad personal por el hecho propio en el ámbito de la multa (110).

Desde un punto de vista puramente teórico, si en virtud de un acuerdo entre el condenado y un tercero, éste llegara a abonar la cuantía de la multa, se trataría de un contrato nulo y, por lo tanto, el tercero no estaría legitimado para acudir a los órganos jurisdiccionales con el fin de repetir contra el condenado, exigiendo a su favor el abono de la cantidad pagada. Pero en la práctica la nulidad se podría sortear fácilmente mediante el expediente de beneficiar al multado con una donación, bien antes o bien después del pago por éste de la multa.

Resulta llamativa la STC 331/2006, de 20 de noviembre de 2004, que —mediante un razonamiento que no es la verdadera razón de decidir del fallo— admite la compensación respecto a una multa laboral,

(108) Cfr. T. HILLENKAMP, «Zur Höchspersönlichkeit der Geldstrafe», en *Festschrift für Kart Lackner*, cit., p. 467.

(109) Así, T. HILLENKAMP, «Zur Höchspersönlichkeit der Geldstrafe», en *Festschrift für Kart Lackner*, cit., p. 469.

(110) En este sentido, son reveladoras las palabras de J. L. MANZANARES SAMANIEGO, *La pena de multa*, 1977, Mancomunidad de Cabildos, p. 248 (= *Las penas patrimoniales en el Código Penal español tras la Ley Orgánica 8/1983*, Barcelona, 1983, p. 110): «En nuestra patria el confusiónismo presente en cuanto afecta a la pena de multa, así como la falta de rigor científico en su aplicación y ejecución, han convertido en práctica normal que los Tribunales acepten el pago sea cual fuere quien lo realice y sin consideración alguna a la solvencia o insolvencia del reo, según el auto dictado en la pieza de responsabilidad civil». En sentido similar: L. GRACIA MARÍN (Coordinador), *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal*, Valencia, 1996, Tirant lo Blanch, p. 147; L. ROCA AGAPITO, *La responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa*, Valladolid, 2003, Edit. Lex Nova, pp. 81-82; S. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 8.ª ed., Barcelona, 2008, Edit. Reppertor, p. 712. Exigen, pese a todo, mantener el principio de personalidad en la multa, e incluso apunta la posibilidad de considerar delictivo el hecho: J. L. MANZANARES SAMANIEGO, *La pena de multa*, 1977, cit., p. 248 y p. 252 (= *Las penas patrimoniales en el Código Penal español...*, cit, p. 110 y p. 116), como omisión del deber de promover la persecución y castigo de los delincuentes del antiguo art. 359 del CP de 1973, equivalente, pero no idéntico, al actual art. 408 del CP de 1995; I. SERRANO BUTRAGUEÑO, *Las penas en el nuevo Código Penal*, Granada, 1996, Edit. Comares, p. 55 (propone castigar al tercero que paga por el delito de quebrantamiento de condena). Minimiza el problema G. LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 6.ª ed. (revisada y puesta al día en colaboración con M.ª D. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ), cit., p. 91.

pues la multa (ni ninguna otra pena) no es, en general, compensable con los créditos que el sancionado pudiera tener frente al Estado, sean públicos (por ejemplo, el reembolso de impuestos indebidos), sean privados (111). Pero lo cierto es que la compensación es, de forma manifiesta, incompatible con el principio de responsabilidad personal por el hecho propio. Claro que la Sentencia emplea la vía más cómoda de negar que esta garantía sea trasladable al ámbito de las sanciones administrativas, si bien otras resoluciones del mismo Tribunal Constitucional afirman exactamente lo contrario.

3. La prohibición de la responsabilidad solidaria en Derecho penal

La STC 76/1990, de 26 de abril, FJ 4 B), declara tajantemente que no cabe la responsabilidad solidaria en Derecho penal. Es verdad que esta afirmación no es una verdadera *ratio decidendi* de la resolución, sino que más bien se pronuncia como *obiter dicta*, pero lo cierto es para el Tribunal Constitucional parece meridianamente clara la imposibilidad de conciliar la responsabilidad solidaria con el Derecho penal.

Pero, ¿cuál es el significado de las obligaciones solidarias? En nuestro Derecho civil las obligaciones solidarias se contraponen a las mancomunadas, siendo éstas la regla y aquéllas, la excepción (112). De acuerdo con el artículo 1138 del Código Civil, que se refiere implícitamente a las obligaciones mancomunadas, «si del texto de las obligaciones a que se refiere el artículo anterior no resulta otra cosa, el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros». Es decir que, en tales obligaciones mancomunadas, cada acreedor puede exigir lo que a él le corresponde y a cada deudor sólo puede serle exigida la parte que a él le incumbe (113).

Por el contrario, las obligaciones solidarias se caracterizan por la circunstancia de que, aun concurriendo varios acreedores y varios deudores, se comportan como si solo hubiera un solo acreedor y un solo deudor, de modo que cada acreedor puede exigir a un solo deudor

(111) En este sentido, J. L. MANZANARES SAMANIEGO, *La pena de multa*, 1977, cit., p. 19 (= *Las penas patrimoniales en el Código Penal español...*, 1983, cit., p. 4).

(112) Cfr. M. ALBALADEJO, *Derecho civil. II. Derecho de obligaciones*, 12.^a ed., Madrid, 2004, Edisofer, p. 92.

(113) Cfr. M. ALBALADEJO, *Derecho civil. II. Derecho de obligaciones*, 12.^a ed., cit., p. 95.

por el cumplimiento de *toda* la obligación, y cada deudor está obligado al cumplimiento *total* de la obligación exigida por un solo acreedor (114), (115). En las relaciones de los acreedores entre sí y de los deudores entre sí, cada uno es acreedor o deudor de su parte, pero responde del total (116). Entre ellos existe una relación de imputación recíproca, de modo que lo que beneficia o perjudica a uno, beneficia o perjudica también a los coacreedores y a los codeudores. Solidaridad significa, pues, la posibilidad de que el acreedor reclame la totalidad de la prestación de uno, de varios o de todos los codeudores (117). El artículo 1144 del Código Civil determina, en efecto, que «El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente.—Las reclamaciones enabladadas contra uno no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo» (118). El sentido de la solidaridad pasiva —esto es, la de los deudores—, que es la más relevante, es el de satisfacer ante todo los intereses del acreedor, cuya posición queda así reforzada; lo sustancial es que éste obtenga satisfacción, después los deudores ya arreglarán cuentas entre sí (119).

El modelo de responsabilidad solidaria repugna al Derecho penal. Creo que esta repulsión obedece a varias razones. En primer lugar, existe un factor de aleatoriedad respecto al deudor solidario que, por decisión libérrima del acreedor, se convierte en el responsable que en verdad tiene que saldar la deuda. Los demás deudores quedan, en un principio, liberados. Lo lógico es que el acreedor se dirija contra el deudor con más capacidad económica o en mejor situación para cum-

(114) Cfr. M. ALBALADEJO, *Derecho civil. II. Derecho de obligaciones*, 12.^a ed., cit., p. 96.

(115) Es lo que establece el artículo 1137 del Código Civil: «La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquellos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente, las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria».

(116) Cfr. M. ALBALADEJO, *Derecho civil. II. Derecho de obligaciones*, 12.^a ed., cit., p. 101.

(117) Cfr. M. YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, 2001, Dykinson, p. 405.

(118) Por su parte, el artículo 1145 del Código Civil dispone que «El pago hecho por uno de los deudores solidarios extingue la obligación. El que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo.—La falta de cumplimiento de la obligación por insolvencia del deudor solidario será suplida por sus codeudores, a prorrata de la deuda de cada uno».

(119) Cfr. M. ALBALADEJO, *Derecho civil. II. Derecho de obligaciones*, 12.^a ed., cit., p. 102.

plir la prestación, pero nada le impide que reclame la deuda a cualquiera de los deudores. Pues bien, si varios han cometido un delito, no resultaría razonable que el Estado, a su libre elección, reclamara el cumplimiento de la pena sólo a uno de los responsables, quedando exonerados los demás por obra y gracia de la suerte. En la mayoría de los casos esta exoneración sería además definitiva, ya que el que cumple la pena no podrá luego reclamar el cumplimiento de una parte a los restantes intervinientes, en cuanto que las penas –con la excepción de la multa– suelen consistir en prestaciones personalísimas, de modo que sólo pueden ser cumplidas por una persona.

Una segunda razón de rechazo es que la solidaridad se muestra incompatible con la idea del *suum cuique tribuere*, ya que, siendo varios los responsables de un delito, el Estado no puede exigir el cumplimiento de la pena sólo a uno de ellos, a modo de cabeza de turco. Es cierto que, aun siendo radicalmente injusto penar a un no responsable, la idea de justicia no exige penar a todos y cada uno de los responsables; pero no parece equitativo que el Estado persiga sólo a alguno o algunos de los que parecen haber cometido el delito, y permita que los restantes queden ajenos a cualquier responsabilidad penal. Tal forma de proceder sería contraria a la idea de dar a cada uno lo suyo. Por otro lado, la necesidad de prevenir futuros delitos exige actuar respecto a todos los posibles responsables, para que ellos y los demás miembros de la comunidad comprueben que la amenaza de la pena va en serio.

En último término, con una responsabilidad solidaria padecería el principio de igualdad, ya que éste exige tratar de la misma manera a los individuos que se encuentran en la misma situación; y desde luego esto no se cumpliría si hubiera que imponer la pena sólo a algunos de los responsable, sin que hubiera una razón de peso para dejar libre al resto de los corresponsables. Téngase en cuenta que en una obligación solidaria, el deudor llamado a cumplir la prestación responde, no de una porción, sino del *total* de la deuda, lo que trasladado al Derecho penal sería discriminatorio, ya que es imposible elegir un criterio ecuánime y justificado capaz de legitimar que uno sólo responda por todos los demás. ¿Debería cumplir la pena de multa el más pobre, porque al fin y al cabo no va a mejorar de fortuna si quedara exento de pena? ¿tendría que cumplir la prisión el que carece de familia, para no perjudicar a terceros? ¿habría que imponer la privación del derecho a conducir a quien todavía no tiene carné? Elegir en estos casos para cumplir la pena al más pobre, al que carece de familia o al que aún no ha obtenido el permiso de conducir es en cualquier caso discriminatorio, y en consecuencia contrario al artículo 14 de la Constitución.

4. La imposibilidad de asegurar la responsabilidad penal

La verdad es que cuando se buscan las razones mediante las que doctrina y jurisprudencia justifican la imposibilidad de asegurar la responsabilidad penal derivada de un hecho delictivo, uno no encuentra más que afirmaciones de pasada, como si tal imposibilidad fuera algo obvio y no requiriera ninguna demostración. Sin embargo, a veces ocurre que la actitud de considerar algo tan evidente que ni siquiera se entiende necesaria una justificación, obedece en último extremo a que científicamente no se ha planteado el problema. Una puntualización: no estoy refiriéndome a la posibilidad de asegurar la responsabilidad civil derivada de un hecho constitutivo de delito, sino a la imposibilidad de asegurar la responsabilidad penal, esto es, a la imposibilidad de transmitir a un hipotético asegurador la pena por la comisión de un delito.

Uno de los preceptos que se suele mencionar como apoyo de la imposibilidad de asegurar la responsabilidad penal es el artículo 1275 del Código Civil (120). Éste determina lo siguiente:

«Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita cuando se opone a las leyes o a la moral».

Sin entrar en la posible circularidad de esta declaración, lo cierto es que también los hechos delictivos imprudentes, por ejemplo los que se realizan en el ámbito del tráfico rodado, se oponen a la Ley, esto es, al Código Penal, y por lo tanto un seguro sobre ellos tendría una causa ilícita. Sin embargo tales hechos, constitutivos de un delito cometido por imprudencia, son asegurables en lo que se refiere a la responsabilidad civil, tanto mediante el seguro obligatorio como mediante el seguro voluntario.

Otra posible razón que, según se dice, imposibilita asegurar la responsabilidad penal es que un hecho delictivo doloso hace desaparecer la aleatoriedad, característica consustancial al seguro, ya que en tal caso la producción del riesgo es dependiente de la voluntad del autor, además de que resultaría inmoral que el asegurado se beneficiara de sus propias actuaciones intencionales (121). Ahora bien, a mi entender, algunos supuesto de imprudencia consciente pueden dar lugar a

(120) Así R. URÍA / A. MENÉNDEZ / R. ALONSO SOTO, «El contrato de seguro y la actividad aseguradora», en R. URÍA / A. MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, t. II, Madrid, 2001, Civitas, p. 586.

(121) Cfr. R. URÍA / A. MENÉNDEZ / R. ALONSO SOTO, «El contrato de seguro y la actividad aseguradora», en R. URÍA / A. MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, t. II, cit., p. 586.

resultados no necesariamente aleatorios, en cuanto que el autor del hecho sabe que su conducta conlleva el riesgo (es cierto que no necesariamente elevado) de que se produzca el resultado. Por otro lado, durante el siglo XIX latió la idea de que el propio contrato de seguro era inmoral en cuanto que permitía que el asegurado transfiriese la reparación del daño al asegurador, cuando en realidad le competía asumirla al propio asegurado; de acuerdo con esta concepción, el seguro convertía la responsabilidad en ilusoria, en la medida en que el asegurado no tendría ya barreras para evitar causar el daño, dado que, en definitiva, «es el seguro el que paga» (122). Pero, por el mismo motivo, ¿no podría acusarse igualmente de inmoralidad al contrato que asegura la responsabilidad civil por un hecho delictivo imprudente del que se deriva un resultado dañoso?

El mismo problema plantea el artículo 19 de la Ley 50/1980 de Contrato de Seguro (BOE de 17-10-1980), conforme al cual «el asegurado quedará obligado al pago de la prestación, salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado». Doctrina (123) y jurisprudencia (124) parecen apoyarse en este precepto para negar la asegurabilidad de la responsabilidad penal. Pero esta misma doctrina y jurisprudencia ponen de relieve que mala fe equivale a dolo, con lo que esta norma no impediría asegurar las conductas delictivas imprudentes.

Es posible que estos razonamientos, bien de tipo legal, como el artículo 1275 del Código Civil o como el artículo 19 de la Ley de Contrato de Seguro, bien de tipo conceptual, como la ausencia de aleatoriedad de los hechos delictivos dolosos o la inmoralidad que supondría asegurar la responsabilidad penal, hayan sido la base para rechazar de forma generalizada la posibilidad de asegurar la responsabilidad penal. Y tal vez haya influido una tradición histórica en el mismo sentido. Pero lo cierto es que, a partir de la entrada en vigor de la Constitución, ya no existe la necesidad de recurrir a preceptos legales que sólo con mucha voluntad por parte del intérprete pueden llegar a justificar esta

(122) Sobre este planteamiento, cfr. L. F. REGLERO CAMPOS (Coordinador), *Tratado de responsabilidad civil*, 3.ª ed., Cizur Menor, 2006, Thomson-Civitas, p. 214.

(123) Vid. F. SÁNCHEZ CALERO, Comentario al art. 19, en F. SÁNCHEZ CALERO (Director), *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y sus modificaciones*, Pamplona, 1999, Aranzadi, p. 288, quien alude al respeto a la moral y al orden público; y J. A. BADILLO ARIAS, Comentario al artículo 19, en L. F. REGLERO CAMPOS (Coordinador), *Ley de contrato de seguro: jurisprudencia comentada*, Cizur Menor, 2007, Thomson-Aranzadi, p. 400.

(124) SSTS 27-11-1989 (Sala Segunda), FJ 8, que menciona también el art. 73 de la Ley de Contrato de Seguro; 1643/1992, de 8 de julio (Sala de lo Penal), que menciona también el art. 48 de la Ley de Contrato de Seguro.

prohibición de asegurar la responsabilidad penal. Con el principio constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio, que comprende, como una de sus consecuencias, esta prohibición, queda meridianamente claro que el seguro no puede extenderse a la responsabilidad penal, con independencia de que la misma se derive de un hecho doloso o de un hecho imprudente. Esta prohibición se impone, pues, tanto al legislador como a los órganos judiciales. Lo que queda a disposición del legislador es asegurar –o no– la responsabilidad civil derivada de hechos punibles, con lo que ni el artículo 1275 del Código Civil ni el artículo 19 de la Ley de Contrato de Seguro contradicen el principio que estoy estudiando.

¿Por qué es contraria al principio de responsabilidad personal por el hecho propio la posibilidad de asegurar la responsabilidad penal? Lo característico del contrato de seguro –en la modalidad de seguro a prima– es que el asegurado transmite un riesgo al asegurador, quien lo asume a cambio de que el asegurado pague una cantidad de dinero, denominada prima (125). Si se llega a producir el riesgo, por ejemplo, un incendio, el asegurador está obligado a reparar el objeto incendiado o a resarcirle al asegurado, en caso de que no sea posible la reparación. En definitiva, el asegurador asume la responsabilidad que corresponde a otro, lo que implica una transmisión o transferencia de responsabilidad. Es precisamente esa transmisión de responsabilidad (en el ejemplo, la responsabilidad originaria le corresponde al causante del incendio) a un tercero, lo que determina que el contrato de seguro sea contrario al principio de responsabilidad personal por el hecho propio. Ello implica que no sea constitucionalmente lícito asegurar la responsabilidad penal. Así, en el ejemplo anterior, el responsable de un delito de incendio –sea el asegurado u otra persona– no puede pretender que la pena correspondiente sea cumplida por el asegurador.

La misma razón es la que determina que la pena de caución, que estuvo presente en el Código Penal, hasta que entró en vigor el de 1995, sea inconstitucional. El antiguo Código de 1973 preveía en su artículo 44 esta pena en los siguientes términos:

«La pena de caución obligará al reo a presentar un fiador abonado que se haga responsable de que no se ejecutará el mal que se trata de precaver, obligándose a entregar, si se causare, la cantidad fijada en la sentencia.

El Tribunal determinará, según su prudente arbitrio, la duración de la fianza.

(125) Cfr. R. URÍA / A. MENÉNDEZ / R. ALONSO SOTO, «El contrato de seguro y la actividad aseguradora», en R. URÍA / A. MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, t. II, cit., p. 565.

Si no la diere el penado, incurrirá en la pena de destierro por el mismo tiempo que se hubiere fijado para la caución.»

Si por definición toda pena consiste en un mal, en una privación o restricción de facultades o derechos, no es posible considerar como mal la imposición al penado de buscar a un fiador. No, en efecto. El verdadero mal de la caución se impone no al penado, sino a un tercero, que es el fiador, y que es quien deberá abonar la cantidad fijada en la sentencia si el condenado ejecuta el mal que se trata de precaver. Esta irregularidad de responder por el hecho de otro es lo que explica que la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la práctica de los tribunales inferiores fuera muy reacia a imponer esta pena (126) y también explica que la doctrina mayoritaria, pese a que el Código la consideraba pena, rechazara que tuviera tal naturaleza de pena y se inclinaba por considerarla medida de seguridad (127). Pero en la actualidad el problema tampoco se resolvería así, en cuanto que el principio de responsabilidad por el propio hecho rige igualmente para las medidas de seguridad, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, sentada en su sentencia 131/1987, de 20 de julio. Por otro lado, esta pena de caución tampoco parece conciliable con la garantía jurisdiccional, conectada con el principio de legalidad penal y con el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que para que se pagara la fianza bastaba con que se ejecutara el mal que se trataba de precaver, y no se exigía, al menos expresamente en el artículo 44 del Código de 1973 que acabo de transcribir, que ese mal ejecutado fuera objeto de un enjuiciamiento independiente.

Cualquier pena o medida de seguridad que implique a un tercero fiador va a ser, por tanto, incompatible con el principio que es objeto de este trabajo. Otra cosa es que se trate de una medida cautelar, como por ejemplo la libertad bajo fianza. Puesto que una medida cautelar persigue garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia, y no es la consecuencia jurídica de la declaración de responsabilidad, creo que, examinada dicha fianza como medida cautelar desde la perspectiva de este principio, es plenamente tolerable.

(126) En este sentido J. L. MANZANARES SAMANIEGO, *Las penas patrimoniales en el Código Penal español tras la Ley Orgánica 8/1983*, cit., p. 323.

(127) En este sentido: A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, 2.ª ed., Madrid, 1966, Edit. Revista de Derecho Privado, p. 336; J.-R. CASABÓ RUIZ, en J. CÓRDOBA RODA / G. RODRÍGUEZ MOURULLO / A. DEL TORO MARZAL / J.-R. CASABÓ RUIZ, *Comentarios al Código Penal*, t. II, reimpresión de la 1.ª edición, 1976, cit., p. 185, quien la considera medida cautelar; J. L. MANZANARES SAMANIEGO, *Las penas patrimoniales en el Código Penal español tras la Ley Orgánica 8/1983*, cit., pp. 294-295.

El principio constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio. Manifestaciones cuantitativas*

ANTONIO CUERDA RIEZU

Catedrático de Derecho Penal. Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)

*A la memoria de Juan Bustos,
penalista honesto y socialista comprometido*

SUMARIO: I. Introducción.– II. Ámbito de aplicación: 1. La persona responsable: A) Persona física ¿y también persona jurídica? B) ¿Dignidad de la persona jurídica? C) El principio de la responsabilidad personal por el hecho propio y la codeincuencia. 2. El hecho propio constitutivo de delito o falta: A) Supuestos de *culpa in eligendo* o *culpa in vigilando* respecto a un hecho cometido por otro sujeto. B) Casos en que la realización de un hecho H-1 por un sujeto A es sucedida por la realización de un hecho H-2 por otro sujeto B, que supone la prolongación o el incremento del estado antijurídico originado por H-1. C) Supuestos consistentes en la omisión de controlar la conducta de otros sujetos. D) Participación elevada a la categoría de autoría. 3. La consecuencia jurídico-penal.– III. Manifestaciones cuantitativas: 1. La prohibición de los castigos colectivos por hechos individuales. 2. La contradicción de la responsabilidad subsidiaria y en cascada del artículo 30.2 y 3 del Código Penal con el principio de la responsabilidad personal por el hecho propio. 3. La necesidad de garantizar la atenuación de la responsabilidad del autor por la intervención concomitante de la víctima. 4. El artículo 31.2 del Código Penal.

* Este artículo ha sido escrito para el libro que será editado en Homenaje a Juan Bustos. Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación del Ministerio de Educación y Ciencia DER2008-05980/JURI, del que soy Investigador principal.

I. INTRODUCCIÓN

En el Libro Homenaje a Jorge de Figueiredo Dias me ocupé de las coordenadas básicas de este principio, así como de las manifestaciones cualitativas en contra del mismo. Debo aclarar que por tales manifestaciones cualitativas entiendo aquellas en las que, de manera predominante, se produce una *transferencia indebida* de la responsabilidad penal de un sujeto a otro. Sin embargo las manifestaciones cuantitativas en contra del principio, a las que quiero dedicarme ahora, se caracterizan por la circunstancia de que suponen, de forma preponderante, una *acumulación indebida* de responsabilidad penal en dos o más sujetos, cuando sólo uno de ellos debe ser considerado jurídico-penalmente responsable del hecho. Pero ya en aquel trabajo advertí que la distinción entre la dimensión cualitativa y la cuantitativa del principio obedecía más a razones didácticas y expositivas que a motivos de fondo.

Las manifestaciones cuantitativas del principio parten de la necesaria relación que ha de existir entre la persona responsable y el hecho, de tal forma que éste pueda ser considerado como «propio». A estos efectos, dicha relación puede ser configurada de acuerdo con dos modelos distintos: un primer modelo, que cabría denominar «estricto», y un segundo modelo que puede ser calificado de «flexible».

El primer modelo, el más «estricto», considera que un hecho es ajeno cuando el hecho ya es propio de alguna persona. De acuerdo con este planteamiento, la reflexión inicial sería la siguiente: una vez que se ha determinado que una persona (o varias personas) es (o son) responsable(s) de un hecho, no es posible que otro u otros respondan por el mismo hecho. Es decir, que la relación entre la persona responsable y el hecho implica tal adherencia o propiedad, tal estrecha correspondencia, que impide que terceros puedan ser declarados responsables de ese mismo hecho. Es, pues, una relación excluyente, en el sentido de que no se puede afirmar que un hecho es propio de una persona, cuando también puede serlo de otra u otras. Utilizando el símbolo –extraído del Derecho privado– de la propiedad, cabría afirmar a partir de este modelo que no cabría que existieran dos o más propietarios plenamente independientes sobre el total de la misma cosa, es decir y aplicándolo a los términos del debate que aquí interesa, que no es posible que un mismo hecho sea atribuido en su integridad a un responsable y además a otro responsable independiente del anterior.

Por el contrario, el modelo flexible de relación entre una persona y un hecho presupone una correspondencia menos intensa. De acuerdo con este modelo, si un hecho H-1 es atribuible como hecho antijurídico y culpable a una persona A, y no es atribuible a una persona B, esta persona B

no puede ser declarada penalmente responsable de H-1, y si lo fuera de forma indebida, al sujeto B se le estaría ocasionando una vulneración del principio; dicho en otros términos: a B se le estaría obligando a responder por un hecho ajeno. Pero si el hecho H-2 es atribuible tanto a la persona A como a la persona B, la atribución de responsabilidad plena a ambos sujetos, A y B, no contradice el principio de responsabilidad personal en su manifestación cuantitativa, ya que el hecho es propio respecto al sujeto A, pero también lo es en referencia a la persona B.

Por mi parte, opino lo siguiente: La relación entre una persona y un hecho depende en una medida decisiva de los tipos en juego. Nada impide que el legislador disponga, en relación con un mismo bien jurídico, un delito de resultado y un delito de peligro para proteger en mayor medida el bien jurídico en cuestión. Pero en tal caso, la realidad fáctica determinada por cada uno de esos tipos no es la misma, es decir, los hechos no son idénticos. De modo que un sujeto A puede responder por el hecho H-1 delimitado por el delito de peligro y otro sujeto B puede responder por el hecho H-2 delimitado por el delito de resultado, sin que en tal hipótesis se esté haciendo responder a cada uno de ellos por un hecho ajeno. En realidad, en tal hipótesis al responder cada uno por *su* hecho –distinto al hecho del que es responsable el otro sujeto– no se está respondiendo por el hecho de otro.

De otro lado, el principio de responsabilidad personal por el hecho propio no obliga forzosamente a que el legislador prevea un concepto restrictivo de autor; por el contrario: no creo que un concepto unitario de autor fuera incompatible con este principio. El concepto unitario de autor significaría, en el contexto de problemas del que me estoy ocupando, que no se diferenciaría entre autores y partícipes, lo que implicaría que respecto de un mismo hecho serían posibles tantos autores como intervinientes hubiera en el mismo. Pero si el hecho fuera imputable a todos esos sujetos en cuanto autores, ninguno de ellos estaría respondiendo por un hecho ajeno.

En definitiva, lo que a mi entender impone el principio de responsabilidad por el hecho propio es un modelo flexible de relación entre el sujeto responsable y el hecho, de modo que el hecho debe ser atribuible –en cuanto conducta antijurídica y culpable– al responsable del mismo. Ahora bien si la ley penal adopta un concepto restrictivo de autor –lo que representa una opción político-criminal no exigida forzosamente por el principio del que me ocupo (1)– concepto que obliga

(1) En mi opinión, la preferencia por un concepto más restrictivo de autor, en detrimento de un concepto unitario o incluso extensivo de autor, no viene necesariamente impuesta por el principio que estoy estudiando; se trata más bien de una opción político-criminal, que puede ser valorada positivamente desde el punto de vista de otros principios, como el de legalidad, el de proporcionalidad o el de seguridad jurídica.

a distinguir entre autores y partícipes, resulta contrario al principio de responsabilidad personal por hechos propios admitir que un mismo e idéntico hecho delimitado por un único tipo pueda ser imputado a título de autor directo a dos sujetos distintos, dejando a salvo, claro está, la hipótesis de la coautoría y de la coautoría accesoria, en cuanto suponen que un mismo hecho es imputable de forma compartida a dos o más individuos (con o sin acuerdo mutuo). Una legislación penal con estas características no puede admitir, empleando de nuevo el símil de la propiedad, que un mismo hecho sea propiedad plena e independiente de dos más personas.

Las manifestaciones que yo denomino cuantitativas no han sido objeto de atención por parte de la doctrina del Tribunal Constitucional, pero sí se desprenden del concepto del principio que ha sido diseñado por el referido Tribunal. Por ello, creo que también deben ser analizadas. Antes de pasar a detallarlas, me ocuparé del ámbito de aplicación del principio.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN

En mi trabajo sobre este principio y sobre las manifestaciones cualitativas del mismo en el *Homenaje a Figueiredo* puse de relieve que el principio se asemeja a un triángulo en el que los tres lados guardan una estricta correspondencia entre sí, de tal manera que empleando términos matemáticos podría decirse que manifiestan una función biyectiva. Estos tres elementos son: a) la persona responsable; b) el delito; y c) la pena o medida de seguridad. Creo que el ámbito de aplicación del principio, ante todo en su vertiente cuantitativa, puede precisarse con unos contornos más definidos si se consiguiera determinar con la mayor exactitud posible cada uno de esos tres elementos. Empezaré con la persona o personas que se pueden beneficiar de las garantías derivadas de este principio.

1. La persona responsable

He denominado a este principio de «responsabilidad *personal*», lo que implica que sólo se puede hacer responsable a una persona de sus propios hechos, es decir no a una cosa ni a un animal.

La persona que interesa a estos efectos es la persona a la que se imputa la infracción, esto es, la persona que ha cometido el delito o falta, la persona que infringe la norma. El intento de Alejandro Nieto

de distinguir entre el infractor y el responsable (2) puede ser considerado como un método sutil de no exigir en Derecho administrativo la culpabilidad a las personas jurídicas y, sin embargo, imponerles la sanción como consecuencia de la infracción cometida por la persona física que actúa en el seno de aquéllas, pero ello supone en definitiva una decidida andanada en la línea de flotación del principio de responsabilidad por el propio hecho. Si en Derecho penal, al no infractor le imponemos la pena que corresponde al verdadero infractor, le estamos haciendo responsable de un hecho ajeno, y como consecuencia de ello el barco del principio del que me ocupo se va a pique, por mucho que al no infractor le pongamos el rótulo de «responsable» (cuando en realidad no lo es, y sólo se trata de una entidad susceptible de cumplir una pena) (3).

Una vez sentado que sólo la persona infractora puede ser declarada persona responsable, hay que advertir que en este terreno se plantean varios problemas. Por un lado, es preciso tratar la cuestión de si el principio del que me ocupo abarca a la persona jurídica. Por otro lado, y si se responde afirmativamente a tal cuestión, habrá que plantear si la persona jurídica es susceptible de ser titular de «dignidad». Por último, se suscita la relación entre este principio y los criterios que inspiran la regulación legal de la autoría y la participación.

A) PERSONA FÍSICA ¿Y TAMBIÉN PERSONA JURÍDICA?

Para saber si el principio de responsabilidad por el hecho propio alcanza a las personas jurídicas, es preciso determinar –aunque no sea un objetivo básico de este trabajo– si las personas jurídicas son susceptibles de ser declaradas responsables de un delito.

La evolución del Derecho penal pone de manifiesto que –dejando a un lado los procesos seguidos contra animales u objetos inanimados y las penas impuestas a unos y otros–, la responsabilidad se anuda inicialmente y a lo largo de la Edad Media y la Edad Moderna tanto al ser humano individual como a las familias o agrupaciones de personas; y que progresivamente, a partir del triunfo de las ideas de la Ilustración, se produce una depuración en el ámbito de los sujetos susceptibles de ser declarados penalmente responsables, expulsando del ámbito de aplicación del Derecho penal a las personas jurídicas.

(2) Cfr. Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 4.ª ed., Madrid, 2005, Edit. Tecnos, pp. 429, 449-451 y especialmente 455-468.

(3) En la ciencia del Derecho administrativo se manifiesta también críticamente contra la tesis de NIETO, A. DE PALMA DEL TESO, *El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid, 1996, Tecnos, pp. 88-92.

En la actualidad parece que el círculo vuelve a cerrarse, en el sentido de retornar al punto de partida, en cuanto que las normas penales actualmente vigentes en España prevén la imposición de sanciones penales a las personas jurídicas. El hecho de que las sanciones imponibles a las personas jurídicas no siempre reciban la denominación de «penas» –como ocurre en el artículo 129 del Código Penal, donde tales sanciones son designadas con el rótulo de «consecuencias accesorias»–, no es un obstáculo para afirmar su naturaleza penal.

Generalmente la forma en que se aborda si es posible establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas responde a una metodología analógica y horizontal, que se plantea la pregunta siguiente: ¿es posible que el esquema de responsabilidad penal ideado para las personas físicas sea aplicable también a las personas jurídicas? Tal forma de proceder representa un planteamiento horizontal y analógico, porque el método consiste en averiguar si lo que rige para unos debe valer también, más o menos en igualdad de condiciones, para otros.

Desde el punto de vista constitucional, creo que la metodología ha de ser distinta: vertical y no necesariamente analógica. Desde esta perspectiva la pregunta decisiva es esta: ¿sería contrario a la Constitución que la ley estableciera la responsabilidad penal de las personas jurídicas? Si la respuesta a este interrogante fuera negativa, entonces cabría un método no descendente, sino ascendente, es decir, de abajo hacia arriba; o con otras palabras: partir de la consecuencia jurídica impuesta a la persona jurídica para elaborar una teoría de la responsabilidad que origina tal consecuencia jurídica. Con esta metodología, una vez que se prevé una sanción para las personas jurídicas, cabe preguntarse cuáles son los requisitos para determinar que una sociedad ha infringido una norma penal: si son los mismos que los de la teoría jurídica del delito desarrollada y construida laboriosamente por la doctrina y jurisprudencia para la persona física o bien hay que desarrollar unos requisitos distintos, diseñando un modelo de teoría jurídica del delito –parcial o totalmente distinto– para la persona jurídica. ¡La teoría jurídica del delito no es un dogma de fe, sino que se corresponde con un concreto sistema normativo, de modo que si se modifica éste, también tendrá que alterarse aquélla (4)!

(4) En sentido similar, opina S. MIR PUIG, «Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en E. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO / M. GURDIEL SIERRA / E. CORTÉS BECHIARELLI, *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, Tirant lo Blanch, p. 750: «Sin embargo, la teoría jurídica del delito que ha elaborado nuestra dogmática no es la única posible desde un punto de vista lógico. No hay un concepto ontológico del delito. Del mismo modo que hemos desa-

Por mi parte, creo que no hay nada en la Constitución que prohíba la responsabilidad penal de las personas jurídicas. A veces se alega que la existencia de dolo e imprudencia no sería trasladable a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Es cierto que en su Sentencia 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2, el Tribunal Constitucional ha extendido, con las necesarias matizaciones, la exigencia de dolo o imprudencia también para las sanciones administrativas que se impongan a las personas jurídicas, pero desde luego ello no impide que la ley penal prevea la condena penal de una persona jurídica. Por otro lado, aunque muchos autores, y también la mayoría de las resoluciones del Tribunal Constitucional, engloban dentro del principio de culpabilidad tanto la exigencia de dolo e imprudencia (que algunos denominamos principio de responsabilidad subjetiva) como el principio de responsabilidad personal por el hecho propio, en mi opinión son dos principios distintos, habiendo adquirido cada uno de ellos autonomía respecto del otro. Lo que ocurre es que si se permite que un tercero responda por el hecho ajeno y no imputable a él, carece de sentido examinar el posible dolo e imprudencia de ese tercero respecto a tal hecho no cometido por él, como también carece de sentido determinar si ha realizado un hecho antijurídico o si es culpable, pues en ningún caso se cumplirán tales requisitos. Es decir, que si se vulnera el principio de la responsabilidad personal por el propio hecho, también resultará vulnerada la exigencia de que el sujeto haya actuado con dolo o imprudencia.

Creo que las voces más críticas contra la responsabilidad de las personas jurídicas se pronuncian en ese sentido de repulsa porque, aunque no lo expresen de manera manifiesta, se están planteando la responsabilidad penal y plena de esa persona jurídica, a título de autor y sancionada con una pena. Pero junto a esta hipótesis que es la que más rechazo parece suscitar, existen otros modelos de responsabilidad y de sanción que tal vez puedan ser asumidos sin tantos recelos, y sin incurrir en una vulneración del principio de responsabilidad personal por el hecho propio. Dejando de lado las posibilidades que ofrece el Derecho administrativo sancionador y centrándome en el Derecho penal, tales hipótesis son las siguientes:

- a) Que la ley prevea tipos legales específicos para la persona jurídica consistentes en *culpa in eligendo* o *culpa in vigilando*, de manera que el hecho que se imputara en concepto de autor a la persona jurídica manifestara un injusto

rollado un concepto del delito como obra del hombre, podemos construir otro concepto del delito en el que también tengan cabida actuaciones de colectivos y la imputación a una persona jurídica de la actuación de la actuación de determinadas personas físicas. Ello es lógicamente posible [...]».

distinto al hecho que se imputara a la persona física. En este contexto el término latino *culpa* no es sinónimo de imprudencia, sino equivalente a responsabilidad, responsabilidad bien por un defecto en la elección de una persona bien por la ausencia de vigilancia o control. En ambos casos –*culpa in eligendo* y *culpa in vigilando*–, la penalidad para la persona jurídica podría ser inferior a la de la persona física, para que se tenga en cuenta que no todas las personas físicas que se integran en la persona jurídica han contribuido a la realización del hecho punible (5). En cualquier caso, esta solución garantiza el respeto al principio de responsabilidad por el hecho propio.

b) Estimar que la persona jurídica no es autora, sino *partícipe* del mismo hecho realizado por la persona física, en cuanto que induce a la persona física o coopera (de manera necesaria o no necesaria) con ésta para la comisión del hecho punible (6). De esta manera se garantiza que respondiendo ambos –persona física y persona jurídica– no resulta vulnerado el principio de la responsabilidad personal por el hecho propio, ya que –como veremos más adelante con más detenimiento– ambos comparten el mismo hecho; o incluso podría decirse que el hecho de la participación (por ejemplo, inducir a un delito fiscal) no es el mismo que el hecho de la autoría (cometer el delito fiscal). *De lege ferenda* yo propondría que en los casos en que fuera muy escasa la implicación de la persona jurídica, la pena impuesta a ésta fuera siempre menor que la que se imponga a la persona física autora del hecho, para salvaguardar así los principios de igualdad (que exige castigar de manera desigual lo que es desigual) y proporcionalidad.

c) Considerar no culpable (entendiendo la culpabilidad aquí en sentido estricto, esto es, como requisito de la responsabilidad penal, equivalente a imputación personal) a la persona jurídica que participa en el hecho cometido como

(5) Críticamente sobre esta consecuencia: S. MIR PUIG, en E. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO / M. GURDIEL SIERRA / E. CORTÉS BECHIARELLI, *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, cit., p. 753 s.; y en referencia al Anteproyecto de 2008, E. GIMBERNAT ORDEIG, *Estado de Derecho y ley penal*, Madrid, 2009, La Ley, p. 216. Por el contrario, rechazan esta crítica: J. M. ZUGALDÍA ESPINAR, «La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español (Requisitos sustantivos y procesales para la imposición de las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal)», en G. QUINTERO OLIVARES / F. MORALES PRATS (Coordinadores), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Elcano, 2001, Aranzadi, p. 889, quien destaca que el mismo problema se produce cuando se impone una sanción administrativa o una medida de seguridad; A. NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, 2008, Iustel, p. 107 ss., y aún más contundente en p. 282 s, quien apunta (p. 109) la posibilidad del Derecho norteamericano de que los socios puedan entablar acciones de responsabilidad civil contra los administradores como consecuencia de las sanciones que se han impuesto a la empresa. Pero en mi opinión, si se trasladara esa posibilidad al Derecho español, se estaría tratando a la pena (y por lo tanto, con naturaleza jurídico-pública) impuesta a la persona jurídica como si fuera una consecuencia jurídica del Derecho privado.

(6) *De lege ferenda*, A. NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., pp. 154-1555, rechaza la posibilidad de distinguir en la responsabilidad de empresa entre autoría y participación. Ahora bien, *de lege lata* y puesto que la ley distingue, no hay más remedio que distinguir.

autor por una persona física, pero sí peligrosa en atención a la posibilidad de facilitar o no impedir hechos semejantes en el futuro, de modo que habría que imponer a la persona jurídica no una pena sino una *medida de seguridad* (7). Esta no es exactamente la solución acogida por el artículo 129 del vigente Código

(7) Admite la posibilidad de imponer medidas de seguridad a las personas jurídicas, C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid-Barcelona, 2005, p. 74: «resulta mucho más adecuado –y por ello se aboga aquí– la creación de un Derecho penal de doble vía; es decir, donde existan penas fundamentadas en la culpabilidad y medidas de seguridad basadas en la peligrosidad». La normativa comunitaria normalmente obliga a los Estados miembros a imponer «sanciones» a las personas jurídicas, bien sin especificar la naturaleza concreta de las mismas, bien indicando que pueden ser penales o administrativas, es decir, sin que se exija forzosamente el carácter penal de tales sanciones, y sólo en casos especialmente graves se refiere a la necesidad de prever penas. Así ocurre: en el artículo 9.1 de la Decisión Marco del Consejo sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro, DOCE n.º L 149, de 14-6-2000, con modificaciones posteriores («sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluirán multas de carácter penal o administrativo y podrán incluir otras sanciones»); en el artículo 9 del Reglamento sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo, de 27-12-2001, DOCE n.º L 344/70, de 28-12-2001 («las sanciones deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias»); en el artículo 5 de la Decisión Marco relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, de 19-7-2002 («sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluirán multas de carácter penal o administrativo que podrán incluir otras sanciones»); en el artículo 3.1 de la Decisión Marco del Consejo destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, de 28-11-2002, DOCE n.º L 328, de 5-12-2002 («sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluirán multas de carácter penal o administrativo, y podrán incluir otras sanciones»); en el artículo 6.1 de la Decisión Marco relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, de 22-7-2003, DOCE n.º L 192 de 31-7-2003 («sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluirán multas de carácter penal o administrativo, y que podrán incluir otras sanciones»); en el artículo 7.1 de la Decisión Marco relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, de 22-12-2003, DOCE n.º 13, de 20-1-2004 («sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluirán multas de carácter penal o administrativo, y podrán incluir otras sanciones»); en el artículo 7.1 de la Decisión Marco relativa al establecimiento de delitos y penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas, de 25-10-2004, DOCE n.º L 335, de 11-11-2004 («sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, incluidas multas de carácter penal o administrativo y, en su caso, otras sanciones»); etc. Excepcionalmente, el artículo 8 de la Decisión Marco sobre la lucha contra el terrorismo, de 13-6-2002, DOCE n.º L 164/3, de 22-6-2002, con no demasiada claridad, indica que se deberán establecer para las personas jurídicas «penas efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluirán multas de carácter penal o administrativo y, en su caso, otras sanciones». Ocurre algo semejante en el marco del Derecho internacional: así en la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, instrumento de ratificación de 9-6-2006, BOE n.º 171, de 19-7-2006, artículo 26.2 («la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa») y artículo 26.4 («sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias»).

Penal, ya que este precepto prevé consecuencias accesorias; pues bien, precisamente tal accesoriedad está presuponiendo otra responsabilidad principal y autónoma; es decir, para el artículo 129 mencionado, ambos responsables, tanto el principal (persona física) como el responsable accesorio (persona jurídica), son autores independientes del mismo hecho. Por ello, a mi juicio el artículo en cuestión es –en un sistema como el actualmente vigente, en el que rige un concepto restrictivo de autor– muy discutible desde la perspectiva del principio de responsabilidad personal por el hecho propio.

Miguel Bajo Fernández opina que el principio de responsabilidad por el hecho propio –o principio de personalidad de las penas– no rige cuando se trata de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas (8). Ahora bien, hay que tener en cuenta que la responsabilidad por el hecho ajeno puede afectar en el ámbito penal de forma acumulativa a otro sujeto. Tales supuestos cumulativos deberían adoptar alguna de las siguientes modalidades:

- 1.^a persona *física* y persona *física*, consideradas indebidamente responsables del mismo hecho;
- 2.^a persona *física* y persona *jurídica*, consideradas indebidamente responsables del mismo hecho;
- 3.^a persona *jurídica* y persona *jurídica*, consideradas indebidamente responsables del mismo hecho.

Pues bien, parece indudable que el principio regiría en toda su extensión en la primera modalidad, y creo que el propio Bajo Fernández asumiría sin vacilaciones esta afirmación. Pero si se admite la vigencia del principio en esa primera modalidad, no tiene sentido negar la efectividad del mismo en la segunda modalidad (responsabilidad acumulativa indebida de persona física y de persona jurídica), ya que entonces sería legítimo desconocer el principio en algunos casos respecto a las personas físicas (sólo cuando la responsabilidad acumulativa se impone además a una persona jurídica, pero no cuando se impone además a una persona física), lo que constitucionalmente no parece asumible, ya que supondría una discriminación no suficientemente motivada y por tanto contraria al artículo 14 de la Constitución. Por último: si la prohibición de responder por hechos ajenos ha de regir en la segunda modalidad, tampoco se entiende que no deba regir en la tercera (responsabilidad acumulativa de dos personas jurídicas), ya que ¿cuál es la razón de que una persona jurídica X deba asumir la

(8) Cfr. M. BAJO FERNÁNDEZ, «La responsabilidad penal colectiva», en F. J. VIEIRA MORANTE, *Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, VII, Madrid, 2006, Consejo General del Poder Judicial – Escuela Judicial, pp. 60-61.

inexistente imputación de un hecho punible, que en realidad es imputable a la persona jurídica Z? Pienso que el *suum cuique tribuere* nos determina también aquí a asumir que el principio que obliga a responder sólo por los hechos propios despliega también sus efectos en la tercera modalidad de acumulación, al menos en el ámbito penal.

No obstante, la última palabra sobre la posibilidad de extender a las personas jurídicas el principio de responsabilidad personal por hechos propios la tiene, como es obvio, el Tribunal Constitucional. Es cierto que las garantías constitucionales aplicables a las infracciones penales son más extensas y más estrictas que las aplicables a las infracciones administrativas, y por tanto lo que rige para estas últimas no tiene por qué regir para aquéllas. Pese a ello, debo recordar aquí que el Alto Tribunal ha efectuado declaraciones contradictorias respecto a si las personas jurídicas se incluyen (9) o no se incluyen (10) en el ámbito de aplicación del principio que estoy estudiando, cuando se trata de infracciones administrativas, como ya examiné en mi trabajo sobre las manifestaciones cualitativas del mismo (apartado III.3). En consecuencia, tampoco es descartable que el Tribunal excluya a las personas jurídicas tanto del ámbito penal como del ámbito administrativo-sancionador del principio.

B) ¿DIGNIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA?

En mi artículo incluido en el *Libro Homenaje a Figueiredo* fundamento el principio del que me ocupo en la dignidad humana, prevista en el artículo 10.1 de la Constitución. Ahora bien, alguien podría alegar que como una persona jurídica no puede ser titular de la dignidad humana, tampoco puede disfrutar del principio de la responsabilidad personal por hechos propios (11). No obstante, creo que la idea de dignidad, obviamente sin el calificativo de «humana», puede predicarse igualmente de una persona jurídica. El Tribunal Constitucional,

(9) Así SSTC 219/1988, de 22 de noviembre; 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2; 146/1994, de 12 de mayo, FJ 4.

(10) En este sentido SSTC 76/1990, de 26 de abril, FJ 4 B); 331/2006, de 20 de noviembre, FJ 4, aunque no como *ratio decidendi* sino sólo como argumento a mayor abundamiento.

(11) En este sentido, cfr. A. NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., pp. 117-118, quien relativiza la extensión de la dignidad a las personas jurídicas, con el argumento de que éstas no son un fin en sí mismas sino un instrumento. Sin embargo, no me parece suficientemente explicado por qué para este autor las personas jurídicas gozan de ciertos derechos fundamentales, como el de legalidad, la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, el *ne bis in idem* o el derecho a un proceso justo (op. cit., pp. 107 y 117-118), y en cambio no el principio constitucional de la dignidad.

en el caso *Violeta Friedman*, STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 3, ha aceptado que los grupos étnicos, sociales o religiosos, así como los componentes de los mismos, son titulares del derecho al honor y a la dignidad; por ello, *a fortiori* ha de admitirse que las personas jurídicas son merecedoras de dignidad. En consecuencia, y puesto que las personas jurídicas gozan asimismo de dignidad, deben disfrutar correlativamente de las garantías incluidas en el principio de la responsabilidad personal por hechos propios. A mi entender no resulta razonable que una empresa deba soportar que le sea atribuido un hecho punible ajeno, que en realidad es imputable a otra persona jurídica.

Nuestra Constitución no incluye un precepto como el párrafo primero del artículo 27 de la Constitución de la República Italiana, conforme al cual «La responsabilidad penal será personal». Esta declaración ha determinado que en Italia la responsabilidad de las personas jurídicas se haya establecido en una normativa especial, el Decreto Legislativo n.º 231, de 2001, que contempla un modelo de sanciones exclusivamente administrativas. Ahora bien, si como mera hipótesis trasladáramos ese planteamiento a nuestro país, no creo que una eventual exigencia de responsabilidad «personal» acarrearía la consecuencia de impedir la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues si éstas constituyen un centro de imputación, al que es susceptible de atribuirle hechos con relevancia jurídica, pueden merecer a estos efectos el título de «personas».

C) EL PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD PERSONAL POR EL HECHO PROPIO Y LA CODELINCUENCIA

El castigo de diversos intervinientes en un mismo hecho no se opone al principio en cuestión. Siempre que un hecho pueda ser atribuido como hecho antijurídico y culpable (o utilizando otra terminología: siempre que haya imputación objetiva, subjetiva y personal), no hay óbice desde la perspectiva del principio de responsabilidad personal para responsabilizar a un autor o a varios coautores. El principio de responsabilidad personal por el hecho propio no exige que el responsable de un hecho sea único, sino que los responsables del mismo, sean éstos cuantos sean, tengan una relación de pertenencia respecto al hecho, en el sentido de que se les puede atribuir el hecho como propio. Por tanto, la ecuación «un solo hecho con varios responsables» es plenamente legítima.

La situación es algo distinta cuando entre los codeficientes cabe distinguir entre un autor y otros partícipes. En estos casos, ni siquiera se cumple el presupuesto de la vulneración del principio de que se

trate de un solo hecho cuya responsabilidad se pretende atribuir indebidamente a diferentes personas. En realidad, el hecho del autor y el hecho del partícipe no es el mismo: si A oprime el gatillo del revólver que le ha facilitado B para matar a la víctima, y ésta muere, la conducta del autor A no es la misma que la del cooperador necesario B, por mucho que el hecho realizado por este cooperador, consistente en entregar el arma de fuego, aunque periférico a la conducta principal de disparar, vaya dirigido igualmente al resultado de muerte de la víctima.

Si el legislador asume un concepto restrictivo de autor, serán más frecuentes las hipótesis de un hecho imputable a un autor y, simultáneamente, a varios partícipes; el centro de imputación sigue siendo el hecho cometido por el autor, y los partícipes se comportan a modo de satélites de ese hecho principal. Pero si la ley penal se decidiera a favor de un concepto unitario o extensivo de autor (lo que según algunos ocurre en los delitos imprudentes), se repetirán las hipótesis de un solo hecho imputable a diferentes autores. En abstracto, ninguna de estas opciones vulnera el principio de responsabilidad personal por hechos propios, pero en concreto se pueden producir vulneraciones tanto con uno como con el otro sistema.

Sea cual fuere la opción por la que se decante la ley penal –bien concepto restrictivo, bien concepto unitario o extensivo–, la responsabilidad penal opera de forma bien diferente a la responsabilidad civil en relación con los distintos intervinientes en el hecho. En efecto, mientras que el Derecho civil establece modalidades de responsabilidad solidaria o mancomunada entre los responsables de un hecho, el Derecho penal no está legitimado para prever ni la solidaridad ni la responsabilidad repartida en cuotas de los codelincuentes, ya que se trata de una sanción como la pena, es decir, básicamente de la relación entre cada delincuente individual y el Estado. Por la comisión de un delito o falta, la norma penal no está legitimada para imponer una sola pena aunque repartida mediante cuotas entre los diferentes responsables (hipótesis de responsabilidad mancomunada); en efecto, una sola pena de prisión, establecida en la correspondiente consecuencia jurídica, no puede ser dividida entre tres sujetos, de modo que cada uno de ellos sólo cumpla un tercio de la estancia en un centro penitenciario. Ni tampoco está legitimada la norma jurídico-penal para imponer una pena de modo que el Estado pueda exigir a uno o a varios de los responsables que la cumpla sólo él por todos los demás o que la cumplan sólo algunos por todos los demás (hipótesis de la responsabilidad solidaria). Es más, incluso el Derecho penal español llega a imponer la misma pena a un autor y a dos modalidades de partícipes, ya que los

inductores y los cooperadores necesarios son partícipes castigados de forma equivalente al autor.

En la dogmática jurídico-penal la figura de la autoría accesoria es admisible en la medida en que presupone que el hecho no es imputable individualmente a cada uno de los autores, pero sí lo es conjuntamente a ambos. Lo que impone el principio de responsabilidad personal por el propio hecho es que el autor accesorio tenga una responsabilidad inferior a la del autor individual, ya que a aquél no le pertenece enteramente el hecho, sino que su situación es similar a la de un copropietario en el ámbito civil.

En un ordenamiento en el que rigen conjuntamente el principio de responsabilidad personal por el propio hecho y un concepto restrictivo de autor, no plantea problemas la figura de la autoría accesoria, pero sí los puede plantear la construcción dogmática del autor detrás del autor (*der Täter hinter den Täter*), que Roxin y otros representantes de la ciencia penal asumen como figura de autoría mediata, ya que tal construcción supone que hay dos autores, uno directo y otro mediato, respecto a un mismo hecho, como dos propietarios plenos e independientes de una misma cosa (12). Distinta es la situación que contempla nuestro Código Penal en varios preceptos, cuando regula expresamente casos en los que se castiga al que realiza el hecho y al que ordena realizar el hecho, como ocurre en los artículos 610 (13); 611, 1.º (14); y 614 (15), en los que se reitera la fórmula de «*realizar u ordenar realizar*». En verdad se trata de dos hechos distintos, elevados a la condición de hechos cometidos a título de autor, de modo que la norma no impide que un sujeto A responda por «ordenar realizar» y

(12) En relación con la modalidad de la autoría mediata consistente en el «dominio de la voluntad en virtud de estructuras de poder organizadas», C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, Madrid-Barcelona, 1998, Edit. Marcial Pons, trad. de la 6.ª ed. alemana por J. CUELLO CONTRERAS Y J. L. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, p. 271, admite la responsabilidad tanto del ejecutor directo como del sujeto de detrás, en cuanto que aquél se presenta como una figura «anónima y sustituible».

(13) Artículo 610: «El que, con ocasión de un conflicto armado, *emplee u ordene emplear* métodos o medios de combate prohibidos o destinados a causar sufrimientos innecesarios o males superfluos [...]» (cursivas añadidas).

(14) Artículo 611: «Será castigado con la pena de prisión de diez a quince años, sin perjuicio de la pena que le corresponda por los resultados producidos, el que, con ocasión de un conflicto armado: 1.º *Realice u ordene realizar* ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias o actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla» (cursivas añadidas).

(15) Artículo 614: «El que, con ocasión de un conflicto armado, *realizare u ordenare realizar* cualesquiera otras infracciones o actos contrarios a las prescripciones de los Tratados internacionales en los que España fuere parte [...]» (cursivas añadidas).

otro sujeto B responda por «realizar», sin que tal acumulación de responsabilidades represente una vulneración del principio de responsabilidad personal por hechos propios: A responde por *su* hecho y B responde por el *suyo*, que es distinto al de A.

Otra categoría de sujetos, prevista en el Código Penal, es la de «persona interpuesta», contemplada en varios preceptos; todos ellos tienen en común que no califican tal categoría ni como figura de autoría ni como figura de participación, y tampoco la someten a ninguna consecuencia jurídica de naturaleza penal; así ocurre en los artículos 285.1; 305.1 a); 307.1 a); 419; 420; 439; 441; y 445.1. Pues bien, en la medida en que la «persona interpuesta» es un sujeto que no es susceptible de ser penalmente responsable, también resulta claro que no se le puede atribuir el hecho típico como propio.

Puede ocurrir –y ocurre con frecuencia en la práctica– que se juzgue a varios de los intervinientes en un hecho, pero no a todos, de modo que alguno de los autores o de los partícipes, que no han sido localizados, queden sin juzgar. Aquí podrá producir –o no– efectos el principio de cosa juzgada cuando estos autores o partícipes no enjuiciados anteriormente, sean hallados y puedan ser juzgados, en su relación con el mismo hecho. No se puede aguardar que todos los autores y partícipes de un hecho estén a disposición de un tribunal para juzgarlos a todos, ya que muchas veces eso será imposible, por ejemplo, cuando alguno ha muerto o resulta ilocalizable. Esa espera podría dar lugar a dilaciones indebidas en el proceso, lo que se encuentra prohibido por el artículo 24.2 de la Constitución. No se trata, por tanto, de una excepción al principio que estoy estudiando, sino que se trata de la dificultad de probar a cuántas personas pertenece el hecho como propio, bien en concepto de autor, bien en concepto de partícipe. Pero con frecuencia es una dificultad temporal, que puede ser superada con el tiempo, no un óbice insuperable.

2. El hecho propio constitutivo de delito o falta

El mandato de determinación o certeza, que forma parte del contenido del principio de legalidad penal, exige que el «hecho» esté descrito por la norma de tal forma que permita su concreción, esto es, que permita conocer qué es lo que está prohibido.

Pero desde la perspectiva del principio del que me estoy ocupando, el hecho será «propio» cuando el sujeto sea penalmente responsable del mismo y será, por el contrario «ajeno» cuando el hecho punible no sea atribuible al sujeto. El principio de responsabilidad personal por el hecho propio no es en sentido estricto un criterio de imputación obje-

tiva, sino que representa el más elemental criterio de distribución de responsabilidades, en el sentido en que obliga a asignar un hecho al sujeto *que es* responsable del mismo. En cuanto que se trata de un principio con rango constitucional, representa un límite externo y que se extiende a todo el sistema de responsabilidad penal –donde, como es obvio, queda incluido también el requisito de la imputación objetiva–, y cuya vulneración puede obedecer a diferentes causas.

Ahora bien, como ya expresé en la Introducción de este trabajo, la relación de pertenencia de la persona responsable respecto del hecho punible debe ser configurada no de manera estricta sino flexible, de modo que, a mi entender, hecho «propio» no significa hecho que pertenece en sentido exclusivo a un solo sujeto ni tampoco tiene un significado excluyente de otros posibles responsables. La exclusión de otros sujetos como hipotéticos responsables de ese hecho se tendrá que producir cuando entre esos otros sujetos y el hecho no exista verdaderamente una relación de imputación exigida por una norma concreta.

No obstante, el legislador facilitará la tarea judicial de distribuir responsabilidades si configura cada hecho de forma tal que manifieste un injusto privativo y específico, de tal manera que permita diferenciarlo materialmente de otros hechos análogos. Por el contrario, si dos hechos (H-1 y H-2) están delimitados por los tipos legales de forma idéntica, existirán más posibilidades de que una vez declarada la responsabilidad de un solo sujeto A por H-1, como centro de imputación, la pretensión de responsabilizar a otro sujeto B por H-2 represente en verdad para éste la atribución de un hecho ajeno, ya que H-2 es lo mismo que H-1, y este H-1 ya ha sido atribuido previamente al sujeto A; se producirá entonces respecto a B una vulneración del principio que me ocupa.

Sin embargo, pese a las apariencias de similitud o incluso identidad, existen diversas estructuras en que los hechos son distintos en la configuración prevista por el legislador. La plasticidad del concepto de hecho permite tal posibilidad. Sin pretensión de exhaustividad, he aquí algunos ejemplos:

A) SUPUESTOS DE CULPA IN ELIGENDO O CULPA IN VIGILANDO RESPECTO A UN HECHO COMETIDO POR OTRO SUJETO

Puede ocurrir que respecto a un hecho que es responsabilidad de un sujeto A, exista la responsabilidad adicional de otro sujeto B en cuanto que este último ha incurrido en *culpa in eligendo* o bien en *culpa in vigilando* respecto a A, y ello es contemplado en un tipo específico. Dentro de esta categoría pueden valer como ejemplos los

artículos 189.5 (16), 348.2 (17) y 615 bis.1 (18), y más dudosamente el artículo 220.5 (19), todos ellos del Código Penal. Pero el hecho que es responsabilidad de B no es exactamente el mismo que ya es responsabilidad de A, puesto que el hecho de aquél consiste en *no haber impedido* el hecho cometido por A, lo que es distinto. En el caso de la *culpa in eligendo*, el momento temporal del hecho también es distinto: se retrotrae a una elección defectuosa por parte del empleador hacia la persona dependiente. Y en la hipótesis de la *culpa in vigilando*, el momento del hecho *puede* ser distinto, si por ejemplo el responsable de tal *culpa in vigilando* debió establecer mecanismos de control en un momento anterior al hecho realizado por A. El problema se desplaza entonces a la necesidad de garantizar otros principios, como el de responsabilidad subjetiva (dolo o imprudencia) de B, y si se garantiza éste, a salvaguardar a renglón seguido el principio de lesividad, es decir, el principio en virtud del cual toda norma penal debe estar dirigida a evitar la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico.

Sin embargo, no todo vale como un supuesto de *culpa in vigilando*. Un ejemplo de que se puede vulnerar el principio de responsabilidad personal por el hecho propio nos lo ofrece una norma ya desaparecida del Derecho administrativo sancionador (20). Me

(16) Artículo 189.5 CP: «El que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor de edad o incapaz y que, con conocimiento de su estado de prostitución o corrupción, no haga lo posible para impedir su continuación en tal estado, o no acuda a la autoridad competente para el mismo fin si carece de medios para la custodia del menor o incapaz, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses».

(17) Artículo 348.2 CP: «Los responsables de la vigilancia, control y utilización de explosivos que puedan causar estragos que, contraviniendo la normativa en materia de explosivos, hayan facilitado su efectiva pérdida o sustracción serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a doce años».

(18) Artículo 615 bis.1 CP: «La autoridad o jefe militar o quien actúe efectivamente como tal que no adoptara las medidas a su alcance para evitar la comisión, por las fuerzas sometidas a su mando o control efectivo, de alguno de los delitos comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título, será castigado con la misma pena que los autores».

(19) Artículo 220.5: «Las sustituciones de un niño por otro que se produjeran en centros sanitarios o socio-sanitarios por imprudencia grave de su identificación y custodia, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a un año». El precepto podría encajar entre los supuestos de *culpa in vigilando* que se mencionan en el texto, si se entiende que son dos los sujetos a los que se refiere el tipo: un primer sujeto, que es el encargado de la identificación y custodia del niño, y otro segundo, que es el que ejecuta materialmente la sustitución, debido a imprudencia grave del primero.

(20) Como ya indiqué en mi trabajo sobre las *Manifestaciones cualitativas* del principio (apartado III, 2), la doctrina del Tribunal Constitucional efectúa declaracio-

refiero al antiguo artículo 278.II y III del Código de la Circulación, en cuanto que consistía en transferir una sanción al titular de un vehículo, cuando éste no lograba identificar al verdadero responsable de la infracción, sin perjuicio de que el titular pudiera repetir luego contra el verdadero responsable. Este precepto estaba redactado de la siguiente forma:

«II. Si el conductor responsable de la infracción no fuese conocido, las primeras medidas del procedimiento se dirigirán a su identificación, a cuyo efecto se notificará la denuncia al titular del vehículo o al propietario de los animales, interesando los datos de dicho conductor, con la advertencia de que podrá verse obligado al pago de la sanción pecuniaria que en su caso corresponda a la infracción si aquélla no se lograra.

III. Una vez firme la multa impuesta, si el conductor no la hubiere hecho efectiva, podrá ser reclamado su pago del titular o propietario del vehículo o de los animales.»

Aunque entre los administrativistas, algunos autores no se han opuesto frontalmente a esta norma (21) y pese a que el Tribunal Constitucional la declaró conforme a la Constitución en sus sentencias 154/1994, de 23 de mayo, FJ 3, y 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 4, con el argumento de que el propietario del vehículo había incurrido en una *culpa in vigilando*, pienso que este precepto no contemplaba tal modalidad de culpa, sino una pura transferencia de la responsabilidad de un sujeto a otro. La norma en cuestión parecía preocupada ante todo por el interés de cobrar la deuda, aun al precio de que la abonara quien no es culpable, y a modo de pantalla respecto al verdadero objetivo —que era el que acabo de indicar—, imponía un deber al titular o propietario del vehículo, a saber, el deber de identificar al conductor responsable, cuando la propia Administración no era capaz de lograr tal identificación. El actual artículo 72 de la Ley sobre Tráfico, Circula-

nes genéricas en las que aplica el principio a las infracciones administrativas, pero rechaza algunas manifestaciones concretas del mismo en el ámbito del Derecho administrativo sancionador.

(21) Así, Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 4.ª ed., Madrid, 2005, Edit. Tecnos, pp. 461-462, quien no obstante advierte que el titular del vehículo merece un peor tratamiento que el responsable de la infracción, ya que éste puede alegar su falta de culpabilidad, mientras que aquél responde objetivamente. Tampoco critica el precepto Germán VALENCIA MATTÍN, «Derecho Administrativo Sancionador y Principio de legalidad», en *El principio de legalidad. Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2000, Tribunal Constitucional – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 163-165, aunque sí menciona la postura más restrictiva del Tribunal Supremo.

ción de vehículos a motor y Seguridad Vial (22), aunque plantea otros problemas de responsabilidad subsidiaria y en cascada en caso de que el responsable sea un menor, al menos *formalmente* impone la responsabilidad al titular del vehículo, no por lo que hizo el verdadero infractor, sino, en su caso, por infringir el deber de identificar al conductor.

B) CASOS EN QUE LA REALIZACIÓN DE UN HECHO H-1 POR UN SUJETO A ES SUCEDIDA POR LA REALIZACIÓN DE UN HECHO H-2 POR OTRO SUJETO B, QUE SUPONE LA PROLONGACIÓN O EL INCREMENTO DEL ESTADO ANTIJURÍDICO ORIGINADO POR H-1

Se trata de supuestos en los que la situación o el estado antijurídico originados por un hecho se prolonga por la realización de otro hecho normalmente o –incluso– necesariamente realizado por otra persona distinta a la que realiza el hecho inicial. Casos paradigmáticos son los de la receptación (arts. 298 a 304) y el encubrimiento (arts. 451 a 454), pero también existen otros: mantener las condiciones que supriman o restrinjan derechos laborales, impuestas por otro (art. 311,2.º); tráfico de medicamentos que hubieran sido alterados por otros, previsto en el artículo 362.1.3.º; sacrificar animales destinados al consumo humano, sabiendo que se les ha administrado sustancias no permitidas y peligrosas para la salud de las personas, supuesto contemplado en el artículo 364.2.2.º; diversas modalidades de tráfico de moneda falsa en connivencia o sin connivencia con el falsificador (art. 386, 3.º); y el supuesto consistente en presentar en juicio un documento falsificado por otro, a sabiendas de su falsedad (art. 396). Ninguno de estos preceptos presenta inconvenientes desde la perspectiva del principio de la responsabilidad personal por hechos propios, puesto que la conducta castigada contiene un injusto privativo, que prolonga o intensifica la conducta antijurídica realizada previamente por otro.

Otro grupo de casos semejante se produce cuando diferentes conductas imprudentes están vinculadas causalmente con el resultado. Una situación de estas características tiene lugar, por ejemplo, cuando un paciente aquejado de una grave enfermedad acude en varias ocasiones a los servicios de urgencias de diferentes hospitales y tanto el diagnóstico como el tratamiento son contrarios a la *lex artis*, agravándose progresivamente su situación, por lo que finalmente acaba falle-

(22) Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo (BOE de 14 de marzo de 1990), modificado por la Ley 17/2005, de 19 de julio, por la que se regula el permiso y la licencia de conducción por puntos y se modifica el texto articulado de la ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial (BOE núm. 172, de 20 de julio de 2005).

ciendo. Con independencia de cuál sea la calificación jurídica más correcta de los médicos de urgencia que le atienden incorrectamente, lo cierto es que la infracción de la diligencia debida cometida por cada uno de ellos es diferente y, en consecuencia, el hecho también es distinto, por mucho que el resultado de muerte imprudente sea el mismo. El hipotético castigo de cada uno de ellos no supone, por tanto, una responsabilidad por hecho ajeno.

C) SUPUESTOS CONSISTENTES EN LA OMISIÓN DE CONTROLAR LA CONDUCTA DE OTROS SUJETOS

Hay que incluir en este apartado no sólo la cláusula genérica de la comisión por omisión, prevista en el artículo 11, y otros deberes específicos de garantía impuestos en otros preceptos, sino también el delito previsto en el artículo 176 para las autoridades o funcionarios públicos que, faltando a los deberes de su cargo, permiten que otras personas ejecuten hechos de tortura o contra la integridad moral; la norma de la omisión del deber de impedir delitos o de promover su persecución, del artículo 450; la omisión de un militar del deber de contener o de denunciar la rebelión en las fuerzas a su mando, del artículo 476.1 y 2; o el supuesto consistente en no impedir que concurran a una reunión personas que lleven armas u otros objetos peligrosos, contemplado en el artículo 514.1, segunda hipótesis, todos ellos del Código Penal.

D) PARTICIPACIÓN ELEVADA A LA CATEGORÍA DE AUTORÍA

La plasticidad del concepto de hecho punible delimitado por el tipo permite que conductas que, de acuerdo con las reglas generales deberían ser calificadas como supuestos de participación, puedan ser elevadas por el legislador a la categoría de hipótesis de autoría, y por tanto de hechos autónomos. Por ejemplo, el consentimiento de la embarazada para que otro le provoque un aborto, previsto en el artículo 145.2, sería igualmente punible como cooperación necesaria al aborto consentido del artículo 145.1, aunque desapareciera aquel precepto (23). Posiblemente el legislador contempla esa figura como hecho punible aislado, para dejar claro que la embarazada no es la

(23) En otros supuestos el precepto que eleva a autoría lo que en realidad es conducta de participación tiene como *ratio legis* afirmar la punición de lo que, siguiendo las reglas generales, sería impune. Es el caso de la inducción y la cooperación con actos necesarios al suicidio (art. 143.1 y 2 CP). O el caso de la colaboración con banda armada del artículo 576 CP, que se castiga como tal siempre que el riesgo prevenido, es decir: el acto terrorista lesivo de bienes jurídicos comunes, no se lleve a efecto (art. 576.2, segundo párrafo, último inciso, CP).

víctima del delito y que por ello puede y debe ser castigada. Es decir, para dejar claro que no estamos ante un caso de los llamados de participación necesaria. La plasticidad del concepto de hecho punible se pone también de relieve cuando la ley subdivide un hecho en otros más simples o, al contrario, cuando agrupa varios simples en uno complejo. Aunque habrá que comprobarlo en el caso concreto, en principio todos estos casos se caracterizan por la circunstancia de que los hechos manifiestan un injusto específico, y por lo tanto son diferentes unos de otros.

3. La consecuencia jurídico-penal

Tengo que empezar este apartado diciendo que el principio de la responsabilidad personal por el hecho propio determina la inconstitucionalidad de la norma que considere responsable a quien no lo es, pero obviamente no da lugar a la inconstitucionalidad de la norma que, entre todos los responsables, deja a algunos sin castigo. Así, por ejemplo, no se opone a este principio la norma contenida en el artículo 30.1 del Código Penal, que deja sin castigo a los cómplices en los delitos cometidos por medios de difusión; ni tampoco es contraria a él la excusa absolutoria prevista en el artículo 268 para parientes respecto a delitos patrimoniales que no sean violentos ni intimidatorios; ni tampoco vulnera este principio la excusa absolutoria para parientes de algunos supuestos de encubrimiento, que aparece regulada en el artículo 454 del propio Código. Es inconstitucional, pues, que el no responsable de un hecho sea castigado penalmente, pero no es inconstitucional que el que sí es responsable quede sin castigo (siempre que la impunidad esté fundamentada de manera suficiente, ya que en caso contrario la conclusión podría ser distinta desde la perspectiva del también constitucional principio de igualdad).

En el ámbito penal, donde rige sin limitaciones el principio de responsabilidad personal por el hecho propio, para que éste entre en juego debe tratarse de un hecho amenazado con una consecuencia jurídico-penal. En efecto, la STC 254/1988, de 21 de diciembre, FJ 5, lo aplica a una pena; la STC 131/1987, de 20 de julio, indica que su ámbito de aplicación incluye una medida de seguridad; y la STC 15/2002, de 15 de julio, FJ 2, extiende sus efectos al comiso, como pena accesoria. Ahora bien, ¿debe tratarse de la *misma* consecuencia jurídica para cada uno de los posibles responsables? Planteado el problema con otros términos: ¿se infringe dicho principio cuando el responsable de un hecho es sancionado con una pena y otro responsable respecto al mismo hecho es sancionado, por ejemplo, con una medida de seguridad o con

una consecuencia accesoria? Todas estas consecuencias jurídico-penales son diferentes. Y desde luego no cabe descartar que se pretenda encubrir la responsabilidad por el hecho ajeno mediante el expediente de imponer no una pena sino una medida de seguridad u otra consecuencia jurídica, también prevista en la legislación penal.

Hay que tener en cuenta que de las consecuencias jurídicas contempladas en la legislación penal, no todas tienen naturaleza penal, pues las hay, por ejemplo, de carácter procesal, de carácter civil, etc. Ahora bien, resulta decisivo precisar si una consecuencia jurídica tiene o no naturaleza penal, ya que sólo en el caso de que la tenga, estará cubierta por las garantías constitucionales establecidas para dichas consecuencias. Pero en esta tarea no nos podemos fiar absolutamente de la calificación que en su caso exprese el texto de la ley. En efecto, aunque el legislador le otorgue a una consecuencia jurídica otra denominación distinta a la de pena, ello no significa que tal consecuencia jurídica no tenga naturaleza penal, sino que, antes al contrario, puede tenerla perfectamente y gozar de las correspondientes garantías constitucionales. Para determinar si una medida restrictiva de derechos tiene naturaleza penal, creo que nos puede servir la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Éste ha elaborado una serie de criterios para determinar si, a los efectos del artículo 7 del Convenio, que contempla el principio de legalidad penal, una medida goza de las garantías propias de dicho principio. Si bien las resoluciones en cuestión insisten en que tales criterios son valorados de forma autónoma por el citado Tribunal europeo y a los efectos del ejercicio de su jurisdicción, creo que pueden ser asumidos en el ordenamiento jurídico español. En efecto, la Sentencia de 9 de febrero de 1995, *Welch contra Reino Unido*, apartado 28; y la Decisión y de 21 de marzo de 2006, *Valico S.r.l. contra Italia*, apartado A, 2, explican que

«[...] el punto de partida para cualquier apreciación sobre la existencia de una pena consiste en determinar si la medida en cuestión se impone como consecuencia de una condena por una «infracción». A este respecto, pueden ser considerados pertinentes otros elementos: la naturaleza y el fin de la medida de la que se trate, su calificación en Derecho interno, los procedimientos asociados a su adopción y ejecución, así como su gravedad (24)».

Un supuesto en el que puede ser fructífera la aplicación de estos criterios son las consecuencias accesorias imponibles a las sociedades

(24) La sentencia del TC español 147/1986, de 25 de noviembre, FJ 4 C, indica de forma resumida, pero que coincide con la primera frase de la doctrina transcrita del TEDH, lo siguiente: «[...] sanción es únicamente la consecuencia desfavorable que la ley vincula de modo directo e inmediato a la comisión de un ilícito».

y empresas, tal y como están previstas en el artículo 129. Alguna naturaleza deben tener dichas consecuencias, ya que lo que desde luego habría que descartar es que no sean consecuencias ni penales, ni administrativas, ni civiles, es decir, «sin naturaleza jurídica», pues en tal caso dudosamente serían medidas jurídicas y además no se sabría qué garantías les corresponderían. Si nos dedicamos a la tarea de averiguar su naturaleza jurídica, lo primero que salta a la vista es que, a diferencia del comiso (25), son la consecuencia de una infracción, pues para ser impuestas no sólo es preciso que aparezcan relacionadas en este artículo 129, sino además en algún otro precepto del Código en el que se determina un hecho delictivo, es decir, una infracción (26). Además, todas estas medidas tienen en común que su naturaleza es la propia de una privación o restricción de derechos, lo que resulta característico de las sanciones penales, y su fin, como indica el apartado 3 del artículo 129, es el de estar orientadas a prevenir la continuidad delictiva y los efectos de la misma. Es cierto que la calificación en Derecho interno no aclara demasiado las cosas, pues el rótulo de «consecuencias accesorias» no es demasiado concluyente, pero parece desprenderse del artículo 129 y del artículo que las prevea específicamente para una clase de delitos, que son impuestas por un juez o tribunal pertenecientes al orden jurisdiccional penal y dentro del oportuno procedimiento penal. Todas estas circunstancias permiten concluir que se trata de medidas de naturaleza penal y que por tanto deben estar rodeadas de las garantías constitucionales penales (27) y, entre ellas, del principio de responsabilidad personal por hechos propios.

Pero, ¿verdaderamente respetan las medidas del artículo 129 este principio? A estos efectos puede ser relevante una diferencia sustancial entre el comiso y las medidas imponibles a las personas jurídicas, del artículo 129. Tal diferencia estriba en lo siguiente: mientras que el

(25) Según el artículo 127.3 CP, el comiso puede ser impuesto pese a que alguno de los acusados haya quedado exento de responsabilidad criminal o incluso cuando la responsabilidad criminal haya quedado extinguida. Si el comiso, en cuanto consecuencia jurídico-penal, se llega a imponer en virtud de este precepto a una persona que no es responsable del hecho ilícito, resultará vulnerado el principio de responsabilidad personal por hecho propio.

(26) Sistemáticamente las consecuencias accesorias se regulan en el Título VI del Libro I del Código, Libro I, cuyo rótulo es el siguiente: «Disposiciones generales sobre los delitos y las faltas, las personas responsables, las penas, medidas de seguridad y demás consecuencias de la infracción penal».

(27) En el mismo sentido de que gozan de tales garantías se manifiesta J. M. ZUGALDÍA ESPINAR, «La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español», en *Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, cit., p. 895; el mismo, «Bases para una teoría de la imputación de la persona jurídica», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 81, 2003, p. 545.

comiso se impone al *mismo* infractor de la norma como medida accesoria a la pena o en su caso al *mismo* sujeto que ha realizado un hecho por el que está exento de responsabilidad criminal o cuya responsabilidad penal ha quedado ya extinguida, las consecuencias accesorias se imponen por definición a otra entidad *distinta* al autor del delito. Es decir, que nos encontramos ante una estructura de doble responsabilidad por un mismo hecho: la persona física responde por un hecho H-1 con la pena o las penas contempladas en el correspondiente precepto y la persona jurídica responde con una consecuencia accesoria –distinta a la pena, pero también de naturaleza penal– por el *mismo* hecho H-1. Puesto que la responsabilidad de ambos sujetos activos –persona física y persona jurídica– se establece en el seno de un sistema jurídico-penal que adopta básicamente un concepto restrictivo de autor, en cuanto que distingue entre autores y partícipes, la responsabilidad de cada una de tales personas es autónoma y a título de autor, lo que implica en definitiva una vulneración del principio de la responsabilidad personal por el hecho propio (28).

Luego, retomando la pregunta inicial, debo contestar que la imposición de sanciones distintas pero con naturaleza penal a distintos sujetos por un mismo hecho sí es susceptible de vulnerar el principio de responsabilidad personal por el hecho propio. En mi opinión, y como ya he adelantado, eso es lo que ocurre cuando el artículo 129 del Código Penal atribuye a las consecuencias aplicables a las personas jurídicas la denominación de «consecuencias accesorias», pues aunque no sean penas en sentido estricto, sí están provistas de naturaleza jurídico-penal y por lo tanto deben gozar de las garantías aplicables a dichas consecuencias (29).

(28) Muy crítico también el administrativista J. SUAY RINCÓN, «Algunas consideraciones en torno a la aplicación de los principios de la responsabilidad personal (o por actos propios) y de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador», en *Estudios de Derecho bancario y bursátil. Homenaje a Emilio Verdura y Tuells*, t. III, Las Rozas (Madrid), La Ley, 1994, p. 2607: «Estas circunstancias [...] nos llevan a poner en cuestión la fórmula de la responsabilidad conjunta adoptada por el legislador, dada su incompatibilidad con los principios propios del Derecho penal y, en particular, con los principios de la responsabilidad personal y de culpabilidad. O responde la Entidad o responden sus directivos, no los dos a la vez. En tal caso, uno lo estará haciendo a título ajeno (por lo que otro hace), no a título propio, tal y como quiere y exige el Derecho penal».

(29) También sería contrario al principio analizado en este trabajo el art. 31 bis.2 del Anteproyecto, de 14 de noviembre de 2008, de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, ya que permite la responsabilidad cumulativa de personas físicas y personas jurídicas por el mismo hecho. Sin embargo, la normativa comunitaria permite entender que la responsabilidad de la persona jurídica consiste en la *culpa in vigilando* respecto al hecho

Tampoco resuelve el legislador el problema cuando atribuye a una misma consecuencia jurídica a veces la denominación de «pena» y otras veces asignándole una denominación distinta. Con razón dice Spolanski que no es posible que la misma sanción sea pena para la persona física y deje de serlo cuando solidariamente se proyecta sobre la persona jurídica (30). La prestidigitación en materia de naturaleza jurídica puede llevar a engaño a un profano, pero difícilmente sirve para ocultar la verdad cuando se profundiza en la esencia de una institución.

Una vez que he analizado el ámbito de aplicación del principio que es objeto de este trabajo, me encuentro en condiciones de examinar, sin ánimo de exhaustividad, algunas de las manifestaciones cuantitativas del mismo que afectan al Derecho vigente.

III. MANIFESTACIONES CUANTITATIVAS

1. La prohibición de los castigos colectivos por hechos individuales

La normativa nacional e internacional menciona la prohibición de castigos colectivos, sin más, pero en realidad no se trata de prohibir el castigo a una pluralidad de personas, sino que lo que verdaderamente proscriben estos textos es el castigo colectivo de inocentes como consecuencia de un hecho del que no son responsables. En realidad no está prohibida la responsabilidad colectiva en sí, y por eso es legítimo el castigo de varios sujetos que son autores o partícipes de un mismo hecho; lo que verdaderamente está prohibido es la responsabilidad colectiva *por un hecho individual*, tal y como se expresa en alguno de los preceptos internacionales, así como en el artículo 612,

cometido por la persona física, y por tanto que son hechos distintos, siempre que estén expresamente tipificados; en este sentido, vid. art. 7.3 de la Decisión Marco sobre la lucha contra el terrorismo, de 13-6-2002, *DOCE* n.º L 164/3, de 22-6-2002; art. 4.3 de la Decisión Marco relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, de 19-7-2002; art. 2.3 de la Decisión Marco del Consejo destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, de 28-11-2002, *DOCE* n.º L 328, de 5-12-2002; art. 6.3 de la Decisión Marco relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, de 22-12-2003, *DOCE* n.º 13, de 20-1-2004; etc.

(30) Cfr. N. E. SPOLANSKI, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en C. GARCÍA VALDÉS / A. CUERDA RIEZU / M. MARTÍNEZ ESCAMILLA / R. ALCÁ CER GUIRAO / M. VALLE MARISCAL DE GANTE (Coordinadores), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, Madrid, 2008, Edisofer, pp. 1635-1636.

3.º, del Código Penal (31). Se trata en definitiva de prohibir las represalias, las venganzas, especialmente en períodos de guerra. El proceso del castigo colectivo es circular y se desarrolla de la siguiente manera: alguien –perteneciente o favorable al bando A– realiza un hecho ilícito, con víctimas entre los militares o la población del bando B; los miembros de ese bando B o bien no consiguen acreditar quién es el culpable de tal hecho, o bien ni siquiera intentan probar quién ha cometido el hecho ilícito; como consecuencia de ello, los integrantes del bando B ordenan un castigo que puede recaer sobre los responsables del hecho, pero que, en cuanto recae también sobre personas inocentes, elegidos a veces de manera aleatoria, supone una vulneración del principio de responsabilidad personal sobre el propio hecho.

He incluido esta prohibición entre las manifestaciones cuantitativas en la medida en que si el castigo colectivo alcanza a los verdaderos responsables, y además –como represalia o venganza– se imponen sanciones a personas inocentes, se les está responsabilizando a éstos de un hecho que no se les puede atribuir, en cuanto que ya es responsabilidad de otros. A estas personas inocentes, pero castigadas, se les priva asimismo del derecho a un juicio justo (32).

Conviene efectuar una matización sobre el objeto de la prohibición en los textos normativos internacionales. Mientras que tanto el IV Convenio de Ginebra (33), como el Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra (34), proscriben las *penas* colectivas, el Protocolo II adicional a los referidos Convenios (35), prohíbe los *castigos* colectivos, con el fin de incluir en su campo de aplicación las

(31) En este sentido se manifiesta también el apartado 7 del Voto particular formulado por C. VIVER PI-SUNYER, al que se adhieren J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, T. S. VIVES ANTÓN Y M. E. CASAS BAAMONDE, a la STC 136/1999, de 20 de julio.

(32) El art. 611, 3.º CP prevé como hecho punible la conducta de, con ocasión de un conflicto armado, privar a un prisionero o persona civil de su derecho a ser juzgados regular e imparcialmente.

(33) IV Convenio de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, ratificado por Instrumento de 4 de agosto de 1952 (*BOE* núm. 246, de 2 de septiembre de 1952).

(34) Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, de 8 de junio de 1977, ratificado por Instrumento de 21 de abril de 1989 (*BOE* núm. 177, de 26 de julio de 1989).

(35) Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos sin carácter internacional, de 8 de junio de 1977, ratificado por Instrumento de 21 de abril de 1989 (*BOE* núm. 177, de 26 de julio de 1989).

medidas administrativas, como ha resaltado la doctrina internaciona-
nalista (36).

Si en estos casos no es posible descubrir a los responsables, lo correcto es, de conformidad con las exigencias del derecho a la presunción de inocencia, acordar la absoluciónde todos. Al fin y al cabo, esta fue la soluciónde adoptada hace ya casi cuatro siglos en el mundo literario de ficción por Lope de Vega, en su obra de teatro *Fuenteovejuna*, redactada en 1612. En efecto, de acuerdo con el guión del autor clásico, los Reyes Católicos, ante la muerte del Comendador Fernán Gómez y la imposibilidad de saber quiénes han sido los responsables, se ven en la tesitura de o bien tener que ajusticiar a todos los miembros de la villa, o bien perdonarlos a todos. El Rey Fernando finalmente se decide a favor del perdón, ya que no resulta posible probar quién mató al Comendador.

2. **La contradicción de la responsabilidad subsidiaria y en cascada del artículo 30.2 y 3 del Código Penal con el principio de la responsabilidad personal por el hecho propio**

El sistema de responsabilidad subsidiaria y en cascada en los delitos cometidos por medios de difusión mecánica surge históricamente para evitar la impunidad en las hipótesis de impresos anónimos y para garantizar que, en cualquier caso, alguien responderá por ellos (37). Aunque en estos delitos se excluya la responsabilidad de cómplices y encubridores, lo que supone una limitación de los partícipes que pueden ser castigados, se busca ante todo –más que la tutela de la libertad de expresión o de comunicación– que la represión penal sea efectiva (38): es decir, que ningún libelo, injuria o calumnia quede sin sanción. La regulación del Código Penal de 1944 –y en la misma medida la del Código de 1973– buscaba a toda costa castigar a alguien como responsable de estos delitos, hasta el punto de que ambos textos lega-

(36) Cfr. A. MANGAS MARTÍN, *Conflictos armados internos y Derecho internacional humanitario*, Salamanca, 1990, p. 84.

(37) Cfr. en este sentido, M. GÓMEZ TOMILLO, *Libertad de información y teoría de la codelincuencia (La autoría y la participación en los delitos cometidos a través de los medios de comunicación de masas)*, Granada, 1998, Comares, p. 33.

(38) Los principios formulados por J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal. Parte General*, Madrid, 1949, p. 452, han sido repetidos muchas veces: «La doctrina particular sobre responsabilidad en los delitos publicitarios está gobernada por dos fines: *limitación y efectividad*. [...] *Efectividad*: se buscan medios para que con esta limitación no se pueda esfumar la responsabilidad, al fingirse autor del texto delictivo una persona que por cualquier medio hubiera de quedar impune».

les instauraban una responsabilidad objetiva para los escalones subsidiarios. Antonio Quintano Ripollés llegó a afirmar en 1963:

«A nadie se oculta la artificiosidad y aun injusticia de un tal sistema, datando ya del Código de 1870, que constituye una verdadera lotería criminal, dado que la responsabilidad recae caprichosamente sobre personas ajenas a la verdadera autoría en virtud de circunstancias que les son ajenas, como la de la ausencia o irresponsabilidad de quien les precede en la escala. Para paliar esta equívoca especie de responsabilidad objetiva se suele acudir a la ficción de una real *in solidum*, que alcanza a todos los participantes [...]» (39).

Aún más duramente se manifiesta el propio Quintano en 1966 al respecto:

El antiguo artículo 15 del Código Penal de 1944 «establece una escala de responsabilidades criminales «subsidiarias», que será muy práctica, pero que contradice los más elementales principios del Derecho penal, entre ellos el primordial de que nadie es responsable más que en virtud de sus propios actos» (40). Y añadía el mismo magistrado y catedrático algo después: «Cuatro responsabilidades entran, pues, en juego en esta verdadera «lotería» penal, en la que no se tienen en cuenta voluntades ni conductas individuales, sino factores aleatorios, en absoluto ajenos a ellos» (41).

Pese a los orígenes del precepto, tan poco conciliables con un Derecho penal que se toma en serio las garantías penales, lo cierto es que el mismo pasó al Código Penal vigente de 1995 (42). El artículo 30 sigue regulando esa atormentada figura que semeja, si se me permite utilizar una imagen próxima a la obra teatral del dramaturgo italiano y premio Nobel de literatura Luigi Pirandello (43), un hecho en busca de autor. Sin embargo, el precepto no fue incorporado de la misma manera que figuraba en los Códigos de 1944 y de 1973. En efecto, la preocupación básica de la doctrina consistió en hacer frente tanto a la crítica de que la norma extendía de forma inusitada las posibilidades de autoría en los delitos de imprenta como a la objeción de que establecía una responsa-

(39) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho penal*, t. I, Madrid, 1963, Edit. Revista de Derecho privado, p. 249.

(40) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, 2.^a ed., puesta al día por E. GIMBERNAT ORDEIG, Madrid, 1966, Edit. Revista de Derecho privado, pp. 268-269.

(41) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 269.

(42) Tal vez no fueran ajenas a esta pervivencia en el texto legal de 1995 las críticas que la prensa dispensó al último Gobierno socialista de Felipe González durante la etapa 1993-1996, Gobierno que, precisamente para contrarrestar tales críticas, pretendió endurecer los preceptos del Código que pudieran afectar a las libertades de expresión y libre comunicación.

(43) LUIGI PIRANDELLO (1867-1936) escribió el drama *Seis personajes en busca de un autor*.

bilidad objetiva, sin dolo ni imprudencia, para los escalones que siguen al primero, esto es, para los directores, editores o impresores (44), (45). La modificación introducida consistió en exigir que cualquiera que fuese la persona a la que finalmente se la considerara responsable, fuera además un «autor» de los que se mencionan en el artículo 28. Con ello se pretendía que el hecho le fuera imputable al sujeto como autor, inductor o cooperador necesario, y por tanto se estaría exigiendo el dolo o la imprudencia como presupuesto de la pena; de semejante manera quedaba desterrada la hipótesis de cualquier atisbo de responsabilidad objetiva en el artículo 30 (46).

Pero la nueva regulación, prevista en el artículo 30 del Código Penal, no ha sido valorada a la luz del principio de responsabilidad personal por el hecho propio. Llamen aquí la atención dos aspectos: que la responsabilidad no sólo es *subsidiaria* sino que además es *excluyente*.

Que la responsabilidad se convierta en *subsidiaria*, representa una sobresaliente excepción en el cuerpo del texto legal, ya que en materia penal la ley asume en todos los demás casos una responsabilidad *directa*, a saber, un sistema en el que la responsabilidad se anuda a aquella persona que ha cometido el delito o falta. Es cierto que en el Código Penal encontramos algunos supuestos de responsabilidad subsidiaria, pero restringidos únicamente al ámbito civil: es, por ejemplo, el caso regulado en el artículo 121, conforme al cual el Estado y otros entes públicos son responsables civiles subsidiarios de los delitos y faltas cometidos por autoridades, agentes de la misma, funcionarios

(44) En efecto, la monografía de T. S. VIVES ANTÓN, *Libertad de prensa y responsabilidad criminal (La regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta)*, Madrid, 1977, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, pp. 51 y 92-93, está preocupada ante todo por conciliar el antiguo art. 15 del CP de 1973 con el derecho a la presunción de inocencia (no castigar a un inocente) y que no se condene por delito doloso a quien ha incurrido únicamente en negligencia. En sentido similar, cfr. G. RODRÍGUEZ MOURULLO, en J. CÓRDOBA RODA / G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, t. I, reimpresión de 1976, Ariel, pp. 886-887.

(45) Por otra parte, la STC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 4, declaró que el art. 15 del Código Penal de 1973 (similar al art. 30 del Código de 1995) no era contrario al mandato de determinación, incluido en el principio de legalidad penal, añadiendo que «disposiciones de esta naturaleza forman parte de una larga tradición legislativa para establecer los principios de la autoría en forma general y, en ciertos casos, para grupos específicos de delitos, y tienen como finalidad precisar de una manera general el concepto de autor con el fin de delimitar en grado máximo la interpretación del mismo».

(46) Cfr. en este sentido, con total claridad, T. S. VIVES ANTÓN, en T. S. VIVES ANTÓN (Coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, Valencia, 1996, Tirant lo Blanch, pp. 289-290.

en el ejercicio de sus cargos y funciones; tal precepto persigue el objetivo de que, ante la posible insolvencia del sujeto activo de que se trate, la responsabilidad civil se haga efectiva y de esta manera la víctima o víctimas no queden desprotegidas. Ahora bien, aunque la responsabilidad sea subsidiaria, no es, sólo por gozar de tal naturaleza, una responsabilidad por el hecho de otro. En efecto, como ya he indicado, la novedosa exigencia de que cualquiera de los sujetos relacionados en el artículo 30.2 del Código de 1995 sea autor en el sentido amplio del artículo 28, establece un cierto vínculo entre el hecho y el responsable subsidiario.

En segundo lugar, la responsabilidad en los delitos cometidos por medios o soportes de difusión mecánicos es *excluyente*. En cambio, en el ámbito del proceso penal la acción penal –esto es, la iniciación del proceso– se guía por la regla de la legalidad y no de la oportunidad. La legalidad significa en este contexto que el proceso penal ha de iniciarse ante la sospecha de comisión de cualquier delito y contra cualquier sujeto que pudiera haber intervenido en el mismo. Si bien la regla de la legalidad conoce algunas excepciones, también es verdad que tales excepciones están tasadas. En consecuencia, lo normal es que los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, en cuanto que son los encargados de efectuar la persecución penal, se pongan en marcha para localizar a todo aquel que parezca responsable –como autor o como partícipe– de un hecho punible y de reunir las pruebas que le puedan incriminar. Si no tiene éxito la localización de quien es sospechoso de haber cometido un delito, como posible responsable directo del mismo, los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado no buscan a otra persona, sin ninguna relación con el hecho en cuestión, para que tal hecho no quede impune: simplemente el proceso se archiva o se sobresee, al menos provisionalmente, hasta que se haga acopio de nuevas pruebas contra alguien (47). Lo que rige no es la efectividad, sino la culpabilidad basada en pruebas y, en caso de que éstas no existan, lo que prevalece es la presunción de inocencia. No se trata de buscar a un culpable por encima de todo, sino de encontrar al *verdadero* culpable o a los *verdaderos* culpables.

Por el contrario, el artículo 30 responde al principio de oportunidad y prevé un régimen excluyente de responsabilidad: al legislador le interesa no que respondan *todos* los que han intervenido en la comi-

(47) Además, la responsabilidad normalmente no es excluyente, sino que por el contrario incluye a todos los posibles responsables, sean autores o sean partícipes: a todos ellos se les persigue, para someterles a juicio y, en su caso, condenarles a todos ellos.

sión de un hecho, sino sólo *algunos* de ellos. En estos delitos, cometidos utilizando medios o soportes de difusión mecánicos, la acción penal no se dirige simultáneamente contra todos los que según el artículo 28 son autores o son considerados autores, sino contra los que se encuentran en un escalón preferente de acuerdo con el artículo 30 (48). Si el sujeto del escalón superior no ha extinguido su posible responsabilidad y además está localizable en territorio español, los sujetos de los escalones inferiores pueden respirar tranquilos, porque la policía no va a llamar a su puerta. La existencia de otros responsables preferentes *excluye* que se les pida cuentas a ellos, a los no preferentes, pese a que todos ellos son autores (en el sentido amplio del artículo 28).

Con esto, sin embargo, no basta para entender que el actual artículo 30 es contrario al principio que me ocupa. Conviene examinarlo desde otra perspectiva. Desde la perspectiva objetivo-formal moderna, que yo comparto, la conducta del autor aparece definida en cada uno de los tipos de los delitos o faltas, que deben ser puestas en conexión con las modalidades de autoría del primer párrafo del artículo 28 (el autor directo, los coautores o el autor mediato). Por su parte, el artículo 30.2 sólo hace referencia a una conducta en el primer escalón del artículo 30.2.1.º, con la expresión «los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate»; en ese primer escalón se menciona también a los inductores; en el resto de apartados 2.º, 3.º y 4.º de este mismo artículo 30.2 se hace mención no de conductas sino de cualidades personales de los sujetos activos. Pues bien, de la misma manera que se ha reconocido que la categoría de los que realmente han redactado el texto o producido el signo no siempre es un supuesto de autoría (49), y que por ejemplo no lo es cuando se trata de la venta, difusión o exhibición de material pornográfico del artículo 186 (50), tampoco serán siempre supuestos de autoría las simples referencias a cualidades profesionales de los apartados 2.º, 3.º y 4.º del artículo 30.2. Lo normal es que los sujetos que reúnan estas cualidades profesionales sean, de acuerdo con las reglas generales, cooperadores nece-

(48) En relación con estos delitos, el art. 821 LECrim. establece lo siguiente: «Si durante el curso de la causa apareciere alguna persona que, por el orden establecido en el artículo respectivo del Código Penal deba responder criminalmente del delito antes que el procesado, se sobreseerá la causa respecto a éste, dirigiéndose el procedimiento contra aquélla».

(49) Cfr. en este sentido: T. S. VIVES, *Libertad de prensa y responsabilidad criminal*, cit., p. 90; C. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, en M. COBO DEL ROSAL (Director), *Comentarios al Código Penal*, t. III, Artículos 24 a 94, Madrid, 2000, Edersa, p. 340.

(50) En este caso no se castiga la redacción de un texto ni la producción de un signo.

sarios del hecho cometido por el autor. Tales cooperadores necesarios son en verdad partícipes, si bien el artículo 28 les aplica la misma pena que al autor.

Ahora bien, el hecho del autor (en sentido estricto) es diferente al hecho del partícipe. El cooperador necesario no realiza el hecho previsto en el tipo. Para castigar a este cooperador necesitamos no sólo el tipo en cuestión, sino además el artículo 28, párrafo segundo, apartado b), como causa de extensión de la responsabilidad penal. No mata quien entrega el arma de fuego para que otro dispare contra la víctima, sino que quien mata es este último, y sólo esta conducta realiza el tipo previsto en el artículo 138 del Código. De manera semejante, el director del periódico que tolera –o incluso aplaude– la publicación del artículo calumnioso escrito por un comentarista político, verdaderamente no calumnia, de modo que la conducta de aquél no es subsumible sin más en el artículo 205. Luego, si en virtud del artículo 30, se le castiga al director-cooperador necesario por el hecho del comentarista-autor en sentido estricto, entonces se le está haciendo a aquél responsable por un hecho ajeno y no por un hecho propio, de la misma manera que respondería por un hecho ajeno si quien entrega el arma fuera castigado como homicida, como si hubiera disparado el arma. Si esto es así, y da la impresión de que es lo que instaura el artículo 30 con el sistema de la responsabilidad subsidiaria o en cascada, al menos en los estratos segundo, tercero y cuarto, entonces este precepto es inconstitucional por vulnerar el principio de responsabilidad por hecho propio. La justicia distributiva que se deriva de la fórmula del *suum cuique tribuere* brilla aquí por su ausencia, ya que a cada uno no se le da exactamente lo suyo.

Por otro lado, el apartado 3 del artículo 30 no permite la transmisión de la responsabilidad penal a otro si el responsable principal o algún responsable subsidiario ha extinguido ya su responsabilidad: en efecto, la muerte del responsable principal determina ahora que no se pueda seguir buscando la efectividad del castigo, mediante su imposición a alguna de las personas mencionadas en los siguientes escalones. En caso contrario, ello sí que supondría una vulneración del principio aquí estudiado en la manifestación cualitativa que prohíbe la transmisión *inter vivos* o *mortis causa* de la responsabilidad penal.

Pese a todo, puede ocurrir que el responsable principal o algún responsable subsidiario estén amparados por la causa de justificación del ejercicio del derecho fundamental a comunicar libremente información, previsto en el artículo 20.1 d) de la Constitución. En tal caso, y de acuerdo con el artículo 30.3 del Código Penal, sigue subsistiendo

la responsabilidad subsidiaria (51), lo que resulta completamente contrario al ámbito de aplicación de un derecho fundamental: pues si el que hace lo más y redacta un texto (por ejemplo, el periodista que transcribe de forma neutral la nota de reivindicación de un atentado por un grupo terrorista), ejerce un derecho fundamental, y debe por ello ser absuelto, no puede dirigirse ya el proceso contra nadie más, pues el que hace lo menos (el director que induce o coopera necesariamente al hecho del periodista) debe quedar cubierto asimismo y de forma ineludible por el mismo derecho a comunicar libremente información.

Si el legislador quiere reducir el ámbito de los sujetos responsables en estos delitos cometidos utilizando medios o soportes de difusión mecánicos, bastaría y sobraría con el apartado 1 del artículo 30, en su caso reduciendo aún más la selección de los posibles responsables.

3. La necesidad de garantizar la atenuación de la responsabilidad del autor por la intervención concomitante de la víctima

En el supuesto de hecho de la sentencia del Tribunal Supremo 282/2005, de 4 de marzo, Gema, conductora de un Opel corsa circula por el carril izquierdo de una vía de servicio y al desplazarse al carril derecho no respeta la preferencia de paso de la motocicleta Vespa 200 conducida por Salvador a una velocidad inadecuada (100 km./h., cuando existía una limitación de 90 km./h.), por lo que colisiona con el turismo, saliendo Salvador violentamente proyectado y tendido en el suelo, lo que determina que sufra un traumatismo craneoencefálico y que se produzca su muerte al día siguiente. Lo característico de esta hipótesis es que tanto Gema, la conductora del turismo, como Salva-

(51) En la versión del art. 15 del CP de 1973, la responsabilidad subsidiaria y en cascada se hacía depender de que alguno de los posibles responsables no fueren conocidos o no estuvieran domiciliados en España o estuvieran *exentos* de responsabilidad criminal, con arreglo al artículo 8; de manera que el precepto no impedía (puesto que guardaba silencio al respecto) que tal responsabilidad subsidiaria y en cascada siguiera subsistiendo si la responsabilidad de alguno de los sujetos había quedado *extinguida*, de acuerdo con el entonces art. 112, por ejemplo, por la muerte del sujeto no domiciliado en España. Mientras que en la versión actual del art. 30.3 del CP de 1995 la responsabilidad subsidiaria y en cascada sigue siendo posible cuando concurre una *eximente* de los arts. 19 ó 20 en una de las personas situada en alguno de los estratos, pero no cuando concurre alguna de las causas de *extinción* de la responsabilidad criminal del art. 130, porque esta posibilidad ha quedado ahora expresamente vedada («Cuando por cualquier motivo *distinto de la extinción de la responsabilidad penal* [...]»).

dor, que pilotaba la motocicleta, han intervenido causalmente en la producción del resultado. Desde luego, ni siquiera aunque Salvador hubiera resultado no muerto sino lesionado, le podríamos castigar, porque las autolesiones son en nuestra legislación impunes. Ahora bien, ¿debe merecer una plena responsabilidad penal el hecho realizado por la conductora imprudente del vehículo? Resulta curioso que el Código Penal contemple expresamente esta hipótesis en el artículo 114, pero sólo en lo relativo a la responsabilidad civil, facultando al juez para reducir el importe de la indemnización o reparación (52). Sin embargo, la ley guarda silencio respecto al problema correlativo en el ámbito de la responsabilidad penal.

Tal vez ese silencio esté motivado porque la mayoría de las soluciones que se han barajado para responder a este discutidísimo problema reconocen la necesidad de reducir la responsabilidad penal del que maneja el vehículo de manera imprudente, en atención a la conducta concomitante de la víctima.

En efecto, la jurisprudencia hasta la década de los años noventa del siglo xx, aunque negaba la compensación de culpas, rebajaba la categoría de la imprudencia, dando lugar así a una pena menor. En la sentencia 844/1999, de 29 de mayo, el Tribunal Supremo introduce en el terreno del homicidio preterintencional los criterios de la imputación objetiva. No obstante, tras esta resolución, la jurisprudencia dictada en los casos de intervención concomitante de la víctima ha operado con dos líneas de argumentación: la primera, y más tradicional, no encuadra el problema en el ámbito de la imputación objetiva, y únicamente opera con la gravedad de la imprudencia, de modo que la solución se concreta en reducir (en su caso, y a la vista de los recursos de casación planteados, en aumentar) la gravedad de la imprudencia (53); la segunda línea argumental, encuadra el problema en la imputación objetiva, pero la solución sigue consistiendo en reducir (o en su caso aumentar) la gravedad de la imprudencia (54). En definitiva, ambas líneas argumentales coinciden en que finalmente operan con la distinción entre imprudencia grave e imprudencia leve, gra-

(52) Sobre la aplicación de este precepto, vid. STS 98/2009, de 10 de febrero (A. 1670).

(53) Así SSTS: 1153/2000, de 30 de junio (A. 6830); 681/2001, de 24 de abril (A. 3570); 2445/2001, de 22 de diciembre (A. 2002\4433); 491/2002, de 18 de marzo (A. 6691); 1823/2002, de 7 de noviembre (A. 10599); 149/2003, de 10 de noviembre (A. 1770); 282/2005, de 4 de marzo (A. 1980); 720/2008, de 12 de noviembre (A. 6961), relativa a delito de estafa.

(54) En este sentido SSTS: 19-4-1999, Sala de lo Militar (A. 4785); 1611/2000, de 19 de octubre (A. 9263); 1671/2002, de 16 de octubre (A. 9908); 955/2007, de 20 de noviembre (A. 8274); 181/2009, de 23 de febrero (A. 1400).

duando la responsabilidad, y por tanto la pena, del sujeto activo, en supuestos similares al de la conductora del ejemplo de partida. Pese a todo, la doctrina científica le ha formulado a la jurisprudencia contundentes críticas.

Por su parte, dicha doctrina coincide mayoritariamente en atenuar, e incluso excluir, la responsabilidad del que ocasiona un resultado al que también ha contribuido con su propia conducta la víctima. A veces se sirve para ello de categorías que el Código Penal sólo aplica al infractor de la norma y que por lo tanto son inadecuadas para ser empleadas respecto al sujeto pasivo (55): así los conceptos de dolo e imprudencia de los artículos 5, 10 y 12 sólo son predicables para el que incurre en responsabilidad penal y no para la víctima (aunque podrían serlo de forma paralela cuando la víctima infringe —como en el ejemplo del que parto— una infracción administrativa: la de circular por encima del límite de velocidad establecido, ya que las infracciones administrativas también exigen dolo o imprudencia); de forma análoga, la idea de autorresponsabilidad aplicada a la víctima (56), deducida a partir de principios sociológicos o filosóficos, carece de toda base legal (57).

Por cierto que la idea de autorresponsabilidad de la víctima no se fundamenta en el principio constitucional de responsabilidad por

(55) Resalta ya este dato M. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudios sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Barcelona, 1998, J. M. Bosch Editor, pp. 301-302.

(56) Cfr. sobre ella: M. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 259 ss.; B. FEIJÓ SÁNCHEZ, «Actuación de la víctima e imputación objetiva (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.^a época, n.º 5, 2000, p. 301 ss. También ha sido asumida por la jurisprudencia en el ámbito de la coacción del resultado por parte de la víctima; vid. en este sentido SSTs: 1611/2000, de 19 de octubre (A. 9263); 1671/2002, de 16 de octubre (A. 9908); 1491/2003, de 10 de noviembre (A. 1770); 955/2007, de 20 de noviembre (A. 8274).

(57) Cfr. las contundentes críticas de: E. GIMBERNAT ORDEIG, «Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida», en E. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO / M. GURDIEL SIERRA / E. CORTÉS BECHIARELLI (Coordinadores), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, Tirant lo Blanch, pp. 440-443; A. GIL GIL, *El Delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*, Barcelona, 2007, Atelier, pp. 296-315. Críticamente también se manifestó el homenajeado, J. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 4.^a ed. (aumentada y corregida por H. HORMAZÁBAL MALARÉE), Barcelona, 1994, PPU, p. 299, alegando la posible discriminación, contraria al art. 14 CE, si el Derecho penal hace depender la protección a las víctimas en función de sus características personales, por ej., de su comportamiento excesivamente descuidado o ingenuo.

hechos propios. En efecto, este último se encuentra vinculado a la responsabilidad jurídico-penal que le incumbe al sujeto que comete el hecho delictivo, y sirve para excluir tal responsabilidad en la medida en que se le quiera cargar a dicho sujeto con hechos ajenos. Pero dicho principio no va dirigido a fundamentar una responsabilidad etérea de la víctima, tal vez cimentada en normas sociales, pero desde luego, no jurídicas, que en cuanto víctima –y salvo contadas excepciones (58)– no puede incurrir en responsabilidad jurídico-penal por la misma norma que infringe el sujeto activo del delito.

En el ámbito doctrinal, las propuestas para determinar la influencia en estos casos sobre la responsabilidad penal son variadas (59). Algunos autores coinciden con la antigua tesis jurisprudencial de rebajar la gravedad de la clase de imprudencia, de grave a leve (60); otros optan por aceptar una reducción de la pena en el caso de las heteropuestas en peligro consentidas (61); un tercer sector, aunque mediante una argumentación muy ceñida al caso que se estudia,

(58) Estoy pensando en supuestos como el siguiente: si un chico y una chica, menores de 13 años, realizan un coito, plenamente consentido por ambas partes, cometen cada uno de ellos un acto plenamente antijurídico de abuso sexual previsto en el art. 181.2, de modo que cada uno es autor y víctima simultáneamente respecto al otro. Al ser ambos menores de 14 años, son inimputables y no pueden ser responsables de conformidad con el art. 3 de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores; pero pueden ser sometidos a medidas de protección de menores, de una considerable gravedad, como por ejemplo la asunción de su tutela por una entidad pública, en virtud de lo dispuesto en la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor.

(59) De forma diferenciada según los grupos de supuestos: U. JOSHI JUBERT, «Concurrencia de culpas y conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 42, 1989, pp. 741-742; D. M. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general I*, Madrid, 1996, Universitas pp. 526-527, admitiendo desde la exención de pena hasta la degradación de la imprudencia del autor.

(60) En este sentido: A. TORÍO LÓPEZ, «Significación dogmática de la «compensación de culpas» en Derecho penal», en *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 1989, p. 723; M. CANCIO MELIÁ / E. PEÑARANDA RAMOS, «Primer comentario», en M. DÍAZ GARCÍA / J. M. PAREDES CASTAÑÓN (Coords.), *Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999. Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater)*, León, 2004, Universidad de León, pp. 41-44. Previamente, M. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, cit., pp. 345-346, había afirmado la necesidad de atenuar la responsabilidad del autor, aunque dudaba acerca de si tal atenuación debía concretarse en degradar la gravedad de la imprudencia o en operar en el marco de la medición de la pena, aunque parecía decantarse por esta última solución.

(61) De esta opinión, E. GIMBERNAT ORDEIG, «Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida», en *Estudios*

reserva tal atenuación para la etapa de individualización judicial de la pena (62). Sólo algún autor parece oponerse a la atenuación (63).

Desde la perspectiva constitucional, creo que se impone la reducción de la responsabilidad penal del autor, en atención a que el hecho no le pertenece a él en exclusiva, en cuanto que la víctima ha contribuido a causar el resultado. No se trata de «compensar» la culpa, ya que la culpa –o mejor: la responsabilidad– de cada uno es personal, intransferible y, precisamente, en virtud del principio que estoy estudiando, no compensable. Se trata simplemente de reconocer la virtud del principio de responsabilidad personal por hechos propios, que ciertamente no impone una concreta solución dogmática para estos casos, pero sí exige que el hecho de nuestro conductor sea castigado de una manera que ponga de relieve que el mismo no se le atribuye enteramente como propio (64).

4. El artículo 31.2 del Código Penal

Básicamente la punición de las personas jurídicas sigue dos modelos: el de responsabilidad vicarial o heterorresponsabilidad, conforme al cual la responsabilidad de la persona física se transfiere a la persona jurídica (65), de forma que tal responsabilidad de la persona jurídica se deriva de un hecho ajeno; por el contrario, el modelo de autorresponsabilidad o de culpabilidad de empresa fundamenta la responsabilidad en la culpabilidad de la propia empresa, derivada normalmente de la falta de controles o medidas de organización, de la ausencia de instauración en ella de «una auténtica cultura destinada a fomentar en su actividad los valores que encarna la ley» (66).

penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón, cit., pp. 447 y 448, atenuación que en su opinión debe operar dentro del marco punitivo correspondiente.

(62) Cfr., así, M. DÍAZ GARCÍA / J. M. PAREDES CASTAÑÓN, «Segundo comentario», en *Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor*, cit., pp. 81-83. Parece inclinarse también por esta solución, A. SERRANO MAÍLLO, *La compensación en Derecho penal*, Madrid, 1996, Dykinson, p. 122 ss. (donde analiza las diferentes posibilidades de fundamentar la atenuación), y especialmente p. 148.

(63) Cfr. M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992, pp. 307-311, especialmente pp. 310-311, nota 365.

(64) La reducción de la pena supondría una solución similar a la de castigar en los delitos dolosos sólo por tentativa inidónea a los responsables de autoría accesoria, pese a la producción del resultado, solución que desde luego no cabe en los delitos imprudentes de resultado.

(65) Sobre tal transferencia, cfr. A. NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., p. 162.

(66) Así describe este sistema A. NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., p. 150.

Desde la óptica del principio constitucional aquí estudiado, el modelo de autorresponsabilidad o de culpabilidad de empresa no plantea problemas, puesto que la responsabilidad no se deriva de un hecho ajeno sino de un hecho propio, sin entrar ahora en la manera en que se configura ese hecho propio. Las dificultades se pueden suscitar en la medida en que se admita que un mismo e idéntico hecho genere responsabilidad tanto para la persona física como para la persona jurídica. Ahora bien, si el hecho imputado a la empresa manifiesta un injusto propio y diferenciado, en el sentido de una *culpa in vigilando*, cada una de tales responsabilidades –la de la persona física y la de la persona jurídica– quedaría vinculada a un hecho propio y no resultaría vulnerado el principio del que me ocupo. Sin embargo, este modelo de autorresponsabilidad me genera inquietud pues obliga a instaurar en la empresa una especie de comunión con la ideología que se deriva del sistema penal. Tal adhesión recuerda demasiado a la idea de «democracia militante», hasta el punto de que casi se podría calificar de «ideología penal militante», cuando precisamente la construcción de «democracia militante» ha sido rechazada sin paliativos por la doctrina del Tribunal Constitucional, a partir de la sentencia 48/2003, de 12 de marzo, fundamento jurídico 7 (67). Lo que exigen las normas penales es que se evite su infracción, pero no que se esté de acuerdo con ellas.

Por el contrario, es muy difícil que el sistema vicarial o de la heterorresponsabilidad pueda ser considerado conforme con el principio que es estudiado en estas páginas, en la medida en que en él la sanción penal de la empresa se anuda a un hecho ajeno, al hecho cometido por la persona física que actúa en nombre o por cuenta de la persona jurídica (68). Puesto que tanto el artículo 129 (ya examinado anterior-

(67) Tal STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 7, declara lo siguiente: «en nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de democracia militante [...], esto es, un modelo en el que se imponga no ya el respeto sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución». En el mismo sentido, vid. también SSTC 5/2004, de 16 de enero, FJ 17; 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 4; 12/2008, de 29 de enero, FJ 6; 31/2009, de 29 de enero, FJ 13.

(68) Correctamente expresa J. M. ZUGALDÍA ESPINAR, «La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español» en *Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, cit., p. 893: «Desde el punto de vista constitucional cabe suponer que si el principio de legalidad (y una de sus consecuencias: el principio del hecho –exigencia de acciones u omisiones–) y el principio de culpabilidad constituyen garantías constitucionales del derecho sancionador tanto para personas físicas como para personas jurídicas, la sanción a una persona jurídica debe estar basada en *su propia acción* y en *su propia culpabilidad*, y no en una acción o en una culpabilidad «tomada prestada» de la persona física que actuó en nombre o interés de la persona jurídica» (cursivas en el original).

mente) como el artículo 31.2 del Código Penal se inspiran en el sistema vicarial (69), no parece que puedan ser considerados adecuados a lo que exige la Constitución.

De acuerdo con el tenor literal del artículo 31.2 (70), sólo aplicable en los delitos especiales, la persona jurídica no resulta condenada en la sentencia a cumplir una pena de multa, pero se le hace responsable del pago de dicha pena de multa impuesta a la persona física (al «autor del delito»). Se produce, pues, una transferencia de responsabilidad: de la persona física condenada y, por tanto, responsable a la persona jurídica que no ha sido condenada y por lo tanto no es, en sentido estricto, responsable del hecho, aunque sí *ope legis* del pago de la multa. Por otro lado, la responsabilidad del pago de la multa se impone de forma «directa y solidaria», lo que desde luego no implica que lo que sin duda tiene naturaleza de pena –porque así lo expresa la norma–, se transmute en una consecuencia distinta, civil o administrativa. Ahora bien, según las reglas generales de las obligaciones solidarias ello supone que el acreedor, esto es: el Estado, «puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente» (71); y que «el pago hecho por uno de los deudores solidarios extingue la obligación» (72).

Aunque el precepto ha hecho correr ríos de tinta, normalmente además en sentido muy crítico, no tengo intención de examinar esa amplia bibliografía. Me interesa ante todo la valoración en clave constitucional del precepto, terreno en el que la tendencia general en la doctrina ha sido la de eludir un juicio tajante de inconstitucionalidad, mediante el rodeo de considerar que la responsabilidad de pago que establece es, según opinión mayoritaria, de carácter civil –con olvido de que el precepto se refiere expresamente a la «pena de multa»–. También es verdad que esa tendencia de restringir las declaraciones de inconstitucionalidad es la propia y característica del Tribunal Constitucional, órgano que se autolimita en esa tarea con la intención de respetar la voluntad soberana del legislador democrático.

(69) También existen en el Código otras normas que reflejan el sistema vicarial. Así, en los arts. 262.1 y 369.2 se imponen penas a personas jurídicas por hechos cometidos por personas físicas. Y al revés, el art. 318 prevé el supuesto contrario de hecho «atribuido» o cometido por persona jurídica, del que responden las personas físicas «responsables de los mismos».

(70) El texto del precepto es como sigue: «En estos supuestos, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó».

(71) De conformidad con lo establecido en el art. 1144 del Código Civil.

(72) Esto es lo que prescribe el art. 1145 del Código Civil.

Con este laudable objetivo de salvar la posible inconstitucionalidad de la norma, me parece que son dignas de resaltar las interpretaciones de algunos autores. Gómez-Jara Díez estima que esto se puede conseguir si la responsabilidad penal de la persona jurídica se vincula a la circunstancia de que ostenta una posición de garante que le obliga al cumplimiento de unos deberes penales de supervisión de las actuaciones de sus empleados (73). Pero si, con el vigente Código Penal en la mano, la persona jurídica infringe tales deberes de supervisión, no está, por ejemplo, eludiendo el pago de un tributo, tal y como exige el artículo 305 del Código Penal, que define el delito fiscal. La inexistencia de una cláusula general o específica sobre tales deberes de supervisión determina entonces que si se impone a la empresa el pago de una multa porque su administrador eludió el pago del impuesto de sociedades, se está infringiendo el principio de legalidad ya que la conducta de infringir los deberes de supervisión no es subsumible sin más en el citado artículo 305 (74).

Por su parte, Silva Sánchez y Ortiz de Urbina Gimeno, pese a rechazar por sus muchos defectos el artículo 31.2, proponen, para evitar su inconstitucionalidad, considerarlo como un modelo de responsabilidad por deuda de Derecho público proveniente de sanción ajena (75). Ahora bien, a mi juicio esta elaborada calificación choca con la atribución de una diferente naturaleza a una misma medida. En efecto, si en el artículo 31.2 la responsabilidad para la persona jurídica es directa y solidaria, también debe serlo necesariamente para la persona física condenada por el hecho en la sentencia, pues la calificación de una obligación como solidaria significa que tiene este mismo carácter para todos los codeudores. Pues bien, según la concepción de estos autores una misma consecuencia jurídica es calificada como pena para un sujeto (la persona física) y como aseguramiento patrimonial de una deuda de Derecho público, para otro sujeto (la persona jurídica). Se trata, en definitiva, del método, rechazado con razón por Spolanski, de que una misma sanción sea

(73) Cfr. C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, «El nuevo art. 31.2 del Código Penal: cuestiones de *lege lata* y de *lege ferenda*», *La Ley*, 2006, t. 4, p. 1599.

(74) En sentido similar, cfr. B. SCHÜNEMANN, «La responsabilidad penal de las empresas y sus órganos directivos en la Unión Europea», en M. BAJO FERNÁNDEZ (Director) y S. BACIGALUPO / C. GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coords.), *Constitución Europea y Derecho penal económico. Mesas redondas Derecho y Economía*, Madrid, 2006, Edit. Universitaria Ramón Areces, pp. 148-149.

(75) Cfr. J. M. SILVA SÁNCHEZ / I. ORTIZ DE URBINA GIMENO, «El art. 31.2 del Código Penal. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la pena de multa?», *InDret* (www.indret.com), núm. 2, 2006, p. 39 s.

pena para la persona física y deje de serlo cuando solidariamente se impone a la persona jurídica.

Aparte de que el precepto puede chocar contra otros derechos fundamentales (76), conviene recordar que el Tribunal Constitucional, en su sentencia 76/1990, de 26 de abril, FJ 4 B), ha declarado inadmisibles la responsabilidad solidaria en Derecho penal (77). La inconstitucionalidad del artículo 31.2, motivada por la infracción del principio de responsabilidad por hechos propios (78), sólo podría ser evitada, como ya se ha dicho, por una declaración del Tribunal Constitucional en el sentido de excluir a las personas jurídicas del ámbito de aplicación del mencionado principio. Pero si así fuera, el Supremo Intérprete de la Constitución debería fundamentar esa exclusión en muy buenas razones, pues además de que así no atribuiría idénticas garantías a todo el ámbito penal, ¿podría ser considerado conforme con las ideas de racionalidad y de razonabilidad –a las que las resoluciones de ese Tribunal tienen tanto apego– castigar penalmente a una persona

(76) Puesto que los órganos de justicia suelen ser reacios a aplicar una norma que conduce a resultados abiertamente irracionales, me cuesta trabajo imaginar que, siguiendo estrictamente el art. 31.2 CP, que no requiere condenar en la sentencia a la persona jurídica, un tribunal pudiera imponerle a ésta el pago de la multa sin respetar su derecho a la defensa y la garantía de la contradicción (art. 24.1 y 2 CE), es decir, sin considerarla parte penal (y en su caso también civil) en el proceso, sin permitirle alegar por ejemplo que la persona física no actuó en su nombre o a su cuenta, o sin tolerarle argumentar que ha habido una confusión y que se trata de otra persona jurídica la que verdaderamente tiene relación con el autor, etc. Pero técnicamente una aplicación estricta del precepto penal en cuestión podría vulnerar garantías procesales básicas previstas en la Constitución.

(77) Declara esta STC 76/1990, de 26 de abril, FJ 4 B) lo siguiente: «[...] no es trasladable al ámbito de las infracciones administrativas la interdicción constitucional de la responsabilidad solidaria en el ámbito del Derecho penal, puesto que no es lo mismo responder solidariamente cuando lo que está en juego es la libertad personal –en la medida en que la pena consista en la privación de dicha libertad– que hacerlo a través del pago de una cierta suma de dinero en la que se concreta la sanción tributaria, siempre prorrateable a posteriori entre los distintos responsables individuales». Creo que la declaración es contundente, pese a la simplificación que supone identificar la pena con la privación de libertad, con olvido de que la legislación penal también incluye multas y otras penas pecuniarias, así como otras penas restrictivas de diferentes derechos.

(78) Coincide con la idea de que es «posible» que el precepto vulnere este principio: J. G. FERNÁNDEZ TERUELO, «Obligación solidaria de la empresa de hacer frente al pago de la multa penal impuesta a su representante (criterios de regulación y consecuencias del nuevo apartado segundo del art. 31 del Código Penal derivado de la reforma 15/2003)», *Revista de Derecho y proceso penal*, núm. 13, 2005, p. 37 s. Aunque plantea el problema, no se pronuncia sobre la posible inconstitucionalidad F. J. ALVAREZ GARCÍA, «El nuevo artículo 31.2 del Código Penal», *Revista de Derecho Penal (Lex Nova)*, núm. 12, mayo 2004, pp. 125 ss. y notas 28 y 29.

jurídica por un hecho que en realidad es imputable a otra persona jurídica? Sinceramente, teniendo en cuenta que en esa hipótesis resulta afectado el núcleo más duro del principio de responsabilidad por el hecho propio, yo creo que no.

Para que el derecho no se detenga a las puertas de los CIE

Análisis del régimen jurídico del internamiento de extranjeros

MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA

Catedrática de Derecho penal. Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. Introducción.–II. La peculiar naturaleza jurídica del internamiento de extranjeros.–III. La autorización judicial del internamiento: ¿una auténtica garantía? –IV. La normativa sobre la ejecución del internamiento.–V. Centros de Internamiento: agujeros negros del Estado de Derecho: 1. La custodia y gestión policial de los CIE. 2. La insuficiencia de la normativa sobre régimen y funcionamiento de los CIE. 3. Necesidad de un auténtico control judicial de la ejecución del internamiento.–VI. La Directiva de la Vergüenza y los intentos de ampliar el plazo de internamiento en el marco de la reforma de la Ley de Extranjería.–VII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN (1)

El presente artículo tiene por objeto analizar una figura jurídica y una realidad tan desconocida como la privación de libertad que prevé la Ley de Extranjería para personas que no han cometido ningún delito, sino que tan sólo han entrado o residen en nuestro país de forma administrativamente irregular. Se trata probablemente de la figura

(1) Este artículo ha sido escrito en el marco del proyecto de investigación «El internamiento de extranjeros: informes, propuestas de regulación, recomendaciones y actuaciones concretas para un mayor respeto de los derechos fundamentales», financiado por el Colegio de Abogados de Madrid en la Convocatoria 2008 para Ayudas para Proyectos de Responsabilidad Social de la Abogacía.

jurídica que más tensiona los principios de nuestro Estado de Derecho y un magnífico termómetro para medir el grado de deterioro de la actuación pública en cuanto al respeto a los derechos humanos.

Pocos días antes de que este trabajo fuera enviado a la imprenta, se produjo la aprobación de la última reforma de la Ley de Extranjería (2), que ha modificado algunos aspectos del internamiento. Estas modificaciones definitivas sólo han podido ser recogidas en notas al pie, si bien en el texto se da cumplida cuenta del polémico y contestado proceso de reforma ya culminado, durante el cual muchas personas y colectivos sociales han luchado por que no restringieran aún más los derechos fundamentales de los migrantes y para que el Derecho no se detenga a las puertas de esos infames lugares llamados CIE (Centros de Internamiento para Extranjeros) (3).

II. LA PECULIAR NATURALEZA JURÍDICA DEL INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS

De acuerdo con la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante LOEX o Ley de Extranjería), son varias las situaciones que pueden deparar la privación de libertad del extranjero y su ingreso en un Centro de Internamiento (4). El supuesto regulado con más claridad es el del extran-

(2) Operada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, publicada en el BOE de 12 de diciembre de 2009.

(3) En el marco del proceso de reforma de la Ley de Extranjería, INMIGRA-PENAL (Grupo Inmigración y Sistema Penal) puso en marcha una campaña (titulada de la misma manera que este artículo: «Para que el Derecho no se detenga a las puertas de los CIE») destinada a evitar que prosperara la ampliación del plazo de internamiento y la posibilidad de suspender su cómputo. Al mismo tiempo se solicita a todos aquellos que intervienen en el actual proceso de reforma que se aproveche la ocasión para mejorar las condiciones jurídicas y materiales del internamiento. En este artículo se exponen algunas de nuestras principales reivindicaciones, como que se garantice un auténtico y efectivo control judicial de esta privación de libertad y la necesidad de completar la normativa sobre régimen y funcionamiento de los CIE. Más información sobre la campaña y los documentos elaborados en: <http://www.inmigrapenal.com/>

(4) De forma más sistemática, el art. 153.2 del Reglamento de la LO 4/2000 (en adelante RE) recoge los supuestos en que cabe el internamiento: «2. Sólo se podrá acordar el internamiento del extranjero cuando concurren alguno de los siguientes supuestos:

Que haya sido detenido por encontrarse incurso en alguno de los supuestos de expulsión de los párrafos *a)* y *b)* del apartado 1 del artículo 54, así como los párrafos *a)*, *d)* y *f)* del artículo 53 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

jero que comete alguna infracción administrativa susceptible de ser castigada con la sanción de expulsión, como por ejemplo, hallarse irregularmente en territorio español por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización [art. 53 a) LOEX]. En estos casos, como veremos con más detenimiento, puede decretarse el internamiento del extranjero como medida cautelar en el marco del procedimiento sancionador. Pero también puede acordarse el internamiento en los supuestos de devolución, que proceden cuando el inmigrante que ha sido previamente expulsado contraviene la prohibición de entrada o cuando pretende entrar ilegalmente en nuestro país (art. 58 LOEX). Por su parte, se utiliza el término retorno para los rechazos en frontera (art. 60 LOEX). En los supuestos de devolución y retorno, en los que no es necesario incoar un expediente de expulsión para deportar al extranjero, si la salida de España no fuera posible durante las setenta y dos horas de la detención policial (5), se establece también la posibilidad de internamiento (6).

Cada una de estas figuras tiene sus peculiaridades, aunque todas ellas coinciden en la posibilidad de internar al extranjero con la finalidad de asegurar la salida de nuestro país. No obstante, para no perderlos en particularidades me referiré normalmente a la posibilidad regulada con mayor pormenor: el internamiento como medida adoptada en el marco de un procedimiento sancionador con el fin de asegurar la ejecución de una eventual sanción de expulsión, si bien la mayoría de las consideraciones que se realicen también resultan aplicables al internamiento como medida asegurativa de la devolución o

Que se haya dictado resolución de retorno y ésta no pueda ejecutarse dentro del plazo de setenta y dos horas, cuando la autoridad judicial así lo determine.

Cuando se haya dictado acuerdo de devolución de conformidad con lo establecido en el Reglamento.

Que se haya dictado resolución de expulsión y el extranjero no abandone el territorio nacional en el plazo que se le haya concedido para ello.»

(5) No voy a ocuparme en este artículo de los problemas y peculiaridades que plantea la detención policial de los extranjeros. Al respecto, vid. por ejemplo, SOLA RECHE, «Específicas limitaciones de la libertad permitidas por la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social», en LAURENZO COPELLO (coord.), *Inmigración y Derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 345 ss.

(6) Aunque respecto al retorno el artículo 60.1 LOEX consagra la garantía judicial del internamiento de forma muy lacónica: «[...] La autoridad gubernativa que acuerde el retorno se dirigirá al Juez de Instrucción si el retorno fuera a retrasarse más de setenta y dos horas para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta que llegue el momento del retorno».

del retorno, sobre todo aquellas referidas los problemas jurídicos y materiales de los Centros de Internamiento.

Así, un extranjero en situación irregular puede ser detenido por la policía y serle incoado un expediente sancionador susceptible de concluir con la sanción de expulsión. El instructor del procedimiento, si lo estima pertinente y prevé que la expulsión no podrá verificarse en el plazo de las setenta y dos horas de detención policial, puede solicitar al juez competente –el Juez de Instrucción del lugar donde se produjo detención– que autorice el ingreso del extranjero en un Centro de Internamiento mientras se tramita el expediente sancionador. Dicho internamiento no puede superar los cuarenta días, al término de los cuales el extranjero habrá de ser puesto en libertad aunque no haya recaído la sanción de expulsión o ésta no se haya podido ejecutar.

La primera peculiaridad sobre la que conviene llamar la atención, es sobre la naturaleza jurídica del internamiento. El internamiento de extranjeros formalmente no es una sanción. No es una sanción penal, pero tampoco es una sanción administrativa. Cuando dicha medida se adopta en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, su naturaleza es la de una medida cautelar consistente en la privación de libertad que tiene por finalidad asegurar la ejecución de la eventual sanción administrativa: la salida coactiva del territorio nacional (7). El equivalente al internamiento en el proceso penal sería la prisión preventiva, y no deja de llamar la atención el hecho de que se pueda privar de libertad a una persona para asegurar una eventual sanción administrativa –la expulsión– impuesta no por la comisión de un delito, sino por una infracción de naturaleza administrativa cual es, por ejemplo, la estancia irregular en nuestro país. Tal posibilidad no puede sino generar una serie de dudas.

La primera gran duda es si el internamiento de extranjeros no vulneraría el artículo 25.3 de la Constitución en cuanto establece que «la Administración civil no podrá imponer sanciones que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad». Hay autores que niegan esta vulneración con el argumento de que el internamiento que estamos analizando es una medida cautelar y no una sanción propiamente dicha, tal y como exige el mencionado precepto (8). No comparto este argu-

(7) Hay quien entiende que en los casos de devolución y retorno el internamiento no debería conceptuarse como medida cautelar, sino que se trata más bien de «un supuesto de ejecución forzosa de una resolución administrativa». Así, por ejemplo, respecto a la devolución, la Circular 2/2006 sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España, de la Fiscalía General del Estado.

(8) En este sentido VILLAVERDE MENÉNDEZ, I: «El régimen jurídico-constitucional de la detención e internamiento de los extranjeros con ocasión de su expulsión del Estado», en PRESNO LINERA (coord.), *Extranjería e inmigración: aspectos jurídi-*

mento por su carácter excesivamente formal. Una interpretación del artículo 23.5 CE acorde a su fin, que no es otro que la protección del derecho fundamental a la libertad, aconsejaría no excluir de su ámbito las medidas cautelares privativas de libertad. Las razones para impedir que la Administración civil pueda imponer sanciones que supongan la privación de libertad existen igualmente y probablemente cobran mayor fuerza para prohibir que pueda decretar medidas cautelares privativas de libertad. Entiendo, pues, que no cabe excluir las medidas cautelares del ámbito de protección del artículo 25.3 de la Constitución.

Fue otro el argumento utilizado por el Tribunal Constitucional para negar que el internamiento previsto en la Ley de Extranjería vulnerase dicho precepto. El que sea un juez quien, a petición de la Administración, dicte el Auto de internamiento, permitió al Tribunal Constitucional, en su Sentencia 115/1987, declarar que, sin perjuicio del carácter administrativo de la expulsión, la decisión acerca del internamiento es una decisión judicial y que, por lo tanto, no vulneraría el artículo 25.3 de la Constitución, en cuanto establece que «la Administración civil no podrá imponer sanciones que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad».

Nótese cómo el Tribunal Constitucional concibe en esta resolución el artículo 25.3 como una garantía relativa al órgano que decreta la privación de libertad –poder judicial *versus* administración– y no como una garantía por razón de la materia –ámbito penal *versus* derecho administrativo– (9). No es éste el momento de abordar con mayor detenimiento la, sin duda compleja, cuestión del significado y alcance de la garantía constitucional consagrada en el artículo 25.3 CE. Baste lo apuntado y la necesaria precisión de que la declarada constitucionalidad del internamiento en relación con dicho artículo no eclipsa la extraña naturaleza jurídica de esta figura en cuanto permite suspender un derecho tan básico como la libertad ambulatoria para asegurar la ejecución de una eventual sanción de naturaleza administrativa: la expulsión, que incluso puede llegar a no imponerse por estar prevista de forma alternativa junto a la sanción de multa. Esto genera, no sólo dudas acerca de la legitimidad ética y jurídica del internamiento, sino también dudas acerca de su constitucionalidad, no desde la perspectiva del artículo 25.3, sino desde el prisma del propio artículo 17 de la

cos y socioeconómicos, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 147 ss, pp. 182-183. También MARTÍNEZ PARDO, V., *Detención e internamiento de extranjeros*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, p. 106.

(9) Críticamente sobre esta interpretación, MONCLÚS MASÓ, *La gestión penal de la inmigración. El recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios*, Ed. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008, pp. 474 ss.

Constitución en cuanto consagra el derecho a la libertad, cuya privación ha estar supeditada al principio de proporcionalidad.

La conceptualización del internamiento, al menos formalmente, como una medida cautelar es una conclusión que no ha de perderse de vista pues de ella habrán de extraerse importantes garantías, como por ejemplo la no procedencia del internamiento cuando resulte altamente improbable que la expulsión pueda llevarse a efecto. Tampoco ha de perderse de vista el carácter excepcional de la medida de internamiento, pues como ya subrayaba el Tribunal Constitucional en la referida STC 115/1987, «este carácter excepcional exige la aplicación del criterio hermenéutico del *favor libertatis*, lo que significa que la libertad debe ser respetada salvo que se estime indispensable la pérdida de libertad del extranjero por razones de cautela o prevención» (FJ 1.º) (10). A estas características me referiré con algo más de detenimiento en el epígrafe siguiente.

Pero antes de analizar estas cuestiones, no puedo sino poner de manifiesto el temor fundado de que el internamiento de extranjeros pueda utilizarse, incluso se esté utilizando, no como una medida cautelar sino como una sanción encubierta destinada a castigar la irregularidad administrativa u hostigar al inmigrante para que regrese a su país y disuadir a los que aun estén pensado en emprender la aventura migratoria. Sería interesante saber cuántos miles de extranjeros «sin papeles» pueden ser internados a lo largo del año por los CIE: ¿doscientos mil?, ¿trescientos mil? En cualquier caso una cifra elevada que permitiría extender el efecto hostigamiento a un número muy relevante de inmigrantes irregulares. Igualmente resultaría muy interesante que el Ministerio del Interior informara de cuántas de esas personas son realmente expulsadas y cuántas simplemente entran y salen de los CIE, pues quizá no sea la expulsión uno de los lúgubres pilares de la política migratoria europea y española, quizá ese pilar sea más bien la privación de libertad (11).

(10) Sobre el carácter excepcional y la naturaleza cautelar del internamiento, vid. TOMÉ GARCÍA, José Antonio: *Intervención del juez penal en la expulsión de extranjeros*, Ed. Colex, Madrid, 2006, pp. 21 ss.

(11) A partir del año 2002 el *Anuario Estadístico del Ministerio del Interior* no proporciona información sobre las expulsiones y órdenes de devolución dictadas, sino tan sólo sobre las ejecutadas, de tal manera que, como indica MONCLÚS MASÓ (*La gestión penal de la inmigración...*, *op.cit.*, pp. 398-399), «no podemos saber si el gran incremento de las materializadas es producto de una mayor eficacia en la ejecución de las órdenes de expulsión dictadas, o de que se dicta un volumen muy superior de órdenes de expulsión. En el segundo caso se trataría de una política de expulsiones de consecuencias muy negativas, porque generaría una bolsa de inmigrantes «inexpulsables» y difícilmente regularizables que son abocados a la marginación y exclusión

III. LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DEL INTERNAMIENTO: ¿UNA AUTÉNTICA GARANTÍA?

El Tribunal Constitucional en la famosa Sentencia 115/1987 estableció que la intervención judicial, que permitía salvar la constitucionalidad de la medida, no debía ser un simple acto de ratificación formal de la solicitud administrativa de internamiento, sino suponer una auténtica garantía del derecho a la libertad personal que se ve afectado (12). Sin embargo, existen bastantes indicios de que en la actualidad la intervención de los Jueces de Instrucción no está suponiendo un auténtico control de la procedencia y legitimidad de la medida de internamiento. Es cierto que el Juez de Instrucción del lugar donde se produce la detención del extranjero, que es el competente, no ha de entrar a examinar la procedencia de la expulsión, que es una sanción administrativa que corresponde adoptar al órgano administrativo y, en su caso, ratificar o anular a la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin embargo, ello no quiere decir que no posea un importante margen de valoración que ha de ser ejercido. Así, habrá de examinar lo que en la teoría general de las medidas cautelares se denomina *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, que le obliga a analizar, entre otros extremos, si se cumplen los requisitos formales de procedimiento y competencia, que las causas invocadas en el expediente puedan dar lugar a internamiento y hay quien entiende que,

social». Efectivamente, téngase en cuenta que el tener una orden de expulsión prácticamente imposibilita cualquier intento de regularización. En las páginas 396 y siguientes nos ofrece la autora un detallado análisis de las cifras ofrecidas en el mencionado *Anuario*.

(12) Según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las detenciones e internamientos del art. 5.1. f) CEDH son conformes al Convenio cuando estén previstas y reguladas con claridad en una norma con rango suficiente, siempre que exista un control judicial, tengan fijado un tiempo máximo de duración y se arbitren los mecanismos necesarios para que el privado de libertad disponga de información sobre su situación, de asistencia jurídica y humanitaria y el lugar donde esté privado de libertad presente unas condiciones dignas. Vid al respecto, VILLAVARDE MENÉNDEZ, *Régimen jurídico-constitucional...*, pp 168-169. El art. 5.1.º f) del Convenio admite la privación de libertad «si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que está en curso un procedimiento de expulsión o extradición», estableciendo como derechos del privado de libertad el ser informado en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda de las razones de su privación de libertad, a presentar un recurso ante un órgano judicial para que se pronuncie con celeridad sobre la legalidad de tal privación de libertad. También tendrá derecho a una reparación cuando la detención o internamiento hayan sido llevados a cabo en condiciones contrarias a dicho precepto.

incluso, el Juez ha de analizar si en el caso concreto aparentemente concurre o no dicha causa, aunque no pronunciarse taxativamente sobre la concurrencia o no de la misma, para lo cual será necesario que el órgano administrativo motive suficientemente su solicitud de internamiento (13). El Juez de Instrucción también habrá de valorar si el internamiento que se solicita está justificado desde la perspectiva de su carácter excepcional (14) y por ejemplo denegarlo cuando se puedan adoptar otras medidas cautelares menos lesivas. En esta línea resultaría conveniente que el artículo 61 LOEX, que hace referencia a las medidas cautelares, no se configurara como una lista cerrada, de tal forma que cupieran otras medidas cautelares, como el aval de organizaciones humanitarias o ciudadanos o cualquier otra que el Juez pueda considerar oportuna (15). Además, y esto es sumamente importante, el carácter excepcional del internamiento se deriva del carácter excepcional de la expulsión como sanción a la estancia irregular, pues esta infracción está también sancionada con la pena de multa y sólo ante la concurrencia de circunstancias excepcionales se puede imponer la sanción de expulsión del territorio nacional. Así lo ha reiterado el Tribunal Supremo (Sentencia de la Sección 5.^a de la Sala de lo Contencioso-administrativo de 9 de marzo de 2007, dictada en el recurso de casación núm. 9887/2003) y el Tribunal Constitucional (Sentencia de 15 de junio de 2009, dictada en el recurso de amparo núm. 3520/2005)–, debiendo ser expresamente motivada en la resolución administrativa la opción por la expulsión en detrimento de la multa.

El Juez de Instrucción, a la hora de autorizar el internamiento, habrá de tener presente el referido carácter cautelar y no sancionador de la medida, de tal manera que tendrá necesariamente que denegarlo cuando desde el principio aparezca como segura o muy probable la imposibilidad de expulsar al extranjero en cuestión, lo cual sucede en muchísimos supuestos: porque se trata de un nacional de un país que no colabora y que no reconoce a sus nacionales, porque el extranjero

(13) En este sentido, TOMÉ GARCÍA, *Intervención de juez penal...*, *op. cit.*, p. 49.

(14) También se acentúa el carácter excepcional del internamiento en la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2006 sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España y en la Circular 3/2001 sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería.

(15) Finalmente, la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, ha dado satisfacción a esta reivindicación, introduciendo en el artículo 61.1 una letra *f*) según la cual el juez puede adoptar cualquier otra medida cautelar que estime pertinente.

ya tiene una anterior orden de expulsión que no se pudo hacer efectiva, etc. En resumen, en palabras del Tribunal Constitucional: «el órgano judicial habrá de adoptar libremente su decisión teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el caso, en el bien entendido, no las relativas a la decisión de expulsión misma (sobre las que el juez no ha de pronunciarse en este procedimiento), sino las concernientes, entre otros aspectos, a la causa de expulsión invocada, a la situación legal y personal del extranjero, en la mayor o menor probabilidad de su huída o cualquier otra que el juez estime relevante para adoptar su decisión» (FJ 1.º) (16). Sólo si la decisión judicial huye del automatismo y valora motivadamente la procedencia de la medida, podrá afirmarse que estamos ante una garantía del derecho a la libertad personal del afectado y no ante un simple acto de ratificación formal.

No estaría de más que la LOEX recogiera expresamente estos criterios de ponderación, resultando muy deficiente la actual regulación de los criterios que el juez ha de tener en cuenta a la hora de autorizar o denegar el internamiento, proponiéndose la siguiente redacción: «*El juez, previa audiencia del interesado y del Ministerio Fiscal, dictará auto motivado autorizando o denegando el internamiento de acuerdo con el principio de proporcionalidad, la naturaleza cautelar y el carácter excepcional de la medida. El juez ponderará el riesgo de fuga y demás posibilidades de elusión de la expulsión junto con las posibilidades de que el expediente concluya con la sanción de expulsión y de que ésta se ejecute*» (17). Resulta, además, totalmente rechazable la referencia que hace el actual artículo 62 de la LOEX a la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros

(16) Así, por poner un ejemplo, razonando desde la excepcionalidad de la medida y su carácter cautelar, el Auto de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid, Ponente Arturo Beltrán Núñez, de 3 de marzo de 2009, que estima el recurso de apelación frente a un autor de internamiento, argumentando que «el apelante ha acreditado que está empadronado en ..., que ha contado con el apoyo de la asociación Lleida Solidaria donde aprendió español para inmigrantes, que la orden de expulsión es del delegado del Gobierno en Ceuta, del año 2005, tras lo cual se autorizó su traslado a la península, lo cual al menos, es indicativo de la dificultad de ejecución de tal resolución y de todo esto se desprende que no está justificada la privación de libertad de quien no ha delinquido, cuando es dudoso que sea posible la ejecución de la expulsión, y, de serlo, puede lograrse buscando al extranjero en su domicilio».

(17) Ésta, junto con la posible creación de una jurisdicción especial, es una de las propuestas de regulación planteadas por el Grupo Inmigración y Sistema Penal en el documento *El internamiento de extranjeros en Proyecto de LO de Reforma de la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Propuestas y razones para su modificación*. Este informe puede hallarse en <http://www.inmigrapenal.com>.

procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes. Estas circunstancias sólo podrían tener relevancia en cuanto incrementan el riesgo de fuga, pero su mención autónoma propicia la comprensión del internamiento como una sanción en la que también se tienen en cuenta los antecedentes (18).

Sin embargo, el examen y valoración de los extremos apuntados exigen un conocimiento no sólo de la normativa, sino también de las prácticas en extranjería, resultando bastante improbable que un órgano judicial cuya competencia se determina por un criterio tan aleatorio como el estar de guardia en el momento en que se solicita el internamiento posea los conocimientos y medios para valorar cuestiones como las mencionadas. En esta línea el Defensor del Pueblo, en su *Informe sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España*, ya recomendaba que se adoptasen las reformas oportunas en orden a atribuir la competencia para autorizar los internamientos a los juzgados de lo contencioso-administrativo, aunque quizá pudiera darse un paso más en esta dirección y plantearse la creación de una jurisdicción especialmente encargada de temas de extranjería. Ha de tenerse en cuenta que el derecho de extranjería, lejos de constituir un fenómeno marginal, representa un tanto por ciento muy elevado de los asuntos que conocen los tribunales contenciosos, tratándose de una materia que, es de prever, lejos de decrecer, irá en aumento.

También es una crítica que se repite en los distintos informes de instituciones y organizaciones la relativa a la inexistencia de una auténtica asistencia letrada durante los procesos de expulsión y, en concreto, en lo referido al internamiento. En palabras de Amnistía Internacional, «la presencia del abogado se limita a la audiencia de los extranjeros ante la autoridad judicial antes de ser internados en los centros y se trata de una mera presencia legal y no una verdadera asistencia letrada. La organización pudo constatar que no se celebran entrevistas entre abogado y su cliente previas a la audiencia y que los extranjeros no disponían de ningún número para poder contactar pos-

(18) Tras la aprobación de la reforma, el artículo 62 de la LOEX establece que el Juez «de acuerdo con el principio de proporcionalidad, tomará en consideración las circunstancias concurrentes y, en especial, el riesgo de incomparecencia por carecer de domicilio o de documentación identificativa, las actuaciones del extranjero tendentes a dificultar o evitar la expulsión, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas o de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes. Asimismo en caso de enfermedad grave del extranjero, el juez valorará el riesgo del internamiento para la salud pública o la salud del propio extranjero».

teriormente con su abogado» (19). Además, las posibilidades de defensa y de una efectiva asistencia letrada se reducen por el hecho de que en muchos casos el extranjero es internado en un centro muy alejado del lugar donde fue detenido, dificultando esto la comunicación con su abogado (20). Para aproximarnos a la indefensión que están padeciendo estas personas, hay que recordar que se trata en gran parte de recién llegados a nuestro país del que desconocen en muchas ocasiones incluso el idioma, en situación de gran vulnerabilidad, por lo que incapaces de suplir por sí mismas las deficiencias de la asistencia letrada y alegar a lo que sus intereses pudiera servir. Resulta evidente la gravedad de esta indefensión, pudiendo añadirse que, además, el sentido de la intervención judicial que permitió al Tribunal Constitucional afirmar la constitucionalidad del internamiento, es también permitir «al interesado presentar sus medios de defensa, evitando así que la detención presente un carácter de internamiento arbitrario» (STC 115/1987), por lo que si no se arbitran los medios necesarios para que pueda ejercerse realmente el derecho de defensa, la intervención judicial no podrá ser entendida como una auténtica garantía.

Para una mayor garantía del derecho a la libertad de los extranjeros, también debería ser objeto de reforma la intervención del Ministerio Fiscal, que de acuerdo con la actual regulación es *a posteriori*, una vez se le notifica la resolución de internamiento, habiendo considerado conveniente la Fiscalía General del Estado la presencia del

(19) Informe de Amnistía Internacional: *Los derechos de los extranjeros que llegan a las Islas Canarias siguen siendo vulnerados. Resultados de la misión de investigación de Amnistía Internacional los días 14 al 16 de junio*, p. 22. Sobre el tema del derecho a la defensa y a la asistencia letrada de los extranjeros, vid. el magnífico informe del Defensor del Pueblo: *Informe sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España*, Madrid, 2005.

(20) Vid., por ejemplo, Observatorio del Sistema Penal y de los Derechos Humanos (Informe elaborado por Héctor Silveira Gorski, Marta Monclús, Gemma Nicolás y Antoni Fernández): *Primer informe sobre procedimientos administrativos de detención, internamiento y expulsión de extranjeros en Cataluña*, Barcelona, 2003, donde se analiza no sólo la indefensión y falta de garantías derivadas de la actuación del Juez de Instrucción, sino también derivadas de la actuación de los abogados y de las prácticas administrativas durante la tramitación y decisión del expediente. Vid también, Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía: *Centros de Internamiento y Retención en España*. Octubre 2008, p. 5, (http://www.apdha.org/index.php?option=com_content&task=view&id=548&Itemid=45), entre otros muchos. Sobre la situación de indefensión que sufren los sujetos a expulsión, devolución o retorno, Silveira Gorski, Héctor: «Los Centros de Internamiento de Extranjeros y el futuro del Estado de derecho», en *Panóptico*.

Fiscal en el acto de la audiencia y la emisión de informe previo a la decisión judicial (21).

Por último, señalar que del carácter excepcional del internamiento y de su naturaleza instrumental respecto de la eventual sanción de expulsión, se deriva el que se deba levantar dicho internamiento si antes de expirar el plazo máximo han cambiado las circunstancias, por ejemplo, poniéndose de manifiesto nuevas dificultades para ejecutar la expulsión lo que determina que el mantenimiento del internamiento no resulte justificado. El levantamiento del internamiento podrá ser solicitado por el extranjero en cualquier momento. Sin embargo, dadas las deficiencias de la asistencia letrada en este ámbito, no parece que esa posibilidad sea suficiente para garantizar que no se mantengan internamientos innecesarios e injustificados, por lo que convendría que la ley introdujera alguna previsión en este sentido, como, por ejemplo, la obligación de la autoridad administrativa de, cada diez días, informar al Juzgado de Instrucción de las razones de la demora, de lo que se ha hecho y del pronóstico de expulsión.

IV. LA NORMATIVA SOBRE LA EJECUCIÓN DEL INTERNAMIENTO

En nuestro país la analizada privación de libertad tiene lugar en los denominados Centros de Internamiento de Extranjeros. Los Centros de Internamiento probablemente sean en la actualidad los espacios de mayor opacidad y el internamiento la figura que más tensiona los principios en que se basa nuestro Estado de Derecho. A pesar de ello, ni el poder ejecutivo ni el legislativo han mostrado demasiado interés en someter el internamiento de extranjeros a unas condiciones y unas garantías acordes con principios constitucionales básicos. Prueba de ello es la desganada evolución de la normativa reguladora del funcionamiento y régimen interno de estos centros. Permítaseme exponer muy brevemente dicha evolución.

Como señala Rodríguez Candela (22), el primer antecedente de los actuales CIE, se encuentra en la Ley de Vagos y Maleantes, de 1933, donde el internamiento tenía un carácter sancionador, pudiéndose apli-

(21) Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2006. Esta reivindicación sí ha sido satisfecha por la reforma de 12 de diciembre de 2009, que incorpora la necesidad de informe previo del Ministerio Fiscal en el art. 62.1.

(22) José Luis RODRÍGUEZ CANDELA, «Centros de internamiento de extranjeros», en CEREZO DOMÍNGUEZ y GARCÍA ESPAÑA, *La prisión en España. Una perspectiva criminológica*, Ed. Comares, p. 365 ss.

car, según el artículo 6.9, a los extranjeros peligrosos que habían quebrantado una orden de expulsión. Este carácter sancionador desaparece con la Ley 16/1970, de Peligrosidad y Rehabilitación Social, que establecía la posibilidad de internar de forma preventiva en centros especiales a los extranjeros que, tras haber quebrantado una primera orden de expulsión, no presentaban garantías de obedecer una segunda orden de expulsión. Este internamiento, aunque teóricamente no podía prolongarse más allá de lo estrictamente necesario, carecía de un límite temporal. Tampoco recogía un límite temporal para el internamiento el Decreto 522/1974, de 14 de febrero, por el que se regula el régimen de entrada, permanencia y salida de los extranjeros en España.

La primera Ley de Extranjería (LO 7/1985, de 1 de julio) establecía expresamente la posibilidad de que el Juez de Instrucción, a petición de la autoridad gubernativa, pudiera acordar la privación de libertad de los extranjeros como medida cautelar, por un plazo máximo de cuarenta días, limitándose a precisar que ingresarán en centros «que no tengan carácter penitenciario». No decía absolutamente nada sobre cómo llevar a cabo dicho internamiento y las consiguientes limitaciones de otros derechos fundamentales que lleva aparejada la privación de libertad, ni hacía referencia a la competencia en la custodia ni en la toma de decisiones, ni daba pautas para resolver los variados conflictos que en dicho contexto pueden surgir, ni nada apuntaba sobre los derechos y deberes de los privados de libertad. Pero lo más llamativo no fue tanto el silencio en sí de la Ley destinada a regular de forma específica la entrada y permanencia de extranjeros en nuestro país, sino que se dejaron pasar catorce años sin que se paliara mínimamente dicho vacío legal. Catorce años durante los cuales no existía norma alguna que estableciera cómo resolver las múltiples cuestiones que surgen durante la privación de libertad. Catorce años, por tanto, de favorecer el abuso y arbitrariedad, y ello a pesar de de que esta situación era denunciada año tras año por el Defensor del Pueblo en sus Informes Anuales.

Once años después de aprobada la Ley, se dictó su Reglamento de Ejecución. En sus artículos 108 a 113 establecía algunos principios y directrices muy básicos y claramente insuficientes sobre el funcionamiento de los Centros de Internamiento, terminando su artículo 113 encomendando al Ministerio de Justicia e Interior la elaboración de las normas necesarias para regular dicho funcionamiento. Así, el 22 de febrero de 1999 se dicta una Orden sobre normas de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros, donde ya de forma algo más detallada se abordaba el estatuto jurídico, régimen interior y la gestión de los centros.

Además del prolongado silencio, llama igualmente la atención el hecho de que cuando por fin se pretende regular el internamiento del extranjero se eche mano de normas de tan bajo rango. Regular el funcionamiento de los Centros de Internamiento supone regular múltiples aspectos de la vida de las personas privadas de libertad, aspectos que pueden afectar a otros derechos fundamentales, como, por ejemplo, la intimidad personal o familiar, el derecho al secreto de las comunicaciones, a la asistencia letrada, etc. Y en este sentido conviene no olvidar el principio de reserva de ley, según el cual sólo por ley podrá regularse el ejercicio de los derechos y libertades consagrados en los artículos 14 a 38 de la Constitución (art. 53.1 CE), debiendo tratarse de una ley orgánica cuando lo que se desarrolle sean derechos fundamentales y libertades públicas (art. 81.1 CE). El Gobierno que prescinde de estas exigencias constitucionales para regular y limitar derechos está sustrayendo al debate y decisión parlamentaria decisiones que sólo el Parlamento posee legitimidad democrática para adoptar. Por ello no sorprende que finalmente varios preceptos de la Orden fueran declarados nulos por vulnerar el principio de reserva de ley (23).

La intensificación del fenómeno migratorio puso de manifiesto la insuficiencia de la primera Ley de Extranjería y determinó la aprobación de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada a los pocos meses de vigencia por la Ley 8/2000, de 22 de diciembre, y desarrollada por el Reglamento de Ejecución, aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio. Sin embargo, esta ley seguía ofreciendo un tratamiento marginal y totalmente insuficiente del internamiento de extranjeros y los preceptos algo más detallados del Reglamento fueron impugnados por la misma razón ya aludida: la vulneración del principio de reserva de ley (24). Quien lo desee que busque las razones de esta dejadez.

(23) La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso-administrativo, de 11 de mayo de 2005, declaraba nulo, entre otros, el artículo 34 en su integridad, en cuanto establecía una serie de medidas para garantizar el orden y la convivencia y facultaba al Director para el empleo de la fuerza física. Asimismo se declaraban nulos algunos apartados del artículo 30 por establecer limitaciones o restricciones al derecho de los internos a comunicarse con sus familiares o representantes diplomáticos o consulares y con cualquier otra persona, previendo también la posibilidad de imponer determinadas medidas correctoras como la suspensión de las comunicaciones por inobservancia de las normas de comportamiento, las cuales no se concretaban. En la medida de que esas limitaciones de derechos no estaban previstas en una ley orgánica, tales preceptos vulnerarían el principio de reserva de ley (FJ 4.º).

(24) La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso-administrativo, de 20 de marzo de 2003, declaró nulos, entre otros preceptos, los apartados

La declaración de nulidad del artículo 130 del Reglamento por ir más allá de lo establecido en la Ley en cuanto a la limitación de los derechos del extranjero durante el internamiento, determinó la modificación de la LO 4/2000, de 20 de noviembre, en relación con este tema, introduciéndose cinco artículos 62 en los que se trazan las líneas básicas del estatuto jurídico de los extranjeros ingresados en los centros (62 bis y ter), información y reclamaciones (62 quater), las medidas a adoptar para la vigilancia y mantenimiento de la seguridad en los centros (art. 62 quinquies) y las competencias del director (art. 62 sexies). Estos preceptos de la LOEX constituyen la regulación vigente sobre Centros de Internamiento, junto con tres preceptos (arts. 153, 154 y 155) del Reglamento, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 11 de enero. Se trata de una regulación claramente insuficiente para solventar las múltiples cuestiones que pueden plantearse durante el internamiento y por ello, el párrafo segundo del mencionado artículo 155 establece que por orden del Ministerio de la Presidencia se establecerán las normas técnicas y organizativas que se consideren necesarias para establecer el funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento, «especialmente en lo relativo a las condiciones de ingreso, las medidas de seguridad y de otro tipo aplicables, así como lo referente a la prestación de la asistencia sanitaria, asistencia social y a la formación específica de los funcionarios»

Sin embargo, en una nueva manifestación de dejadez, estas normas aún no se han dictado, por lo que, junto a la parca regulación de la Ley y el Reglamento, sigue vigente lo establecido en la Orden Ministerial de 1999 sobre funcionamiento y régimen interior de los CIE, que, recordamos, cuenta con varios preceptos anulados que no han sido repuestos.

segundo y sexto del artículo 130 del mencionado Reglamento. El artículo 130 se refería a cuestiones afines al estatuto jurídico de los extranjeros ingresados en los centros de internamiento. El artículo 130.2 establecía que «los internos [*sic*] están autorizados a comunicar con sus abogados, y periódicamente con familiares y representantes diplomáticos de su país», y el apartado segundo preveía «la imposición de medidas a los internos que no respeten las normas de convivencia y de régimen interior [...]». Entendía el Tribunal Supremo que el apartado sexto, mediante la expresión «periódicamente» imponía una limitación cuantitativa a la posibilidad de comunicar que no estaba amparada en el artículo 60 de la Ley, que se limitaba a disponer que «los extranjeros internados estarán privados únicamente del derecho ambulatorio». De la misma manera, la Ley no amparaba la posibilidad de imponer medidas coercitivas a los «internos» que no respetasen las normas de convivencia, sin especificar cuáles sean unas y otras. Se anulaban pues dichos apartados por vulneración del principio de reserva de ley (FJ 5.º).

V. CENTROS DE INTERNAMIENTO: AGUJEROS NEGROS DEL ESTADO DE DERECHO

Al margen de las proclamas de la Ley de Extranjería –como, por ejemplo– que los CIE no tendrán un carácter penitenciario y que estarán dotados de servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios, así como que los extranjeros estarán privados únicamente del derecho ambulatorio (art. 60.2 LOEX), o que se les facilitará el ejercicio de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico sin más limitaciones que las derivadas de su situación de internamiento [art. 62 bis *c*)]–, la realidad es que hoy por hoy los Centros de internamiento son espacios de opacidad, y sus condiciones materiales y jurídicas objeto de críticos informes de instituciones y organismos nacionales e internacionales.

Actualmente existen en España nueve Centros de Internamiento de Extranjeros: Zona Franca en Barcelona, El Matorral en Fuerteventura, Barranco Seco en Gran Canaria, Hoya Fría en Tenerife, Capuchinos en Málaga, Carabanchel en Madrid, Zapadores en Valencia, Sangonera la Verde en Murcia y La Piñera en Algeciras. A ellos habría que añadir la terminal del aeropuerto de Lanzarote, dos Centros de Estancia Temporal para Inmigrantes (CETI) en Melilla y Ceuta y Centros de Retención Informales situados sobre todo en las Islas Canarias y Almería (25). Lógicamente, existe una gran diversidad entre los problemas que plantea cada uno de estos Centros y ello por cuestiones tan variadas como las características de los edificios que ocupan o el tipo de inmigrantes que alberga, pues tendrán unas necesidades específicas quienes acaban de arribar a nuestro país, como ocurre en los CIE de las Islas Canarias, que quienes pueden llevar largo tiempo viviendo entre nosotros. Por ello, las deficiencias que se critican quizá no sean predicables de todos y cada uno de ellos, pero desde luego no deberían serlo de ninguno y es un hecho cierto que la historia de los CIE está plagada de denuncias de vulneraciones de derechos de los migrantes. Así, por ejemplo, se ha denunciado que muchos de estos centros, a pesar de las proclamaciones de la ley, tienen una estructura claramente penitenciaria, incluso algunos, como el de Algeciras, están ubicados en antiguas prisiones, y el régimen de vida también se configura con un esquema marcadamente carcelario (26). Lamentablemente no son infrecuentes las denuncias por

(25) Según la enumeración realizada por la Asociación de Derechos Humanos de Andalucía en el informe Centros de Retención e Internamiento en España (*op. cit.*).

(26) Por si cabía alguna duda sobre este aspecto véase el video colgado en : <http://de.truveo.com/Centro-de-Internamiento-de-Inmigrantes-de/id/2305843013354085696>.

maltrato físico y psicológico, así como imputación de graves delitos (27). También se critican las deficientes condiciones higiénicas, frío, mala comida, no asistencia médica adecuada (28), no existencia, en contra de lo establecido por la ley, de trabajador social, intérprete, ni tampoco de módulos familiares o de parejas adecuados (29), etc. Nunca se subrayará lo suficiente que las personas ingresadas en dichos centros mayoritariamente se encuentran en una situación de marcada vulnerabilidad e indefensión: inmigrantes en su mayoría recién llegados a nuestro país tras numerosas penalidades, desconocedores de su funcionamiento y que, en muchos casos, ni siquiera entienden o pueden expresarse en nuestro idioma. En relación con este aspecto Álvaro Gil-Robles destacaba en su informe la falta de información de estas personas sobre su situación: «El desconocimiento sobre la normativa de extranjería e inmigración y de asilo es generalizado y muchos extranjeros ignoran los derechos y deberes que tienen», subrayando también las dificultades de acceso a la asistencia letrada y «la escasa dotación de los turnos de oficio de los Colegios de Abogados que atienden a extranjeros y la ausencia de una formación específica de los letrados en materia de extranjería, inmigración y asilo» (30). Es también una queja reiterada las dificultades de las ONG y asociaciones que trabajan con inmigrantes para poder entrar en estos centros, resultando muy preocupante esta falta de transparencia que contrasta con la relativa facilidad del Tercer Sector para desarrollar sus actividades dentro de las cárceles (31).

(27) En 2006 fueron imputados el Jefe de Seguridad del CIE de Málaga y siete policías más por delitos contra la libertad sexual que tenían como víctimas extranjeras internas en dicho centro. Recientemente ochenta y cinco extranjeros encerrados en el CIE de Carabanchel presentaron una denuncia por malos tratos que es investigada por la Fiscalía. (<http://www.elmundo.es/elmundo/2009/02/15/espana/1234725780.html>).

(28) Resultan impactantes los testimonios sobre el CIE de Carabanchel de mujeres retenidas en él. Pueden escucharse en: <http://www.masvoces.org/audio-player/playerwpress.swf?soundFile=http://www.masvoces.org/golpe4.mp3>, <http://s28812.gridserver.com/masvoces/2007/200711163.mp3> y en: <http://www.masvoces.org/audio-player/playerwpress.swf?soundFile=http://www.masvoces.org/golpe4.mp3>, http://www.masvoces.org/audio/mp3/testimonio_boliviana.mp3.

(29) Vid. RODRÍGUEZ CANDELA y otros, en el *Informe de la visita realizada el 11 de octubre de 2006 al Centro de Internamiento de Extranjeros de Málaga (Capuchinos)* (en: <http://www.acoge.org/malaga/docs/sensibilizacion/camp/informecie.pdf>).

(30) *Informe de Álvaro Gil-Robles, Comisario para los derechos humanos sobre su visita a España. 10-19 de marzo de 2005* (núm. marg. 84).

(31) Existen muchos informes sobre las condiciones de los CIE. Una descripción de los principales problemas que plantea cada uno de ellos en Asociación de Derechos Humanos de Andalucía, *Centros de Retención e Internamiento en España*, op. cit.

A nadie se le oculta la gravedad de la situación dentro de los Centros de Internamiento, pero no voy a incidir en las particularidades de denuncias bien documentadas. Lo que ahora me propongo poner de manifiesto es que las vulneraciones denunciadas vienen en buena medida propiciadas por la regulación actual de los CIE y por deficiencias en la norma que serían fácilmente corregibles. En este sentido me gustaría subrayar tres importantes cuestiones: el hecho de que los CIE estén gestionados y custodiados por la policía, que no exista una regulación suficiente de su régimen y funcionamiento y que no se garantice un verdadero control judicial de la ejecución de dicha medida.

1. La custodia y gestión policial de los CIE

Una cuestión a destacar es que, mientras que en los Centros penitenciarios las labores de custodia y tratamiento corren a cargo de funcionarios civiles especializados, los funcionarios de los CIE pertenecen al Cuerpo Nacional de Policía, sin que se les exija ni se les proporcione una especial formación para atender a las personas sometidas a esta medida de internamiento. El Director del CIE es nombrado por el Director General de la Policía entre los funcionarios del grupo A con dependencia funcional de la Comisaría General de Extranjería y documentación.

No se trata ni mucho menos de insinuar un mal hacer en la labor de la policía, que ha de llevar a cabo las funciones de custodia que tiene encomendadas, pero no es menos cierto que ésta se relaciona con la inmigración de una forma fundamentalmente represiva. No ha de olvidarse tampoco que, al igual que ocurre en los Centros penitenciarios, el extranjero encerrado está respecto a los funcionarios que le custodian en una relación de sujeción especial», no entendida esta expresión como construcción jurídica capaz de justificar una merma en los derechos (32), sino como descripción del intenso poder que

(32) Como es sabido, con el concepto nuclear del Derecho administrativo, de las relaciones de especial sujeción, se ha intentado durante mucho tiempo describir, a la vez que justificar, el hecho de que en determinados ámbitos –funcionarios, soldados, presos, etc.– la Administración detenta una especie de supremacía especial. Esta supremacía se traduciría en un debilitamiento de los derechos, incluso fundamentales, de los administrados, en un repliegue de la reserva de ley con la consiguiente ampliación de la potestad reglamentaria, así como en un incremento de las potestades disciplinarias de la Administración. En España la teoría de las relaciones de especial sujeción se importó en la década de los sesenta, siendo muy utilizada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que hizo de la misma una aplicación desmedida, y también por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

La construcción de las relaciones de especial sujeción ha sido sometida a una intensa crítica, pues carece de capacidad para generar y establecer los límites y con-

sobre el privado de libertad ostenta quien le custodia: es quien determina a qué hora se acuesta y se levanta, cuándo puede ver a su familia o llamarla por teléfono o cuándo comunicar con su abogado. Cualquier relación con el exterior está mediatizada por la policía, amén del hecho importantísimo de que en estos contextos la persona privada de libertad necesita de la colaboración de quien le custodia para poder ejercer los derechos de los que no puede ser privado. Las personas encerradas en los CIE no son delincuentes, no han sido detenidas por cometer delitos, son personas que fueron detenidas cuando iban al trabajo o cuando lo estaban buscando, o intentando cruzar nuestras fronteras o en las inmediaciones de éstas, tras un periplo en los que han tenido que afrontar incontables calamidades y peligros, son personas que necesitarán ser atendidas pero de manera claramente diferente a cómo está preparada para hacerlo la policía.

2. La insuficiencia de la normativa sobre régimen y funcionamiento de los CIE (33)

El riesgo de arbitrariedad y abuso en el interior de los CIE se reduciría si existiera una adecuada normativa sobre régimen y funcionamiento de estos centros, pues en la actualidad no existe una reglamentación suficiente que establezca cómo han de gestionarse y resolverse incidencias, problemas o eventualidades que aparecen con frecuencia en el día a día de la privación de libertad, regulación que con bastante pormenor sí existe en relación con los Centros penitenciarios (34). Además la normativa al respecto, como se puso de manifiesto

tornos de esa mayor flexibilidad en la actuación administrativa que se reclama. Y sobre todo, en un Estado de Derecho como el que proclama el artículo primero de nuestra Constitución, las limitaciones de derechos de los ciudadanos tan sólo son posibles en la medida que lo sean de acuerdo con el sistema normativo por el que dicho Estado se rige. Es decir, las limitaciones de derechos fundamentales de los administrados sólo son posibles en cuanto las posibilite el sistema de garantías de derechos establecidos en nuestro ordenamiento jurídico, y en primerísimo lugar en la medida que resulten posibles de acuerdo con lo establecido en la Constitución. Sobre las relaciones de especial sujeción en el ámbito penitenciario, vid., por ejemplo, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La suspensión e intervención de las comunicaciones del preso. Un análisis constitucional del artículo 51 de la LOGP*, Ed. Tecnos, Madrid, 2000.

(33) La Disposición Adicional Tercera de la LO 2/2009, de Reforma de la LOEX establece que el Gobierno en el plazo de seis meses deberá aprobar un Reglamento que desarrolle el régimen de funcionamiento de los CIE.

(34) Vid. el pormenorizado análisis que RODRÍGUEZ CANDELA hace del estatuto jurídico de los internados en los CIE que configura la legislación de extranjería, comparándolo con la regulación prevista para los Centros penitenciarios («Centros de Internamiento de Extranjeros», *op. cit.*)

en el epígrafe cuarto de este artículo, adolece de importantes contradicciones y deficiencias técnicas, así como de numerosos preceptos anulados.

Por poner algún ejemplo de deficiencia normativa, el artículo 62 sexies LOEX, introducido por la LO 14/2003, atribuye al Director del Centro la competencia para «adoptar las medidas necesarias para asegurar el orden y la correcta convivencia entre extranjeros y asegurar el cumplimiento de sus derechos, y de la imposición de medidas a los internos que no respeten las normas de correcta convivencia o de régimen interior». Sin embargo, como pone de manifiesto Rodríguez Candela (35), no existe un catálogo de infracciones ni tampoco de las sanciones correspondientes, por lo que si se impusiera alguna medida sancionadora al extranjero internado como respuesta a algún comportamiento, la actuación sería inconstitucional por vulneración del artículo 25.1 de la Constitución en cuanto establece que «nadie puede ser condenado ni sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento», sin que pueda subsanar dicha imposición inconstitucional el que, como establece el artículo 154.2 del Reglamento, el Director comunique las medidas impuestas al extranjero al Juez que autorizó su privación de libertad (36). Este es un significativo ejemplo del grado de «dejadez» del legislador en la regulación de la ejecución del internamiento, que llega al extremo de encomendar al Director la imposición de sanciones, sin que mencione cuáles son éstas ni los comportamientos a reprender, ni se establezca un mínimo procedimiento para su imposición. De acuerdo con lo dicho, resulta legalmente imposible la imposición de sanciones a las personas recluidas en Centros de Internamiento, aunque haría falta ser muy ingenuo para pensar que en la realidad dichas sanciones no tienen lugar al margen de toda previsión legal y de la posibilidad de defensa.

No es éste lamentablemente el único supuesto de vacío legal que potencia la arbitrariedad y el abuso. Otros muchos aspectos del internamiento o no están regulados o lo están muy deficientemente. Tan sólo un ejemplo más: no está regulado qué efectos pueden introducirse en el Centro y qué efectos pueden ser retenidos. El apartado

(35) «Centros de Internamiento de Extranjeros», *op. cit.* pp. 402 ss.

(36) Recordemos que la STS, Sala de lo contencioso-administrativo, de 20 de marzo de 2003, declaró nulo, entre otros preceptos, el apartado segundo del artículo 130.2 del Reglamento de Ejecución, aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, que establecía que «la imposición de medidas a los internos que no respeten las normas de convivencia y de régimen interior...». Entendía el Tribunal Supremo que la Ley no amparaba la posibilidad de imponer medidas coercitivas a los «internos» que no respetasen las normas de convivencia, dado que no estaban especificadas ni unas ni otras. Se anulaba, pues, dicho apartado por vulneración del principio de reserva de ley.

noveno del art. 30 de la Orden Ministerial de 1999 fue declarado nulo por Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2003, en cuanto establecía, en contra del principio de reserva de ley, que no se admitirá la entrega de efectos, productos o instrumentos que puedan poner en peligro la salud e higiene de los extranjeros ingresados o la seguridad de éstos o del centro. Tales efectos, productos o instrumentos podrán ser decomisados cuando se hallaren en poder de dichos extranjeros, dándoles el destino que corresponda», sin que se estableciera ni tan siquiera a quién correspondía efectuar el decomiso. Este artículo desapareció sin que desde entonces se haya suplido por una norma que nos permita saber algo tan simple como qué efectos no pueden ser introducidos en un CIE. Ante esta situación normativa, como señala Rodríguez Candela, «hay objetos que en modo alguno pueden ser retirados a los internos, como podrán ser teléfonos móviles, ordenadores portátiles, sus efectos personales, agendas electrónicas o de otro tipo, libros, etc.», conclusión que aquí se suscribe. Ello no obstante, como el mismo autor denuncia, «en los CIE visitados no se permite a los internos tener consigo su maleta, sino tan sólo aquella ropa que seleccionen. Cada vez que quieren algo nuevo deben solicitar a la policía les traslade a la sala donde estos efectos se encuentran. Además les quitan el cinturón y los cordones de los zapatos, como a los detenidos durante los tres días de estancia en los calabozos.» (37)

3. Necesidad de un auténtico control judicial de la ejecución del internamiento (38)

A la custodia y gestión policial de los CIE y a la ausencia de una regulación suficiente de su funcionamiento, se suma un tercer factor a

(37) RODRÍGUEZ CANDELA, «Centros de Internamiento de Extranjeros», op. cit. p. 387. Se refiere al Centro de Internamiento de Málaga. Vid. RODRÍGUEZ CANDELA y otros, *Informe de la visita realizada el 11 de octubre de 2006 al Centro de Internamiento de Extranjeros de Málaga (Capuchinos)*, op. cit.

(38) Afortunadamente el contenido de este epígrafe ha sido modificado por la reforma de la LOEX. La nueva redacción del artículo 62.6 establece: «A los efectos del presente artículo, el Juez competente para autorizar y, en su caso, dejar sin efecto el internamiento será el Juez de Instrucción del lugar donde se practique la detención. El Juez competente para el control de la estancia de los extranjeros en los Centros de Internamiento y en las Salas de Inadmisión de fronteras, será el Juez de Instrucción del lugar donde estén ubicados, debiendo designarse un concreto Juzgado en aquellos partidos judiciales en los que existan varios. Este Juez conocerá, sin ulterior recurso, de las peticiones y quejas que planteen los internos en cuanto afecten a sus derechos fundamentales. Igualmente, podrá visitar tales centros cuando conozca algún incumplimiento grave o cuando lo considere conveniente.»

mi juicio sumamente importante: la ausencia de un auténtico control judicial sobre el contenido de esa privación de libertad y sobre la actuación de la policía que custodia y gestiona el internamiento.

El artículo 62 quáter.2 de la LOEX establece lacónicamente que «los internados podrán formular, verbalmente o por escrito, peticiones y quejas sobre cuestiones referentes a las condiciones de su internamiento». Los acontecimientos y circunstancias que serían denunciabiles son de lo más variadas: que no se permite contactar telefónicamente con el abogado, que sólo se conceden diez minutos para comunicar con un amigo venido de lejos, comida insuficiente, decomiso de las pertenencias personales al ingresar en el centro, malas condiciones higiénicas, no funcionamiento de la calefacción en invierno, no información acerca de las normas que rigen el centro, realización de analfética sin su consentimiento informado, empleo injustificado de medidas de fuerza por parte de la policía, o haber sido sancionado totalmente al margen de la legalidad, pues no establecen ni la ley ni el reglamento qué conductas son sancionables y cuál es la consecuencia que pueden aparejar, etc.

Es larga la lista de situaciones denunciabiles, pero ¿ante quién se ejerce ese derecho?, ¿quién es el órgano encargado, más allá del Director, de examinar las denuncias del interno en relación con el internamiento? (39) A salvo, claro está, que se puedan presentar quejas ante el Defensor del Pueblo, Ministerio Fiscal, etc., en la actualidad el órgano judicial encargado de atenderlas será el Juez de Instrucción que dictó el auto de internamiento. Así se desprende del artículo 60.3.º de la LOEX, que establece que «el extranjero durante su internamiento se encontrará en todo momento a disposición de la autoridad judicial que lo autorizó, debiéndose comunicar a ésta por la autoridad gubernativa cualquier circunstancia en relación a la situación de los extranjeros internados» (en los mismos términos el art. 153.6.º RE) y con más claridad el artículo 2.2.º de la Orden Ministerial de 1999: «dicha autoridad judicial velará por el respeto de los derechos fundamentales de los extranjeros ingresados, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del propio interesado».

Pudiera parecer lógico encomendar el control de las vicisitudes de la privación de libertad al órgano judicial que decretó el internamiento. Sin embargo, todo parece indicar que este juez no está en las mejores condiciones para velar por el respeto a los derechos de los extranjeros

(39) El Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso, en Sentencia de 11 de mayo de 2005, declaró nulo el apartado quinto del artículo 33, en cuanto establecía que «todas las peticiones y quejas a que se refieren los apartados anteriores, deberán presentarse ante el Director del centro...», por constituir una limitación injustificada.

durante el internamiento, ni para controlar el sometimiento a la legalidad del actuar policial en la custodia y gestión de los CIE, ni que dicha ejecución se ajusta a los principios constitucionales que han de presidir la privación de libertad. Se trata de un juez cuya competencia sobre el internamiento del extranjero ha venido determinada por una circunstancia tan aleatoria como ser el Juez de Instrucción del lugar donde se produjo la detención y estar de guardia en el momento en que se solicita el auto de internamiento, que puede no conocer un ámbito jurídico tan específico como el contenido de la privación de libertad, ni tampoco el funcionamiento y las particularidades del centro donde ha sido internado la persona respecto a la cual él dicho auto de internamiento. A ello se suma, y esto es muy importante, que con frecuencia el extranjero es internado en un centro muy distante del lugar donde el juez tiene su jurisdicción, lo que dificulta la comunicación y la información, por lo que difícilmente, como digo, estos juzgados podrán garantizar legalidad y respeto a los derechos en el interior de los centros.

De nuevo las personas internadas en los CIE tienen peor condición que quienes cumplen pena de prisión en un Centro penitenciario, pues en éste existe un control sobre la ejecución de la pena encomendado a un órgano judicial, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, cuyo cometido específico es garantizar los derechos de los internos y controlar el sometimiento a la legalidad de la Administración. Nótese que las funciones judiciales cuya efectividad estamos reclamando coinciden en gran medida con las que cumple el Juez de Vigilancia respecto a los centros penitenciarios. Y en este sentido buena parte de las razones que en su día inspiraron la creación de los Juzgados de Vigilancia abogarían por la creación de una jurisdicción especial para controlar los pormenores del internamiento. La relación de sujeción tan intensa, el que se produzca en un contexto cerrado donde el ejercicio de derechos está mediatizado por la Administración, a lo que se une la especial vulnerabilidad de estas personas, son razones que abogarían por la creación de una jurisdicción especializada, mejor conocedora de las peculiaridades de este tipo de privación de libertad y cuya función de control de la legalidad y garantía de derechos le esté expresamente encomendado y debidamente articulado con obligaciones como visitas periódicas a los centros, entrevistas con los internos, etc.

Las similitudes señaladas podrían sugerir encomendar esta labor a la jurisdicción de vigilancia, pero otra serie de consideraciones desaconsejarían esta opción, pues se correría el peligro de que el Juez de Vigilancia, acostumbrado a controlar la ejecución de la pena de prisión, trasladara a los CIE el mismo esquema del régimen penitencia-

rio, siendo que ni los extranjeros son delincuentes ni los lugares donde están internados deberían ser centros penitenciarios. Podría defenderse la creación de una jurisdicción especializada, nueva y diferente de la de vigilancia con las funciones a las que se ha hecho alusión, sin que resulte una crítica de peso «la marginalidad» del fenómeno. Probablemente si tuviéramos los datos nos sorprendería el número de internamientos que se producen a lo largo del año, tratándose de un recurso cuyo uso, a pesar de su excepcionalidad formalmente declarada, parece ir en aumento.

En cualquier caso, si la creación de una jurisdicción especial no resultara viable, al menos debería seguirse la recomendación del Defensor del Pueblo hecha hace tiempo en el sentido de encomendar «a uno de los juzgados de cada una de las ciudades que cuentan con un centro de internamiento, la responsabilidad de vigilar la ejecución de las medidas y resolver sobre las iniciativas que puedan plantearse. La puesta en marcha de este sistema podría establecerse por un acuerdo del Consejo General del Poder Judicial, si afecta al control genérico del centro, aunque su plena implantación requeriría de una reforma legal que definiera las funciones y cometidos de estos juzgados y desvinculara el hecho de autorizar un internamiento, y, en su caso, resolver sobre el recurso que quepa contra tal decisión, del control judicial de la ejecución de la medida» (40).

Sea cual sea la opción elegida, resulta imprescindible que el órgano judicial que se encargue del control de la ejecución del internamiento sea de la demarcación territorial donde se encuentra el CIE, así como también resulta necesario que la ley indique expresamente las funciones de este órgano judicial en cuanto a garantizar los derechos de los privados de libertad, así como el sometimiento a la legalidad de la Administración en su actuar.

VI. LA DIRECTIVA DE LA VERGÜENZA Y LOS INTENTOS DE AMPLIAR EL PLAZO DE INTERNAMIENTO EN EL MARCO DE LA REFORMA DE LA LEY DE EXTRANJERÍA

La Directiva 208/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio, a la que el

(40) Defensor del Pueblo, *Informe sobre asistencia jurídica...*, p. 183.

Parlamento Europeo dio su visto bueno el 18 de julio de 2008 con el voto favorable de los parlamentarios socialistas (41), es conocida como *Directiva de la Vergüenza*. Bastan dos datos para hacernos entender este calificativo.

En primer lugar, resulta sumamente preocupante el tema de la expulsión de menores no acompañados. El artículo 8 bis 2 de la Directiva establece: «Las autoridades del Estado miembro del que se trate, antes de expulsar de su territorio a un menor no acompañado, deberán haber obtenido garantía de que esa persona será entregada a un miembro de su familia, a un tutor previamente designado o a unos servicios de recepción adecuados en el Estado de retorno». Hay que llamar la atención sobre el hecho de que *el Estado de retorno no es necesariamente el Estado de origen*, entendiéndose por país de retorno, según el artículo 3 de la propia Directiva, los países de tránsito. Esto significa que se podrá expulsar a los menores a países que no son sus países de origen sino a terceros países tan sospechosos en su respeto a los derechos humanos como pueden ser Libia o Marruecos, por poner un ejemplo.

Por otra parte, el artículo 15 autoriza a los Estados miembros a privar de libertad a los extranjeros que sean objeto de procedimientos de expulsión cuando se entienda necesario para la ejecución de la expulsión, por un periodo de seis meses. El apartado 6.º de este precepto permite a los Estados miembros prolongar esta privación de libertad por doce meses más cuando la expulsión no se haya conseguido en esos seis meses iniciales por falta de cooperación del extranjero o por demoras en la obtención de la documentación necesaria. Esto significa que si la persona por ejemplo oculta su nacionalidad, pero también por causas no imputables al extranjero como puede ser la falta de colaboración de su país, el inmigrante puede permanecer encerrado dieciocho meses, es decir, un año y medio.

Ante las críticas y protestas por parte asociaciones y colectivos que provocó la Directiva de la Vergüenza, el Presidente del Gobierno, Sr. Rodríguez Zapatero, -además de llamar demagogos e ignorantes supinos a quienes entonces se opusieron a dicha norma- aseguró enfáticamente que la directiva no supondría un empeoramiento de la situación de los inmigrantes irregulares en nuestro país (42). El 18 de

(41) Excepto de Josep Borrel y Raimon Obiols, que rompieron la disciplina de voto. Martí Grau se abstuvo.

(42) Puede verse la intervención del Sr. Rodríguez Zapatero en el Congreso de los Diputados <http://www.elmundo.es/elmundo/2008/06/25/espana/1214407325.html>.

La llamada Directiva sobre retorno de inmigrantes «no se ha aplicado, ni se va a aplicar nunca en España», así lo aseguró tajantemente la Vicepresidenta del Gobierno,

diciembre de 2008 el Consejo de Ministros presentó el Anteproyecto de Ley de Reforma de la LO 4/2000. La reforma era necesaria a raíz de la Sentencia del Tribunal Constitucional 236/2007 y otras posteriores en las que se declaraban inconstitucionales algunos preceptos de la ley. Lo que no era de esperar es que las propuestas del Gobierno en relación con el internamiento, lejos de pretender una mejora de una situación humana y jurídicamente insostenible, fueran a suponer un retroceso.

Especialmente grave resultaba la regulación propuesta por el Anteproyecto en cuanto se refiere a los plazos de internamiento. Frente al texto actual del artículo 62.2 (*El internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, sin que en ningún caso pueda exceder de cuarenta días, ni acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente. La decisión judicial que lo autorice, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso, podrá fijar un periodo máximo de duración del internamiento inferior al citado*), el Anteproyecto proponía un artículo 62.2 del siguiente tenor: «El internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, siendo su duración máxima, con carácter general, de 60 días, y sin que pueda acordarse un nuevo internamiento por cualquier de las causas previstas en un mismo expediente. El cómputo del plazo señalado en este artículo *quedará suspendido mientras dure la tramitación y resolución de los procedimientos de asilo o de hábeas corpus que, en su caso, se hubiesen iniciado. Igualmente procederá dicha suspensión en caso de enfermedad del extranjero o por otras causas no imputables a la Administración que impidan o dificulten su salida de España*».

Esta gravísima propuesta de prolongar *sine die* el plazo de internamiento cosechó numerosas críticas y fue enjuiciado con gran dureza, entre otros, en el informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial, por entender que el Anteproyecto va más allá de lo permitido por la Directiva de Retorno. El Consejo de Ministros, en su reunión de 26 de junio de 2009, aprobó el Proyecto de LO de Reforma de la Ley de Extranjería, (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 1 de julio de 2009), procediéndose a su tramitación parlamentaria por el procedimiento de urgencia. En el Proyecto se suprimieron algunas de las medidas inicialmente propuestas y duramente criticadas. Sin embargo, otras subsisten. Según la nueva propuesta la duración máxima del

M.^a Teresa Fernández de la Vega el día 7 de agosto de 2008. Puede verse la grabación de sus palabras en: <http://www.madridprogresista.es/2008/08/07/la-directiva-de-la-vergüenza-no-se-aplicara-en-espana/>.

internamiento será de *sesenta días*. El Juez podrá *suspender el cómputo de dicho plazo en dos supuestos: cuando el extranjero solicite el asilo* y por un plazo máximo de catorce días. También *hasta que se resuelva la admisión del hábeas corpus*, según los plazos legalmente establecidos.

Las propuestas del Proyecto son menos malas que las del Anteproyecto, lo que no significa que no merezcan una dura crítica y oposición. Así, contra la ampliación del plazo de internamiento a sesenta días pueden esgrimirse muy variadas y potentes razones. Aunque el internamiento de extranjeros teóricamente se configura como una medida cautelar para asegurar la eventual ejecución de la repatriación, existen serios indicios para pensar que en la práctica se utiliza frecuentemente con fines represivos, es decir, como sanción encubierta para castigar la irregularidad de la estancia y con fines preventivo generales tales como amedrentar o presionar para que el extranjero irregular regrese a su país o disuadirle de venir a España. Indicios de esta inadmisibles utilización son el elevado número de personas detenidas que no son expulsadas y tan sólo se las pone en libertad una vez transcurridos los cuarenta días establecidos como tiempo máximo de internamiento (43). Las informaciones aparecidas no hace mucho en la prensa en relación con la existencia de instrucciones dirigidas a la policía para que detuviera un número mínimo de extranjeros no son también sino un claro indicio del uso del internamiento con fines represivos. Ampliar el plazo supondría aumentar las posibilidades de un uso desviado de esta peculiar y excepcional medida cautelar. Si además tenemos en cuenta las gravísimas deficiencias de los Centros de Internamiento, la ampliación del plazo a sesenta días no puede sino empeorar tan deplorable situación. Veinte días más podrían parecer no muchos. Sin embargo, esos veinte días, a añadir a cuarenta días previos de privación de libertad, son demasiados si tenemos en cuenta las condiciones del internamiento y el delicado estado psíquico, y a veces físico, en que se encuentran las personas privadas de libertad en estos centros.

En un periodo de recesión como el actual, de recursos económicos escasos e incremento de las necesidades a cubrir, la ampliación del plazo de internamiento se manifiesta como un auténtico despropósito, pues supone una inversión económicamente muy costosa, que de emplearse en este ámbito debiera hacerse para corregir las actuales deficiencias de los CIE. Estaría bien que el Gobierno explicara en la memoria económica que ha de acompañar a su propuesta a costa

(43) Ahora, como sabemos, son sesenta días.

de qué partidas piensa hacer frente a semejante gasto, que sin duda será muy elevado habida cuenta de lo sumamente costoso que resulta la privación de libertad y, por supuesto, cuánto nos va a costar ese intento de aparentar dureza frente al inmigrante irregular.

A pesar de la importancia de esta medida, en la Exposición de motivos del Proyecto el Gobierno no explica las razones que a su juicio justificarían su adopción. Probablemente se argüirá que cuarenta días no son suficientes para hacer efectivas las repatriaciones y que se necesita un plazo mayor. No resulta difícil rebatir este argumento, por ejemplo, poniendo de manifiesto que hay muchísimas expulsiones que no se practican no porque el plazo de cuarenta días no sea suficiente, sino simplemente porque las repatriaciones son excesivamente caras y el Estado no puede hacer frente a dicho coste. Este problema desde luego no se soluciona incrementando a sesenta días la detención de los inmigrantes sin los papeles en regla. Además, son muchos los inmigrantes que no pueden ser expulsados ni en cuarenta, ni en sesenta, ni en mucho más tiempo: supuestos de personas indocumentadas, personas cuyos países no les reconocen como nacionales o con los cuales no hay firmados acuerdos de repatriación. Si el plazo de internamiento se amplía estas personas serán detenidas, ingresadas en los CIE y tras dos meses de detención serán puestas en libertad. Habremos invertido un montón de dinero, habremos socavado principios básicos de nuestro Estado de Derecho para no hacer otra cosa que empeorar la situación de esas personas, infringiéndole un daño tan inútil como desmedido (44).

Por lo que respecta a la posibilidad de ampliar el internamiento más allá de los sesenta días, cabe recordar que cuando los socialistas españoles votaron a favor de la Directiva de retorno, se argumentó que la Directiva suponía un avance en el terreno de las garantías, pues establecía una serie de límites que no podrían sobrepasar los Estados miembros en lo atinente a las expulsiones e internamiento de inmigrantes. Y es cierto. Por ejemplo, la Directiva establece el plazo máximo de internamiento que no se podrá sobrepasar. Pero igualmente la Directiva establece los supuestos en los

(44) Durante la tramitación parlamentaria prácticamente todos los Grupos Parlamentarios interpusieron enmiendas en el sentido de mantener los cuarenta días de internamiento a favor de la enmienda denominada 40 más 20 (propuesta entre otros por el Grupo Popular), según la cual debía mantenerse el plazo inicial de cuarenta días y en caso de estar justificado y ser necesario se podría solicitar del juez la ampliación del internamiento veinte días más. Resultó realmente incomprensible que a pesar de estas enmiendas prosperara la ampliación del internamiento gracias al inexplicable e inexplicable empeño del Grupo Socialista en el Congreso y en el Senado.

que será posible la suspensión del plazo de internamiento. Y estos supuestos no son ni la interposición de *habeas corpus*, ni la solicitud de asilo político.

La posibilidad de suspensión del plazo de internamiento se contempla en el artículo 15.6 de la Directiva 2008/115/CE en los siguientes términos: «Los Estados miembros sólo podrán prorrogar el plazo previsto en el apartado 5 por un período limitado, no superior a doce meses más, con arreglo a la legislación nacional...» y los supuestos en que se admite dicha prórroga son: «la falta de cooperación del nacional de un tercer país de que se trate, o demoras en la obtención de terceros países de la documentación necesaria». La conclusión es clara: no es posible prorrogar el plazo ni en los casos de petición de asilo, ni en los casos de interposición de un *habeas corpus*. Ello sería contrario a la normativa europea. Así lo sugería el Informe del Consejo General del Poder Judicial, que llamaba la atención sobre el hecho de que la propuesta del Gobierno adoptaba un criterio más amplio que el impuesto en la Directiva (45).

VII. CONCLUSIÓN

A lo largo de este trabajo, que ya concluyo, he tratado de poner de manifiesto la excepcionalidad jurídica de la figura del internamiento, su muy deficiente regulación y la necesidad de impedir que esta privación de libertad que el Derecho pone en manos del Estado se utilice como un instrumento para administrar dolor. Son muchas las reconocidas instituciones y asociaciones, nacionales e internacionales, que han denunciado las vulneraciones de derechos humanos de los migrantes que cada día producen las condiciones jurídicas y materiales de los CIE. Ignorar estas denuncias y además querer ampliar el tiempo de internamiento no dice realmente nada bueno de nuestra política de inmigración. Si no tenemos la decencia de cerrar los CIE, al menos tratemos de que no se conviertan en nuestros particulares Guantánamos.

(45) Finalmente, esta posibilidad de suspensión del internamiento desapareció durante la tramitación parlamentaria.

El fundamento intercultural del Derecho Penal

EMILIANO BORJA JIMÉNEZ

Catedrático acreditado de Derecho Penal. Universidad de Valencia

SUMARIO: A) Planteamiento de la cuestión.–B) La tensión entre principios.–C) El consenso sobre la tutela de los derechos humanos.–D) El núcleo inviolable de los derechos y garantías afectados por todo sistema penal.–E) El fundamento último de todo sistema penal.

A) PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Tratando perspectivas muy diversas, tanto desde el Derecho Penal Internacional, como desde el Derecho comparado, pasando por el Derecho Penal intercultural y también desde la metodología dogmática, se pueden apreciar algunas claves universales del sistema penal actual (1). Los fundamentos de dignidad humana y seguridad jurídica, el principio de lesividad social, el catálogo tradicional de delitos, cierto carácter retributivo de la pena (2) y sus fines preventivo-genera-

(1) En relación con los elementos comunes que se pueden encontrar en la mayoría de los sistemas penales, tomaré las conclusiones vertidas en mi trabajo BORJA JIMÉNEZ, E.: *Sobre la universalidad del sistema penal y sus planteamientos metodológicos* en CARBONELL MATEU, J. C./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L./ORTS BERENGUER, E. (Dirs.)/ CUERDA ARNÁU, M. L. (Coord.): *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*. Tomo I. Valencia, 2009; pp. 223-256.

(2) También existe cierto consenso, y por lo tanto, cierta universalización, del concepto de pena. A partir de la obra de autores como Gallas o Jescheck, hay un mayoritario acuerdo en considerar la pena como un juicio de desvalor ético-social y público sobre el autor a causa de la lesión del derecho perpetrada culpablemente. En

les y preventivo-especiales (3), así como el mecanismo de mediación en el Derecho Penal material y adjetivo, parecen constituir las bases sobre las que se estructura el edificio de todo Derecho Penal.

El modelo de referencia que aquí se ha utilizado, representado por el derecho sancionador de ciertas comunidades indígenas de Latinoamérica (4), ha puesto de manifiesto dos evidencias. Una, que algunos principios, como los de legalidad, culpabilidad o exclusiva protección de bienes jurídicos, no son universales (y ni tan siquiera lo son, en lo que se refiere al primero y al último, en los sistemas occidentales), así

efecto, las características que derivan de esta definición parecen presentarse de forma común en todo sistema penal. Y en este sentido cabe destacar que la pena siempre presenta este acento negativo y siempre tiene, por tanto, el carácter de un mal, aunque se quisiera imponer en favor del condenado. El mal inherente a la pena consiste en la voluntaria injerencia en la esfera de derechos del condenado (libertad, patrimonio, tiempo libre, imagen social). Pues precisamente allí se encuentra la expresión de la reprobación pública en tanto que la pena afecta lesivamente la posición jurídica del reo. La negación del carácter de mal de la pena no significaría otra cosa que la negación del concepto de pena. En estos términos se expresa KÜHL, Christian: *Die ethisch-moralischen Grundlagen des Strafrechts. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 116 (2004); pp. 870-890, 877.

(3) Con excepción del Derecho Penal internacional, donde existe cierto acuerdo en considerar que aquí los fines más relevantes son los retributivos y de prevención general. Así se manifiestan, a título de ejemplo, TULKENS, Françoise/BEERNAERT, Marie-Aude: *Dans quelle mesure les juridictions pénales internationales peuvent et/ou doivent-elles prendre en compte le droit international des droits de l'homme ? Festschrift für Heike JUNG zum 66. Geburtstag. München, 2007*; pp. 1005-1020, 1010.

(4) Para determinar cuáles eran los parámetros comunes a todo Derecho Penal, en el trabajo anteriormente citado tomé como referencia mis propias investigaciones sobre sistemas sancionadores indígenas en Latinoamérica, parámetros que fueron analizados comparativamente con los establecidos en el sistema penal occidental. Al respecto, BORJA JIMÉNEZ, E.: *Introducción a los fundamentos del Derecho Penal indígena*. Valencia, 2001. BORJA JIMÉNEZ, E.: *Derecho Penal y Derecho indígena: Cuatro tesis* en FLORES GIMÉNEZ, F. (Coord.): *Constitución y pluralismo jurídico*. Quito, 2004; pp. 111-152. BORJA JIMÉNEZ, E.: *¿Existe el derecho penal indígena?* Conferencias Magistrales, núm. 13. INACIPE, México, 2005. BORJA JIMÉNEZ, E.: *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena* en BORJA JIMÉNEZ, E. (Coord.): *Diversidad cultural: Conflicto y Derecho. Nuevos horizontes del Derecho y de los derechos de los pueblos indígenas de Latinoamérica*. Valencia, 2006; pp. 259-372. BORJA JIMÉNEZ, E.: *Sobre los ordenamientos sancionadores originarios de Latinoamérica* en BERRAONDO, Mikel (Coord.): *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Instituto de Derechos Humanos. Universidad de Deusto. Bilbao, 2006; pp. 663-683. BORJA JIMÉNEZ, E.: *Sobre los ordenamientos sancionadores originarios de Latinoamérica* en Derecho Penal y pluralidad cultural. Anuario de Derecho Penal, 2006 (Lima y Friburgo -Suiza-, 2007); pp. 101-152. BORJA JIMÉNEZ, E.: *Derecho indígena sancionador y derechos humanos* en GIRAUDO, Laura (Edit.): *Derechos, costumbres y jurisdicciones en la América Latina contemporánea*. Madrid, 2008; pp. 185-213.

como tampoco ciertas categorías (determinados hechos delictivos y clases de penas). Y dos, que pueden existir otros postulados diferentes que ocupan el lugar de los anteriormente mencionados, como los principios de reciprocidad, del equilibrio o de la paz social. Estas discrepancias se explican nítidamente tomando en consideración algunas diferencias estructurales que se encuentran en los distintos modelos de convivencia, el occidental y el indígena (criterios individualista o comunitario, relación de dominio o integración entre el ser humano y su entorno natural, concepción lógico-causal o místico-espiritual de la realidad, perdurabilidad étnica o peligro de extinción y constante necesidad de subsistencia, entre otros).

La globalización económica está provocando, a su vez, un proceso dialéctico en el que, tanto se produce una extensión de la cultura y valores occidentales, como se potencian las tradiciones propias e idiosincrasia étnica de cada pueblo. Dicho proceso dialéctico, como aquí se ha puesto de manifiesto en otro lugar (5), afecta tanto a lo universal como a lo particular del sistema penal.

Pues, por un lado, la globalización está incidiendo en la aceptación de la democracia y de los derechos humanos como forma de coexistencia válida para todos los rincones del Planeta, dado que con dicha aceptación se abren también nuevos mercados y se liberalizan las leyes de la competencia. Pero, por otro lado, semejante arrolladora maquinaria de la civilización occidental está al mismo tiempo provocando movimientos de defensa para mantener la identidad, la propia cultura y la tradición de los grupos humanos que se ven afectados por aquélla (movimientos anti-sistema en Occidente, fortalecimiento de las posiciones fundamentalistas islámicas en el mundo musulmán, extensión del socialismo populista en Latinoamérica, revivimiento del movimiento indígena, etc.).

Un segundo proceso dialéctico se produce en el seno de la globalización económica, entre su ideología de la eficiencia y la pretendida universalidad de los derechos humanos.

Así, para procurarse el dominio del mercado mundial, la globalización se rige por una ideología neo-liberal que impone los criterios «cientifistas» de la eficiencia y de las cifras positivas de las cuentas de resultados de toda actividad, individual y social. Precisamente aquí el aspecto valorativo y humano, en términos de deber ser, representa un obstáculo frente a las frías estadísticas de la macro y de la microeconomía. Pero, a su vez, los verdaderos agentes económicos de la mun-

(5) En este sentido, BORJA JIMÉNEZ, E.: *Globalización y concepciones del Derecho Penal*. Estudios Penales y Criminológicos. Universidad de Santiago de Compostela, 2009. En prensa.

dialización, las empresas multinacionales, requieren de los valores de la democracia y de los derechos humanos para encontrar una legitimidad y una mayor seguridad jurídica respecto de las reglas a las que se somete su implantación. Por eso se pueden observar concepciones penales que proceden de la ideología de la globalización, como el funcionalismo, el Derecho Penal del enemigo o el Derecho Penal simbólico, que emergen de dicho pensamiento, y que se alejan, en parte, del fundamento del sistema penal basado en la condición humana. Pero también se comprueba que los modelos interculturales o la internacionalización del Derecho Penal, que se basan en un entendimiento común de los derechos del ser humano, se ven favorecidos por los procesos de mundialización económica.

Este mismo desarrollo dialéctico se ha tomado en consideración en la presente investigación, en la medida en que discurre constantemente desde las pautas más universales (y de ahí su origen en el Derecho Penal de la globalización) hasta las más particulares (aquí representadas por el derecho sancionador indígena).

Los aspectos diferenciadores entre las tendencias universalistas y las particularistas se han ido desvelando recurriendo, principalmente, a cuatro criterios que distinguían las formas de convivencia occidental de la tribal o aborígen (temática que se abordó otros trabajos). Ahora, en el presente trabajo, se pretende apuntar o desvelar el fundamento que se encuentra en lo común a las distintas categorías e instituciones de todo sistema penal. Y de forma paralela, siguiendo el criterio metodológico comparativo que se acaba de señalar, habrá que comenzar estudiando y verificando la estructura general que se halla en todo esquema de coexistencia humana, cualquiera que sea la cultura, tradición o civilización en la que se incardine.

Así, se han observado algunas diferencias de planteamiento en cuanto a los límites de la admisión de la gravedad de las medidas coercitivas del sistema penal merced a la diversa concepción cultural de cada civilización. Ejemplo de ello lo encontramos en la difícil aceptación de la pena privativa de libertad, en la idiosincrasia amerindia, y en el rechazo de las sanciones corporales, en la idiosincrasia occidental (6). Surge entonces la cuestión de la legitimidad de estas medidas

(6) Pese a que en los casos recogidos en las Sentencias T-1294/05 y T-549/07 del Tribunal Constitucional colombiano, la respectiva comunidad indígena impone al acusado la pena de prisión por hechos muy graves, la famosa antropóloga colombiana Esther Sánchez Botero (que ha elevado a esta Corporación algunos peritajes antropológicos de gran relevancia) señala, en la última de las resoluciones, que la pena privativa de libertad no es recomendada por las comunidades indígenas. Tanto es así que el cumplimiento en estos supuestos extraordinarios se remite a la justicia ordinaria en un ejercicio de cohabitación entre ambos sistemas jurídicos.

coercitivas de los distintos sistemas penales desde una concepción cultural diferente. Este debe ser un buen punto de partida desde el que se puede establecer la duda metódica que nos conduzca al fundamento último de todo sistema penal (7).

Siguiendo el modelo de referencia del derecho consuetudinario indígena, se ha podido apreciar que es común la aceptación de penas corporales (azotes, latigazos o el fuste, por ejemplo) en bastantes de los pueblos que tienen derecho propio. A partir de ahí, habría que dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿Y qué ocurre con la formulación universal de los derechos humanos? ¿Acaso el hecho de ser indígena, de poseer otro acervo cultural, otra cosmovisión del mundo, otra forma de existencia individual y social, determina que las garantías individuales encuentran por esta razón un límite infranqueable en su pretensión de tutela? No quisiera pasar por alto algunas consideraciones que, al menos inicialmente, deben ser tenidas en cuenta.

B) LA TENSION ENTRE PRINCIPIOS

Visto de este modo, y desde un planteamiento de legitimidad que intente racionalizar la convivencia entre todas las culturas y civilizaciones con la pretensión de reducir al máximo la violencia, la cuestión puede formularse desde el entendimiento de un conflicto entre el principio de respeto a la diversidad cultural y este otro de la obligada tutela de los derechos humanos universalmente reconocidos.

En efecto, nos encontramos, en algunos supuestos, ante un conflicto entre el principio de diversidad étnica y cultural, que obliga al poder público a preservar el derecho a la diferencia y al mantenimiento de la propia idiosincrasia del grupo humano en cuestión; y el principio de reconocimiento de los derechos fundamentales al mismo integrante de ese grupo humano (indígena, musulmán, oriental, hindú, etc.), que exige del Estado la tutela correspondiente. El Tribunal Constitucional colombiano ha manifestado esta tensión entre ambos principios con un gran acierto (8).

(7) Sigo, en parte, la argumentación expuesta en dos trabajos recientes: BORJA JIMÉNEZ, E.: *El derecho consuetudinario indígena como mecanismo de reducción de la violencia en Latinoamérica* (en prensa)... cit.; BORJA JIMÉNEZ, E.: *Derecho indígena sancionador y derechos humanos...* cit.; pp. 206 ss.

(8) «Existe una tensión entre el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural y la consagración de los derechos fundamentales. Mientras que éstos filosóficamente se fundamentan en normas transculturales, pretendidamente universales, que permitirían afianzar una base firme para la convivencia y la paz entre las

Y para resolver este conflicto, se establece una concreta metodología que transcurre a través de los estadios que seguidamente se enumeran.

Habrà entonces, que postularse en relación con los dos polos en tensión, el principio de diversidad cultural, en primer lugar; y la interpretación y entendimiento actual de los derechos humanos, en segundo lugar.

En cuanto al principio de diversidad étnica y cultural, recurriendo una vez más a la gran calidad científica de la doctrina del Tribunal Constitucional colombiano, hay que señalar que su existencia supone el reconocimiento a los grupos humanos dentro de un Estado, o a los pueblos de los Estados que integran el orden internacional, para asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida, así como su desarrollo económico y social, manteniendo y fortaleciendo sus identidades, lenguas y religiones (9). El principio de diversidad cultural, por tanto, obedece a «la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental (10)», lo cual permite a las comunidades humanas y a los individuos que las integran «...definir su identidad con base en sus diferencias específicas y en valores étnicos y culturales concretos (11)...». También se ha dicho, en este orden de cosas, que el postulado de la protección y el reconocimiento de la diversidad cultural presenta dos dificultades al intérprete: en primer lugar, su generalidad, que conlleva un alto grado de indeterminación, y en segundo término, su naturaleza conflictiva, que implica la necesidad de ponderación respecto a otros principios que gozan de igual jerarquía (12).

Aunque la interpretación del Tribunal Constitucional colombiano estaba ceñida a los problemas de la autonomía jurisdiccional indígena en materia sancionadora y sus límites en Colombia, creo que su validez se proyecta al ámbito intercultural global y al específico marco

naciones, el respeto de la diversidad supone la aceptación de cosmovisiones y de estándares valorativos diversos y hasta contrarios a los valores de una ética universal. Esta paradoja ha dado lugar a un candente debate filosófico sobre la vigencia de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales. La plena vigencia de los derechos fundamentales constitucionales en los territorios indígenas como límite al principio de diversidad étnica y cultural es acogido en el plano del derecho internacional, particularmente en lo que tiene que ver con los derechos humanos como código universal de convivencia y diálogo entre las culturas y naciones, presupuesto de la paz, de la justicia, de la libertad y de la prosperidad de todos los pueblos» Sentencia T-254/94. Esta doctrina fue continuada por otras relevantes resoluciones, entre las que destacan las sentencias C-139/96, T-349/96, T-496/96 y SU-510/98.

(9) Sentencia T-603/05.

(10) Sentencias SU-510/98, C-104/95 y T-380/93.

(11) Sentencias SU-510/98 y T-496/96.

(12) Sentencia T-349/96.

del Derecho Penal. Es por ello que, siguiendo el razonamiento apuntado, la definición del principio de diversidad cultural tiene que circunscribirse al perímetro del sistema penal, y su naturaleza conflictiva ser ponderada en relación con el principio del respeto a la vigencia de los derechos humanos.

Y en relación con dicho axioma, hay que tener presente que el sistema de valores de la cultura occidental se encuentra en un plano de igualdad, en atención a su valoración y legitimidad, con relación al sistema de valores de otras culturas y civilizaciones, posición que suele mantenerse con firmeza en el plano teórico, pero que se ve transformada en la realidad, donde muchas veces se aboga en favor de una presunta superioridad de la tradición judeocristiana de Occidente.

El límite de toda cultura en el ejercicio del *ius puniendi* que corresponda con su respectivo sistema penal tiene que ser el respeto y la tutela de los derechos humanos. De ahí que, en segundo lugar, tenga que determinarse hasta dónde puede incidir la intensidad de su afectación por el conjunto de medidas coercitivas, sancionadoras o cautelares, del Derecho Penal material y adjetivo.

En este sentido, cabe recordar los tres presupuestos de los que parten las concepciones interculturales del Derecho Penal. Esto es, en primer lugar, que el pensamiento filosófico de los derechos humanos ya no coincide con un catálogo concreto y determinado de los mismos. En segundo lugar, donde se pone el acento en el dato de que la teoría de los derechos humanos tiene como misión principal proporcionar un núcleo universal integrado por elementos de las diferentes culturas, y en donde cada civilización pueda reconocerse a sí misma y reconocer a las demás. Y, en tercer lugar, tal y como se viene apuntando en estos últimos párrafos, hay que reiterar que el acervo de los derechos humanos no es hoy patrimonio exclusivo de la civilización occidental, sino que todas las culturas tienen derecho a reflejarse en su imagen y a ir integrándolos en su seno, desarrollándose conforme a sus requerimientos mediante los correspondientes procesos de aprendizaje y transformación (13).

Por otro lado, el postulado de la universalidad de los derechos humanos ha encontrado varios fundamentos. A estos efectos, quisiera señalar que acepto aquellas tesis que interpretan el contenido de esos derechos humanos como conjunto de estados de valor o de necesidades objetivas que son absolutamente indispensables para reconocer al ser humano como ser espiritual y moral, como sujeto y agente de su propia existencia, y no como medio de objetivos y fines colectivos. Si es cierto

(13) HÖFFE, Otfried: *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*, Frankfurt am Main, 1999, p. 79.

que todo poder público debe garantizar, no sólo el reconocimiento, sino la misma tutela de estos derechos fundamentales de todos sus ciudadanos, también es verdad que, de igual forma, debe preservar los derechos colectivos de determinados grupos humanos residentes en su territorio que constituyen la plataforma de la propia idiosincrasia, acervo cultural, tradiciones, costumbres, religión, y, en última instancia, de su comprensión del mundo y forma de existencia vital (14).

C) EL CONSENSO SOBRE LA TUTELA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Es posible, por tanto, encontrar un mínimo consenso sobre la necesidad de vigencia de los derechos humanos en toda cultura y tradición, aunque dicho mínimo consenso se centre en un ámbito muy estricto y con interpretaciones diferentes. A este respecto, se ha dicho que culturas como la india, japonesa o amerindia aceptan también este consenso, pero teniendo presente dos consideraciones. La primera pondría el acento en el hecho de que todo derecho acarrea su respectivo deber de obligación, y los derechos humanos no constituirían ninguna excepción. La segunda, resaltada aquí, que postula por la necesidad de interpretar las garantías individuales dentro de un enfoque más colectivo y social, con una dimensión supraindividual distinta de la operada en la cultura occidental (15).

(14) No puedo profundizar ahora sobre una temática que debería ser objeto de más de una monografía. La cuestión sobre la universalidad de los derechos humanos, y su interpretación en las distintas civilizaciones, es muy discutida en la actualidad. Cito tan sólo algunas obras y trabajos que han tratado seriamente esta problemática. Así, ASHWORTH, Andrew: *Human Rights, Criminal Law and the principles of Legal Certainty*. *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin ESER zum 70. Geburtstag.* München, 2005; pp. 49-61. HERSCH, Jeanne (Direcc.): *El derecho de ser Hombre*. Salamanca, 1973. HÖFFE, Otfried: *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*. Frankfurt am Main, 1999. MERLE, Jean-Christophe: *Strafen aus Respekt vor der Menschenwürde. Eine Kritik am Retributivismus aus der Perspektive des deutschen Idealismus*. Berlín, 2007. MUGUERZA, Javier (y otros): *El fundamento de los derechos humanos*. Madrid, 1989. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. (Direc.): *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid, 1995. ROULAND, Norbert (Dir.): *Derecho de las minorías y de los pueblos autóctonos*. Traducción de Isabel VERICAT NÚÑEZ. México, 1999. TOMUSCHAT, Christian: *Human rights: Between idealism and realism*. Oxford, 2003; pp. 58-83. VASAK, Karen: *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*. Barcelona, 1984. VILLORO, Luís: *Estado plural, pluralidad de culturas*. México, 2002 (reimpr.).

(15) En este sentido, VILLORO: *Estado plural, pluralidad de culturas...* cit.; pp. 131 ss.

Si tenemos en cuenta estos presupuestos (coexistencia en plano de igualdad de culturas distintas, mínimo consenso sobre la vigencia universal de ciertos derechos humanos, aceptación de una distinta interpretación de los mismos según sea la óptica cultural de referencia), podemos esbozar, provisionalmente, una solución conciliadora al conflicto que hemos venido exponiendo. Y en este sentido, estoy de acuerdo con los postulados filosóficos de Apel (16) y Habermas, que abogan por la necesidad de establecer un proceso de comunicación que conduzca al consenso en relación con las normas materiales que se quieren universalizar, contando para ello con las representaciones valorativas de todas las culturas afectadas. Es necesario, entonces, que concurren unas condiciones mínimas que fortalezcan la intervención con el fin de alcanzar ese consenso entre lo universal y lo particular (y a su vez, entre la cosmovisión occidental, y otras, como la amerindia, islámica, oriental, etc.).

Esta misma pauta es utilizada por la Corte Constitucional colombiana con el objetivo de aportar una respuesta frente a la cuestión del límite de tolerancia de las conductas permitidas en las culturas indígenas que puedan menoscabar un derecho fundamental universalmente reconocido. «Una primera solución a este tipo de conflictos, se ha planteado en términos de un diálogo intercultural que sea capaz de trazar unos estándares mínimos de tolerancia, que cubran los diferentes sistemas de valores. Es decir, se trataría de lograr un consenso en aquel mínimo necesario para la convivencia entre las distintas culturas, sin que ello implique renunciar a los presupuestos esenciales que marcan la identidad de cada una (17).

Evidentemente, la multiplicidad de formas de vida, de cosmovisiones y de necesidades e intereses en las distintas civilizaciones, dificulta mucho tanto el diálogo como el consenso intercultural. Sin

(16) Tomo algunas de las ideas de este autor vertidas en su trabajo APEL, Karl-Otto: *Andersen, ein Menschenrecht? Über die Vereinbarkeit universaler Normen mit kultureller und ethnischer Vielfalt* en la obra colectiva con el mismo nombre coordinada por HOFFMANN, Hilmar, y KRAMER, Dieter. Weinheim, 1995; pp. 9 ss., especialmente 17 ss.

(17) Sentencia T-523/97. El origen de esta doctrina se encuentra en la Sentencia T-349/96, seguida por las resoluciones, además de la primera mencionada, SU-510/98, C-370/02, C-127/03 y T-549/07. Las fuentes doctrinales citadas por la relevante resolución T-349/96, y que se transcriben literalmente del texto, serían: Abdullahi Ahmed An-na'im, «Toward a Cross Cultural Approach to Defining International Standards of Human Rights: The Meaning of Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment» en Abdullahi Ahmed An-na'im (comp.), *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1991; y RICHARD FALK, «Cultural foundations for the International Protection of Human Rights», *ibid.*

embargo, se ha apuntado, y con razón, que es más fácil que la humanidad se ponga de acuerdo en aquello que desea prohibir, en los comportamientos que reprocha, proscribire y castiga (que son limitados), frente a aquellos otros que entiende como valiosos, o al menos, como tolerables (que son infinitos). Si ello lo circunscribimos al ámbito de las garantías fundamentales, también habrá que asumir el pensamiento que afirma que un entendimiento de los derechos humanos proyectándose a restringir y limitar la acción del poder público tiene mayores posibilidades de reconocimiento universal que un concepto más extenso que considera a éstos como elementos de orden público para todo Estado y toda sociedad sin distinción (18). De aquí se deduce que el Derecho Penal esté siendo caracterizado como una universalidad socio-cultural, puesto que trata más bien los supuestos más graves de experiencias negativas de menoscabo de derechos. Y así, una vez más, se confirma que es más fácil que se produzca un consenso sobre lo que no debe ser, antes de que se llegue al consenso sobre lo que debe ser (19).

Llegados a este punto, el siguiente obstáculo que hay que salvar es determinar ese mínimo elenco de garantías y libertades que se le debe reconocer a todo ser humano, cualquiera que sea el sistema normativo y cultural en el que se desenvuelva.

A estos efectos, se establece que todo sistema de convivencia ha de concebir al hombre como agente moral, y de ahí se deduce que uno de los postulados básicos del consenso intercultural sea el respeto al principio de autodeterminación, de autonomía de la persona, o, expresando el mismo significado con palabras distintas, el principio del libre desarrollo de la personalidad (20). De aquí se derivan algunos derechos íntimamente ligados a este reconocimiento con carácter universal, cuales son el derecho a la vida, a la integridad física, a las libertades de expresión, de reunión y de asociación, y a la seguri-

(18) TOMUSCHAT: *Human rights: Between idealism and realism...* cit.; pp. 82 y 83.

(19) HASSEMER, Winfried: «Vielfalt und Wandel. Offene Horizonte eines interkulturelles Strafrechts» en HÖFFE, Otfried: *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?* ... cit.; pp. 157 ss., 172.

(20) Señalaba John Stuart MILL que, para considerar una sociedad libre, se tendría que garantizar, como mínimo, las siguientes: «... libertad de pensar y sentir, la de expresar y publicar opiniones, libertad de regular la vida según nuestro carácter de hacer nuestra voluntad, suceda lo que quiera, sin que nos lo impidan los demás, mientras no les perjudiquemos, aunque conceptúen nuestra conducta como necia o censurable, y la libertad de reunirse o asociarse con iguales limitaciones...». Al respecto, VIVES ANTÓN, T. S.: *Sistema democrático y concepciones del bien jurídico*. Lusíada, Serie II, núms. 4-5 (2007); pp. 157-187, 168.

dad (21). Todo ello matizado con la aceptación de los deberes «más fuertes» que algunas culturas no occidentales (como la indígena) imponen a sus miembros, como son los genéricos de cooperación, solidaridad y trabajos comunitarios (22).

D) EL NÚCLEO INVOLABLE DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS AFECTADOS POR TODO SISTEMA PENAL

A partir de aquí, cabría señalar que ese mínimo elenco de derechos que se le debe reconocer a todo ser humano, cualquiera que sea el sistema normativo y cultural en el que se desenvuelva (23), y que han sido

(21) El especialista americano en ciencia política y filosofía social, Michael Walzer, habla correctamente de un código moral mínimo y universal que es aceptado a nivel mundial sin ninguna objeción. Este código mínimo comprendería, desde su punto de vista, la prohibición del asesinato, de la esclavitud, de la tortura y del genocidio. De hecho, en ningún país del mundo las autoridades públicas otorgarían licencia para que se permitiese disponer de acuerdo a su libre albedrío de la vida, de la libertad y de la integridad corporal. Aunque ello ha sucedido y sucederá, este tipo de prácticas no son reconocidas como máximas a seguir de una política correcta. Ningún pensador serio pone en duda la propuesta de que el poder del Estado autoritario tiene que ser limitado por firmes restricciones. TOMUSCHAT: *Human rights: Between idealism and realism...* cit.; pp. 81 y 82. En otro pasaje de esta última página, el autor señala que en ninguna parte ha surgido doctrina alguna que permitiría al Estado cercenar arbitrariamente las libertades de expresión, reunión y asociación. De haberlas, tales limitaciones constituirían datos empíricos de la misma vida social, que generalmente están justificadas por la prevalencia de situaciones excepcionales.

(22) Esta es la posición, que personalmente comparto, de VILLORO: *Estado plural, pluralidad de culturas...* cit.; pp. 132 y 133. En este sentido, se ha dicho, y con razón, que otras cosmovisiones diferentes de la occidental, como la hindú o la china, ponen el acento en el hecho de que en estas culturas, antes que la reclamación de los derechos, existe la idea del cumplimiento de las obligaciones, y de ahí es de donde se derivan ese elenco de garantías. De igual forma, se ha querido identificar los valores asiáticos poniendo el énfasis en la búsqueda de soluciones consensuadas, criterio comunitario frente a individualismo, orden social y armonía, respeto por los mayores, disciplina, Estado paternalista y el rol prioritario del gobierno en el desarrollo económico. Es más, ni siquiera en las sociedades occidentales existe un consenso sobre un derecho humano tan relevante como el derecho a la vida. La existencia de la pena de muerte en EE. UU., la legalidad de los asesinatos «selectivos» en el Estado de Israel, o la distinta consideración del aborto consentido por la mujer embarazada en diferentes países europeos, constituyen buena prueba de ello. TOMUSCHAT: *Human rights: Between idealism and realism...* cit.; pp. 69 -72.

(23) La cuestión está siempre abierta entre los especialistas en derechos humanos. Se pregunta TOMUSCHAT (*Human rights: Between idealism and realism...* cit.; pp. 58 ss.) si podría realmente existir un estándar común de derechos para toda la humanidad, o si por el contrario se oscurecieron las pretensiones de las declaraciones y de los instrumentos internacionales de derechos humanos de extender universal-

delimitados en torno al derecho a la vida, a la integridad física, a las libertades de expresión, de reunión y de asociación, y a la seguridad, es el que debe respetar el poder político en relación con el ciudadano. Sin embargo, dichos derechos son limitados con mayor intensidad cuando se trata de los individuos que ingresan en el sistema penal.

Teniendo presente todos estos presupuestos, ya estamos en condiciones de responder a la cuestión fundamental: ¿Cuáles son los bienes y derechos que ningún ordenamiento sancionador, ni siquiera excusándose en la salvaguardia de su diversidad cultural, propia idiosincrasia o tradición, puede menoscabar en la definición de las conductas delictivas y en el establecimiento de las correspondientes penas?

Así, en el seno de la Unión Europea se está configurando, tanto por los tratados y convenciones propias, o los externos firmados en bloque por dicha organización, o incluso por el sistema constitucional derivado de las respectivas leyes fundamentales de los Estados integrantes, un núcleo inviolable de derechos fundamentales. De ahí derivan unos criterios comunes de obligado cumplimiento a la hora de establecer la tipificación de los delitos y de las penas en el respectivo sistema penal (24). En este sentido se habla de reconocimiento de principios básicos relacionados con los derechos humanos y las libertades públicas, como la inviolabilidad de la dignidad humana, la prohibición de la pena de muerte y de otros tratos crueles e inhumanos, y la prohibición de la tortura. Dichos criterios comunes con cierta tendencia a la universalización, sin embargo, sólo son predicables de una específica cultura occidental.

Me interesa destacar ahora un ámbito en el que se plantee el conflicto entre la autonomía de la actividad jurisdiccional correspondiente a un determinado sistema penal y su afectación a los derechos humanos. Dicho ámbito viene abarcado por el modelo de referencia que ha sido aquí presentado, en el seno del Derecho sancionador de las comunidades indígenas de Latinoamérica.

mente sus propuestas, por su propia ambición. Pues se cuestiona el autor si la existencia de diferencias culturales entre las muchas naciones y otras comunidades étnicas o lingüísticas del Planeta son irreconciliables con el tipo de uniformidad que supondría el establecimiento de principios universales con su lógico corolario.

(24) Al respecto, NUOTIO, Kimmo: «Criminal law of a transnationale polity». *Festschrift für Heike Jung zum 66. Geburtstag*. München, 2007; pp. 685-698, 890. También se ha dicho en este ámbito, que los derechos fundamentales más importantes que afectan al Derecho Penal son la presunción de inocencia, el principio «*nullum crimen nulla poena sine lege*», el mandato de moderación (o mitigación) y el principio de proporcionalidad en relación con hechos punibles y penas, así como el principio del «*non bis in idem*». DANNECKER, Gerhard: «Die Dynamik des materiellen Strafrechts unter dem Einfluss europäischer und internationaler Entwicklungen». *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 117 (2005); pp. 697-748.

Así, la misma Corte Constitucional colombiana ha delimitado concretamente el perímetro de lo prohibido en sede de actuación jurisdiccional de las autoridades indígenas. Es decir, en última instancia se está cuestionando la legitimidad de todo tipo de medidas de intervención penal (sean procesales o materiales) que se utilizan en el Derecho Penal indígena, en la medida en que puedan atentar a las garantías individuales universalmente reconocidas. Sin embargo, siguiendo con la metodología comparativa que se ha ido exponiendo a lo largo del presente trabajo, los resultados pueden perfectamente extrapolarse y tomarse en consideración a efectos de determinar los límites de lo tolerable de todo sistema penal.

Y en estos términos, la Corte Constitucional ha expresado claramente, después de una argumentación bastante convincente (y en la que ahora no podemos entrar con detalle) su entendimiento de los límites de actuación normativa y jurisdiccional en el marco del Derecho Penal indígena. «Por lo tanto, y bajo este presupuesto, los límites mínimos que en materia de derechos humanos deben cumplir las autoridades indígenas en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales responden, a juicio de la Corte, a un consenso intercultural sobre lo que “verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciosos del hombre”, es decir, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura y, por expresa exigencia constitucional, la legalidad en el procedimiento, en los delitos y en las penas [...] Estas medidas se justifican porque son “necesarias para proteger intereses de superior jerarquía y son las menores restricciones imaginables a la luz del texto constitucional”» (25). La Corte, coherente con este planteamiento, no considera atentado a los derechos humanos el empleo limitado de sanciones corporales (como el fuste o el cepo) o el juzgamiento del sujeto sin que éste se halle presente, siempre que venga representado o defendido por personas allegadas (situación que hipotéticamente podría atentar al principio del debido proceso). Sobre estos aspectos tendré ocasión de pronunciarme en el último apartado del presente artículo.

Por tanto, el núcleo de derechos intangibles que, a juicio del mentado Tribunal, debe respetarse universalmente, incluiría, en primer término, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura. Se basa para ello en dos razones de peso. En primer lugar, atiende al hecho de que únicamente respecto de éstos

(25) Sentencia del Tribunal Constitucional T-523/97. El Alto Tribunal parte de la idea de que el respeto al principio de diversidad étnica y cultural constituye uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico colombiano, y por esta razón, su limitación cuando entra en conflicto con otros derechos y principios, debe restringirse al máximo.

puede predicarse la existencia de un verdadero consenso intercultural. En segundo lugar, se acoge a la constatación de que dichas garantías se encuentran dentro del núcleo de derechos intangibles que reconocen todos los tratados de derechos humanos, garantías que no pueden ser suspendidas ni siquiera en las situaciones de conflicto armado (26).

Aunque estoy de acuerdo con dicho elenco de derechos inviolables, desde mi personal perspectiva cabría añadir las garantías de la integridad física y de la integridad moral, entendida esta última como la no-despersonalización del sujeto en determinadas situaciones de privación de libertad.

Si bien en el último epígrafe de este trabajo volveré sobre esta temática, creo que existen razones suficientes para incluir en este núcleo esencial dichos dos derechos fundamentales a la integridad corporal y a la integridad moral.

En cuanto al primero, creo que pueden ser aceptados desde otras culturas diferentes a la occidental cierta afectación corporal mediante castigos que entran dentro de su tradición ancestral. No me parece más grave, por ejemplo, castigar con cuarenta latigazos a quien perpetró un robo que internarlo en un centro penitenciario durante dos años. Aunque ello desprece la conciencia de la cultura judeocristiana, por las mismas razones las etnias originarias de Latinoamérica no conciben la privación de libertad como pena en sus correspondientes sistemas jurídicos. Pero el castigo corporal deberá ser admitido en cosmovisiones distintas de la occidental siempre que no deje ni física ni psicológicamente una huella indeleble en la persona que lo sufre. La intensidad de los cuarenta latigazos, por seguir con el ejemplo, no puede llegar a dejar cicatrices permanentes en el reo, y tras su aplicación, éste siempre ha de tener la posibilidad de recuperar un estado físico similar al que mantenía con anterioridad a la ejecución de la sanción (27). El mismo razonamiento sería válido para otras penas que en la cosmovisión indígena tienen un carácter altamente simbólico y ritualizado, como el baño en agua fría o la sanción de ortiga (28). Pero alguna que otra práctica, como cortar las orejas a las mujeres adúlteras en algún derecho original amerindio, o la ablación del clíto-

(26) Sentencia T-349/96. Dicha resolución fue completada, tal y como se han señalado, por la T-523/97.

(27) Esta misma pena de latigazos, que desde la perspectiva occidental nos parece bárbara y cruel, cuando se aplica en las comunidades indígenas que la mantienen, cada golpe viene acompañado de un consejo, para que se entienda que la sanción no es sólo castigo sino que también está orientada a mejorar a las personas que han delinquido.

(28) BORJA JIMÉNEZ: *Introducción a los fundamentos del Derecho Penal indígena...* cit.; pp. 154 ss.

ris de las niñas en ciertas tradiciones fundamentalistas islámicas, no pueden ser aceptadas desde ninguna interpretación de los derechos humanos. Aparte de que estas tradiciones entrarían en la calificación de tratos crueles e inhumanos, violarían este *principio de elasticidad* que he mencionado anteriormente. Según dicho axioma, ninguna institución jurídica puede incidir tan negativamente en un ser humano, que tras su aplicación éste no pueda recuperar su imagen física y su estructura psíquica que disponía con anterioridad a su ejecución.

El principio de elasticidad en el marco de las medidas punitivas deriva de una concepción del Derecho que contemple al ser humano como libre y responsable de sus actos, y cuyo objetivo sea resolver pacíficamente los conflictos humanos reduciendo al máximo la violencia, quedando fuera de dicho objetivo transformar sin su voluntad y permanentemente a los sujetos que los originan o los sufren.

Por tanto, la aceptación de ciertas formas limitadas de penas corporales no viola el derecho a la integridad física, siempre y cuando ésta no sea mermada sin posibilidad de recuperarse el estado físico inicial de quien las sufre. Creo que, explicado de esta forma, también este derecho debe conformar el núcleo esencial de las garantías fundamentales que no puede menoscabar ningún sistema penal bajo pretexto o justificación de prácticas o tradiciones jurídicas ancestrales.

Pero por las mismas razones, y en segundo lugar, también debe incluirse el derecho a la integridad moral. El principio de elasticidad también entraría aquí en juego, de tal modo que no se aceptarían aquellas medidas punitivas que puedan incidir sobre el aparato psíquico, sobre la conformación psicológica o sobre cualquier otro ámbito espiritual del ser humano, de tal forma que éste no pueda volver a recuperar su identidad, su Yo personal y esos aspectos espirituales relacionados con la imagen individual, específica e irrepetible que lo caracterizaban como tal ser humano.

Evidentemente, el derecho a la integridad moral queda tutelado tácitamente cuando se prohíbe en todo sistema jurídico la tortura, o los tratos inhumanos o degradantes. Pero, de no concebirse expresamente, quedarían fuera otros supuestos, y específicamente el que me voy a referir seguidamente.

He señalado que, tanto como a los occidentales nos repelen las penas corporales, la conciencia indígena rechaza las sanciones privativas de libertad. También se han expuesto algunas razones, como las que derivan de su propia idiosincrasia en los modos de convivencia. Así, el arraigo del ser a la tierra y al entorno ancestral de su comunidad prohíbe la posibilidad de encerrar a una persona. También la necesidad de reintegrar al individuo a la comunidad para que ésta no se vea

mermada en el número de sus integrantes (principio de supervivencia) se contradice con la privación de libertad de un indígena. Y sin embargo, en el mundo occidental, la pena más relevante sigue siendo la prisión. Pues bien, el derecho a la integridad moral, percibido desde el principio de elasticidad, determinaría que son legítimas las penas privativas de libertad hasta el punto de que no despersonalicen al sujeto, de que su duración y forma de ejecución no sea tan drástica que el reo, tras el cumplimiento, haya transformado su identidad, forma de ser o sufra perturbaciones psicológicas o psíquicas irreversibles. Y ocurre que también sobre el concepto de humanidad de las penas se pueden encontrar distintas valoraciones en una y otra cultura. Si fuéramos capaces de entender el mundo de civilizaciones como la amerindia desde su concepción cultural, aceptaríamos ciertas sanciones que aparentemente parecen inhumanas, pero que en realidad lo son menos que las penas privativas de libertad.

De todo lo dicho, ya se puede señalar una primera estructura nuclear de los derechos fundamentales que tienen que ser respetados por todo sistema penal, y que vendría integrada por el derecho a la vida, a la integridad física y moral, la prohibición de la esclavitud y de la tortura.

A estos derechos intangibles, se le añaden la legalidad del procedimiento, que se concreta en los diferentes derechos fundamentales emanados del principio del debido proceso; y la legalidad de los delitos y de las penas (29).

Aquí la justificación se encontraría en razones de índole constitucional, respecto del primero; y referidas a la seguridad jurídica, en el segundo. Pero ambos, debido proceso y legalidad de los delitos y de las penas, también constituyen una estructura lógico-objetiva cuya necesidad puede y debe ser predicada de todo sistema penal, aun cuando su plasmación no tenga necesariamente que ser formalizada estrictamente con arreglo a los criterios del derecho occidental o ancestral (30). Es decir, la legalidad del procedimiento como reque-

(29) Doctrina asentada por las dos anteriores resoluciones de Tribunal Constitucional colombiano T-349/96 y T-523/97, y a partir de aquí, seguida, entre otras, por las sentencias SU-510/98, T-266/99, C-127/03 y T-549/07.

(30) «... el derecho al debido proceso constituye un límite a la jurisdicción especial, lo que implica el cumplimiento de reglas acordes con la especificidad de la organización social, política y jurídica de la comunidad de que se trate. Es obvio, que este límite no exige que las prácticas y procedimientos deban ser llevadas a cabo de la misma manera que como lo hacían los antepasados, porque el derecho de las comunidades indígenas, como cualquier sistema jurídico, puede ser dinámico. Lo que se requiere, es el cumplimiento de aquellas actuaciones que el acusado pueda prever y

rimiento general, no implica que se exija la existencia de juez de carrera, abogado letrado y fiscal togado. Es suficiente con que el acusado pueda defenderse realmente con ciertas garantías de objetividad e imparcialidad, y sea juzgado por una asamblea, un consejo de ancianos o unas autoridades que tradicionalmente han ejercido funciones jurisdiccionales. Y la legalidad de los delitos y de las penas no significa necesariamente que en todo ordenamiento punitivo se definan taxativamente unos y otras por una norma escrita con anterioridad a su aplicación. Bastaría con el hecho de que la regla, extendida socialmente por la publicidad de la escritura o de la tradición oral, sea conocida con carácter general por los sujetos afectados, de tal modo que puedan prever, aún vagamente, las consecuencias jurídicas de la realización de comportamientos prohibidos por las normas de la comunidad en que desarrolle su existencia.

De ahí que, siempre que el respectivo ordenamiento punitivo respete unos mínimos en el marco del reconocimiento y tutela de los derechos humanos (que, como se acaba de ver, se pueden concretar en la salvaguarda de la vida y de la integridad física y moral, en la prohibición de la esclavitud y de la tortura, y en el acatamiento de los fundamentos de las reglas básicas del debido proceso, así como de la legalidad de los delitos y de las penas), ha de entenderse legítima la formulación que se realice, atendiendo a su tradición jurídica e idiosincrasia cultural, de sus categorías, principios e instituciones (31).

Llegado a este punto, quisiera formular otra cuestión relacionada con la inicialmente planteada. En el seno social y en el territorio de etnias primigenias de Latinoamérica o de Laponia, o en culturas islámicas u orientales ¿Qué sería más justo, más eficaz, más respetuoso, más civilizado, aplicar su propio derecho o recurrir a un ordenamiento de corte occidental?

Evidentemente, siempre que el ordenamiento originario respete unos mínimos en el marco del reconocimiento y tutela de los derechos humanos, que, como se ha visto, se pueden ubicar en la salvaguarda de la vida y de la integridad física y moral, en la prohibición de la esclavitud y de la tortura, y en el acatamiento de los fundamentos de las reglas básicas del debido proceso, incluyendo la legalidad de los delitos y de las penas, me parece más conveniente que se tomen en

que se acerquen a las prácticas tradicionales que sirven de sustento a la cohesión social». Sentencia T-523/97.

(31) BORJA JIMÉNEZ: *Introducción a los fundamentos del Derecho Penal indígena...* cit.; pp. 183 ss.

consideración las normas vigentes propias de la tradición y costumbres de los pueblos que integran la respectiva civilización (32).

Y, en efecto, puede plantearse desde la mentalidad occidental que entrados ya en el siglo XXI, no se debe castigar a una persona a sufrir cuarenta latigazos, a realizar forzosamente trabajos en favor de la comunidad durante un año u obligarle a someterse a la inmovilización de su cuerpo por medio del cepo (sanciones que no vulnerarían estos mínimos, pero que repelen los valores de la cultura judeocristiana). Y estoy de acuerdo en considerar esta solución monstruosa si se aplicase en cualquiera de los países de la Unión Europea o en cualquier otro Estado de corte occidental. Pero es sabido (y se mostró en su momento) que la pena privativa de libertad no cumple ninguno de los fines que persigue, por ejemplo, en el Derecho Penal indígena, mientras que estas otras, que acarrearán una gran carga ritual y un menor contenido aflictivo del que aparentemente representan, muestran una gran idoneidad para alcanzar los principios de prevención especial, de reciprocidad, equilibrio y salvaguarda de la paz social, que aparecen como objetivos fundamentales de este sistema. Nos preguntamos entonces qué ocurre con el principio de humanidad de las penas. Y de nuevo ahí, como he expresado unos párrafos arriba, nos encontramos con valoraciones diferentes sobre su significado y contenido esencial atendiendo a los distintos sistemas de valores de las diferentes culturas y civilizaciones.

Sin embargo, será en el último epígrafe de la presente investigación donde me ocupe del fundamento último de todo Derecho Penal (33).

E) EL FUNDAMENTO ÚLTIMO DE TODO SISTEMA PENAL

Las distintas tradiciones jurídicas (que cada vez se aproximan más entre sí merced, entre otros, a los procesos de globalización económica) conforman sistemas penales diferenciados con componentes

(32) BORJA JIMÉNEZ: *Derecho indígena sancionador y derechos humanos...* cit.; p. 210.

(33) Se ha dicho, y con razón, que existe un consenso generalizado sobre el entendimiento como ilegítimos de aquellos comportamientos que, al abrigo de una determinada tradición o cultura, violan derechos fundamentales del individuo, aun cuando hipotéticamente pudieran derivar del Derecho Internacional o del ordenamiento interno del país o países de referencia. BERNARDI, Alessandro: *Modelli penali e società multi-culturale*. Torino, 2006; p. 128. Evidentemente, el problema se encuentra en la determinación de cuáles son esos derechos fundamentales del individuo a la luz de las diversas culturas y civilizaciones, tarea que ha ocupado este apartado.

propios de su cosmovisión, cultura y civilización, y otros que son comunes a todas ellas. Conforme se ha ido avanzando desde el plano de la realidad de cada ordenamiento punitivo, al plano de la legitimidad en la definición de los delitos, de las penas y de otras medidas coercitivas materiales o procesales, el núcleo del Derecho Penal mínimo (por ser común a toda comunidad o Estado) también se desplaza desde la *consideración didáctica* de sus conceptos y categorías al entendimiento universal de los derechos humanos.

En efecto, si se intenta definir lo común en materia de principios, se apreciarán las dificultades existentes merced a las diferencias entre los sistemas legalistas de la Europa continental o la prevalencia del precedente jurídico del *Common Law* en los sistemas anglosajones. También en este mismo ámbito aparecerán obstáculos a la hora de coincidir en la definición de la función del Derecho Penal como protector de bienes jurídicos (concepción mayoritaria de la tradición continental) o regido por el *harm principle* (tradición anglosajona). En la estructura del delito, en cambio, en gran parte de esta Europa continental hay consenso en entender que viene constituida por las características de la acción humana de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; mientras que en Francia se define en torno a los elementos legal, material y moral o en Inglaterra en los componentes del *actus reus* y *mens rea*. Sin embargo, conforme va profundizándose en aspectos menos técnico-dogmáticos y más filosóficos o constitucionales, aparecen fundamentos más generales, como la dignidad humana, la seguridad jurídica, los principios de lesividad, culpabilidad, *non bis in idem*, humanidad de las penas u otros de carácter procesal, como los derechos a la presunción de inocencia o a la defensa.

Evidentemente, a ello ha contribuido la evolución del pensamiento jurídico, que ha ido conformando los distintos conceptos y categorías a través del desarrollo de cada sociedad y del espíritu que impregna su respectiva reforma legal. Pero, en el fondo, el apreciable progresivo acercamiento que se produce en las últimas décadas en las distintas instituciones penales de las diferentes tradiciones jurídicas, cada vez más próximas e integradas en un ámbito común (por ejemplo, en el marco del Derecho Penal internacional), no obedece tanto al resultado de las respectivas metodologías de investigación jurídica o a la didáctica de la utilización conceptual de cada sistema penal, sino más bien a la concepción en la consideración del ser humano, de sus derechos, de su autonomía de la voluntad (y de sus límites) que ha ido aportando cada cultura y civilización (34). El fundamento de todo sistema penal,

(34) En estos términos, pero para el ámbito más concreto de la teoría jurídica del delito en el seno del Derecho Penal, se expresa AVRIGEANU, Tudor: *Ambivalenz*

por tanto, se halla en la imagen y en la idea de ser humano, sujeto, individuo o persona que sea común a toda tradición, cultura o civilización (35). Es por ello que, en estos últimos párrafos y líneas se tenga que hacer un esfuerzo por delimitar el concepto de persona (término que ahora empleo en sentido amplio) que pueda desprenderse del propio sistema penal. A partir de ahí se podrá comprobar la concreta justificación de cada uno de los componentes del Derecho penal, particulares y universales, que se han ido manifestando a lo largo del presente trabajo.

Dicho esto hay que tener presente otra idea no menos relevante que apunta a que el Derecho Penal es, sobre todo, un ordenamiento protector de los derechos humanos. A partir de aquí se vincula la naturaleza universal de los derechos humanos con una comprensión (de igual forma, universal) del ser humano (36). Y en este sentido, el mismo Welzel afirmaba que la primera estructura lógico-objetiva de todo ordenamiento jurídico venía constituida por el individuo responsable (37). También se ha querido llevar esa vinculación entre derechos humanos y naturaleza humana a través de la idea de interés y del

und Einheit. Eine Untersuchung zur strafrechtswissenschaftlichen Grundlagendiskussion der Gegenwart anhand ihre Bezüge zu Kants Philosophie. Baden-Baden, 2006; pp. 188 y 189.

(35) Cuando Silva se pregunta por las posibilidades de una dogmática supranacional, apunta ya a este fundamento en su afirmación de que el elemento configurador de la misma viene determinado por el concepto de persona y los derechos que le son inalienables. SILVA SANCHEZ, J.-M. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades occidentales.* 2.^a ed., Madrid, 2001; p. 92.

(36) El juez japonés Tanaka, con su voto disidente en una famosa resolución de la Corte Internacional de Justicia en 1966, llevó a cabo nítidamente esta vinculación entre universalidad de los derechos humanos y una concepción común de persona. Tanaka afirma que el principio de protección de los derechos humanos deriva del concepto de ser humano como persona en su relación con la sociedad, que no puede escindirse de la naturaleza universal humana. La existencia de los derechos humanos no dependería, por tanto, de la voluntad de un Estado, ni tampoco de su derecho interno o de cualquier otra medida legislativa. Ni siquiera de tratado o costumbre internacional alguna, en los que la voluntad expresa o tácita del Estado constituye el elemento esencial. La existencia de los derechos humanos dependería únicamente de esa naturaleza universal del ser humano. Se ha dicho, y con razón, que esta aseveración constituye una de las proclamaciones más fuertes en la fe a la universalidad de los derechos humanos. Si los derechos humanos han de ser derivados de la naturaleza del ser humano, toda posible voluntad social divergente parecería como secundaria e insignificante. Al respecto, TOMUSCHAT, Christian: *Human rights: Between idealism and realism.* Oxford, 2003;; pp. 82 y 83.

(37) «... el reconocimiento del ser humano como persona responsable es el presupuesto mínimo para un ordenamiento jurídico que no solamente quiera imponerse como poder, sino obligar como Derecho». WELZEL, Hans: *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit.* 4.^a ed., Göttingen, 1962. p. 240.

principio de reciprocidad. Los intereses comunes y generales a cada cultura determinan una concepción del hombre. Desde esta perspectiva, se considera toda una teoría sobre la concepción del hombre y de los derechos que van aparejados a él (38).

En este sentido, quisiera poner de relieve una pequeña precisión. Desde el punto de vista metodológico pueden tomarse dos caminos. O bien recurrir a concepciones genéricas del hombre que aporta la Filosofía, o bien recurrir a un concepto mucho más limitado que pueda ser determinado dentro del estricto marco del Derecho Penal. Algo similar ocurre con otras categorías, como la libertad. Pues bien, al igual que en este último caso no podría descender a las profundidades del conocimiento metafísico a causa de los propios límites de la investigación jurídico-penal (y de ahí el acierto de Binding en la definición de un concepto de libertad circunscrito al exclusivo marco del Derecho Penal), tampoco ahora voy a internarme (más allá de lo estrictamente necesario) en consideraciones doctrinales sobre la definición de ser humano que caigan fuera del sistema penal.

Es por ello que se ha de emprender la tarea de aproximación a una definición general de lo que significa la expresión *ser humano* (u otras que se utilizarán como sinónimas) en el marco del sistema penal.

(38) Esta es la posición de HÖFFE: *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?... cit.*; pp. 51 ss. Aunque, por lógicas razones, no puedo profundizar ahora sobre esta teoría, no me resisto a destacar unos mínimos aspectos esenciales de la misma.

El autor fundamenta la legitimidad de los derechos humanos con base en los correspondientes deberes y el principio de reciprocidad. En realidad, la reciprocidad es una característica consustancial a la estructura social de cada comunidad, de tal forma que cuanto mayor sean las exigencias de integración y control de esa comunidad al individuo, mayor será la exigencia de las relaciones recíprocas encarnadas en derechos y deberes, no sólo individuales, sino también de naturaleza social. «Para justificar los derechos humanos en su carácter como derechos subjetivos, tienen en consecuencia que mostrar una reciprocidad que caracteriza a los seres humanos, solo porque es ser humano» (p. 55).

El argumento del autor se expresa del siguiente modo: en la medida en que la idea de ser humano es irrenunciable a la idea de interés, este último concepto nos lleva a la condición del intercambio (*Tausch*), lo cual implica a su vez que tengamos que partir del condicionamiento de la reciprocidad (*Wechselseitigkeit*). Por ello, la propia imagen de ser humano va inescindiblemente unida a la de reciprocidad. En este sentido señala una argumentación muy razonable en la fundamentación de los derechos humanos. «No sólo existe un derecho fundamental a la vida y a la integridad corporal porque el ser humano tenga un interés superior y trascendental a estos bienes (a la vida y a la integridad corporal), sino, sobre todo, porque el interés sólo puede realizarse en reciprocidad y porque sólo en el «sistema de la reciprocidad», en el que cada prestación puede tomarse en consideración como exigencia, se satisface la renuncia a la violencia del otro, solamente bajo la condición de la contraprestación de renuncia a la violencia propia» (p. 55).

El Derecho, como conjunto de normas (de obligado cumplimiento con independencia de la voluntad de sus destinatarios) que regulan la coexistencia de la vida social, es un producto *humano* creado para resolver problemas humanos. Con la referencia a *lo humano* se trata de conciliar un concepto amplio en el que se van a incluir, indistintamente, las connotaciones semánticas propias de vocablos como *ser humano, sujeto, individuo o persona*. Aunque, insisto, voy a utilizar dichas expresiones como sinónimos, se tiene que realizar una breve explicación de cada una de ellas, especialmente las más utilizadas, la primera y la última.

Los conceptos de *ser humano y persona* destacan dos aspectos diferenciados de una misma realidad (39).

Cuando se hace referencia al primero, se pone el acento en el hecho, en la existencia de un ser vivo, de un organismo que constituye la especie de los seres humanos dentro de los primates. En última instancia, se trata de una unidad psíquico-biológica, lo que significa que la categoría de ser humano representa precisamente la unidad de aquellas características biológicas que distinguen a éstos de otros seres vivos (40).

La categoría de persona toma en consideración la de ser humano, pero la reviste de un aspecto social determinado por la interacción con los demás, por la posibilidad de engendrar acciones que son objeto de regulación por las normas, las cuales originan para los sujetos ciertas facultades y exigencias (41). Aunque el concepto de persona abarca al del ser humano como organismo y unidad psíquico-biológica de la naturaleza, el peso de la definición arrastra el significado de sujeto, como fenómeno ético, centro y unidad de las acciones intencionales

(39) Sigo aquí, por estar de acuerdo con sus atinadas precisiones, la diferenciación establecida por AMELUNG, Knut/LORENZ, Jörn: *Menschen und Person als Schutzobjekte strafrechtlicher Normen, insbesondere bei der Körperverletzung*. Festschrift für Harro OTTO zum 70. Geburtstag. Köln-Berlin-München, 2007; pp. 527-533.

(40) Expresión utilizada por GÜNTHER, Klaus: «Die Person der personalen Rechtsgutslehre» en NEUMANN, Ulfried/PRITTWITZ, Cornelius (Coords.): «*Personale Rechtsgutslehre*» und «*Opferorientierung im Strafrecht*». Frankfurter Kriminalwissenschaftliche Studien, 104. Frankfurt am Main, 2007; pp. 15-39, 19.

(41) SEELMANN; Kurt: «Anerkennung, Person, Norm». *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*. Köln, Berlin, München, 2007; pp. 635 ss. Señala el autor (p. 644) que ya en el reconocimiento general de la norma alcanzan los individuos la categoría de personas y merced a ello tienen que responsabilizarse frente a dicha norma. En esto estaría Seelmann totalmente de acuerdo con Jakobs, para quien precisamente la realización o puesta en práctica de la regla jurídica sólo resulta de la relación del mutuo reconocimiento. La categorización del individuo como persona sólo se alcanza a través del reconocimiento de la norma. Y por otro lado, las normas sólo pueden concebirse en las relaciones entre sujetos con responsabilidad, esto es, entre personas.

en su interacción con los demás. En sentido jurídico, por tanto, es persona el titular de derechos y deberes (42). En un sentido más amplio, se resaltan las características de Identidad, autoconciencia y previsibilidad, en los términos que destaca Meter Singer, quien considera persona a quien desarrolla una identidad a través de la autoconciencia, sobre la variación del espacio y del tiempo, formándose así una idea acerca de su propio futuro (43).

En última instancia, y emulando al famoso sociólogo americano Searle, se podría decir que el ser humano es una criatura del mundo de los organismos biológicos y que pasa a ser persona en el mundo social de las acciones y de las normas, de las comunicaciones y de otras interacciones (44).

Entre los conceptos de *ser humano* y de persona, se hallan el de sujeto, que pone el acento en la autoconciencia, y el de *individuo*, que enfatiza la singularidad y el carácter irrepetible de la criatura en cuestión. Aunque finalmente todas estas definiciones se aglutinan en una más amplia de persona o de ser humano, no me resisto a traer a colación la explicación Günther, en la cual se pueden apreciar y diferenciar todos estos aspectos semánticos (45).

Así es, se esfuerza el autor por determinar un concepto de persona que abarca las características propias, superándolas, de otras categorías, como las de *ser humano*, de individuo y de sujeto. En este sentido, el concepto de ser humano se aplica como término descriptivo, propio del lenguaje de la observación, como unidad de las características biológicas que distinguen a los humanos de otros seres vivos. El concepto de *individuo* haría referencia a aquella unidad singular que posee una biografía, una historia existencial humana que se distingue de cualquier otra. La esencia de la categoría de persona, según el autor, implicaría una perspectiva interna en la que alguien se concibe a sí

(42) SCHISCHKOFF, Georgi (Coord.): *Philosophisches Wörterbuch*. 22.^a ed., Stuttgart, 1991; p. 549.

La definición jurídica de persona procede de Kelsen y ha sido aceptada por los penalistas que actualmente han tratado los perfiles del concepto en el Derecho Penal. A título de ejemplo, JAKOBS, Günther: «Individuum und Person». *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 117 (2005); pp. 247-266, 266. Al respecto también los autores de las dos citas siguientes.

(43) Citado por KAWAGUCHI, Hirokazu: «Zur Problematik der personalen Identität im Strafrecht. Eine Einführung». *Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*. München, 2005; pp. 139-148, 144.

(44) Sobre la definición de SEARLE (algo distinta de la expresada en el texto, de donde he extraído consecuencias que no se encuentran en el original), AMELUNG/LORENZ: *Menschen und Person als Schutzobjekte strafrechtlicher Normen, insbesondere bei der Körperverletzung...* cit.; p. 528.

(45) GÜNTHER: *Die Person der personalen Rechtsgutslehre...* cit.; pp. 23 ss.

mismo como persona, que encarnaría el concepto de sujeto. La categoría de persona requeriría entonces relacionarse consigo mismo y algo más: poder realizar esta autorreferencia activamente. Ello sólo sería posible cuando alguien puede distanciarse de su medio y de su propia naturaleza (como ser humano), para obrar hacia fuera de sí mismo, para tener su propia «voluntad». Esta comprensión como persona, que comparto, sería al mismo tiempo dependiente de que otros reconozcan a este individuo en su misma voluntad. Esto implica, además de la perspectiva interna, una perspectiva externa. No habría persona en singular, sólo habría personas en plural. Para las personas es esencial que éstas sean reconocidas como tales. Ya como consecuencia del reconocimiento, regiría éste como un determinado comportamiento y también como acción propia del sujeto (46), frente a él mismo, y frente a los demás. En tanto que la conducta del individuo llega a ser imputada por terceros como su propia acción, éste, como sujeto, se imputa a sí mismo dicha conducta por su misma conciencia como su propia acción. Y de esta forma la persona es susceptible de asumir la responsabilidad por las consecuencias de sus actos. De este modo la serie de acontecimientos en la que el sujeto está envuelto de cualquier forma, se vincula a su biografía, que no puedo ceder a nadie ni a nada, dado que en el Yo está la misma persona que Soy y que a través de las grandes y pequeñas variaciones quedaría por esta vía identificada y también tratada por los demás de tal manera que tendría que hacerse responsable de toda su biografía y no sólo de los fragmentos particulares. Es así como el autor plantea la relación entre persona y sociedad.

Sin embargo, repito, a pesar de que los diferentes especialistas intentan llevar a cabo esta fina distinción entre ser humano, persona, individuo y sujeto, aquí, por razones de estilo y también de contenido, a los efectos del presente trabajo se prefiere utilizar todos estos vocablos como sinónimos y emplear un concepto amplio que los abarque a todos.

A partir de esta conceptualización, el último paso metodológico va a consistir en derivar de estas definiciones el corolario del mínimo de los derechos humanos intangibles e inviolables por todo sistema penal, cualquiera que sea la tradición, cultura o civilización sobre la que se asiente.

Con carácter general, hay que significar que, existiendo una idea común de persona, todo ordenamiento jurídico debe respetar sus atributos esenciales, no pudiendo desnaturalizar ningún aspecto humano

(46) En este sentido Günther y Vives Antón se aproximan notablemente, pues para este último la acción humana adquiere relevancia cuando encuentra su significado, y con ello, su reconocimiento, en el seguimiento de la norma. Al respecto, *vid supra* nota 52.

que le sea propio. De ahí deriva el aquí denominado principio de elasticidad, según el cual toda medida coactiva y aflictiva que utilice el derecho sancionador podrá incidir en algunos aspectos esenciales que conforman la idea de ser humano (en su integridad moral, en su honor, en su libertad, en su patrimonio, o incluso en su integridad corporal), pero no hasta tal punto que, cesada la aplicación de dicha medida, ese aspecto esencial del individuo resulte irrecuperable. Todo lo contrario, transcurrido el periodo temporal de la ejecución de la sanción, el sujeto debe de estar en condiciones, aun siendo hipotéticas o potenciales, de volver a recuperar su imagen humana en esos ámbitos fundamentales que lo definen como persona.

Se ha puesto de manifiesto que la idea de ser humano está íntimamente vinculada con el aspecto de organismo vivo, de ente de la naturaleza (47). De este idea «material» de la persona que sería válida para toda cultura o civilización, se derivarían de forma inmediata el derecho a la vida y a la integridad física, tal y como se ha venido expresando hasta ahora. Esto determina que deberían rechazarse de todo ordenamiento penal sanciones como la pena de muerte y penas corporales que impliquen cercenación de miembros u órganos. Podrían admitirse, sin embargo, sanciones que incidieran sobre el cuerpo humano, pero que mantuvieran, tras su ejecución, incólume al mismo

(47) En este sentido, HÖFFE (*Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?... cit.*; p. 51) señala que el hombre es un animal que habla y que razona, y de ahí deriva su primera dimensión y característica como cuerpo y vida, incluyendo las condiciones materiales de su existencia. Otros autores, aunque definen la categoría con base en la conciencia de la libertad, también apuntan a esta primera dimensión de la existencia material del individuo sobre la que se asienta aquélla (en este sentido, BURKHARDT, Björn: *Wie ist es, ein Mensch zu sein? Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag.* München, 2005; pp. 77-100, 79). De igual forma se acentúa esta característica cuando, entre otras, se define a la persona como el objeto de atribución de predicados corporales y psicológicos (siguiendo al filósofo americano DENNER, KAWAGUCHI: *Zur Problematik der personalen Identität im Strafrecht...* cit.; pp. 139-148, 144). En esta misma línea argumentativa todo el trabajo de AMELUNG y LORENZ (*Menschen und Person als Schutzobjekte strafrechtlicher Normen, insbesondere bei der Körperverletzung...* cit.) va dirigido a demostrar que el Derecho Penal se ha preocupado más en proteger los derechos de las personas que de los seres humanos, basando las diferencias, entre otras, en las características biológicas que le distinguen respecto de otras especies (ser humano) frente al aspecto social de la persona, como una criatura que puede exigir a las otras criaturas de su especie un especial respeto (concluyendo con la afirmación de que el concepto de ser humano viene determinado por un específico genoma, mientras que el de persona por unas reglas sociales). Y, finalmente (para no extenderme demasiado en la cita), la investigación en esta materia de GÜNTHER (*Die Person der personalen Rechtslehre...* cit.; p. 19) atribuye al concepto de ser humano el aspecto del carácter biológico que, dentro de la unidad, le distingue de otros seres vivos.

(por ejemplo, corte de pelo, u otras medidas aflictivas aplicadas al físico del sujeto que tengan carácter simbólico y permitan la regeneración o recuperación, como ortigamiento, baño en agua fría, etc.).

La definición de ser humano bajo la categoría de persona también resalta la característica de sujeto de acciones intencionales que interaccionan con los demás. La interacción de la acción del sujeto, en la medida en que sigue una regla, determina el reconocimiento por los demás, el respeto como miembro de la misma especie, y el origen de facultades y obligaciones derivadas de su actuación. De esta afirmación extraemos las notas de sujeto ético y moral con un comportamiento frente al resto de sus congéneres (48). Y de aquí derivaría, fundamentalmente, el derecho a la integridad moral. Pues si cercenamos lo intencional de la acción humana, o la relación de identidad del individuo o su propia conciencia de sí mismo y del mundo que le rodea, estamos anulando la esencia de la misma persona. Y dichos aspectos tienen que ser necesariamente tutelados incluso frente a las medidas punitivas y coactivas de todo sistema jurídico. La prohibición del menoscabo de la integridad moral implica que de igual forma esté vedada para todo sistema penal la utilización de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes.

Y en efecto, definido el hombre como criatura que razona y habla, es cierto que la diferente estructura del lenguaje en una u otra cultura determina una forma distinta de razonamiento y, sobre todo, de concepción del mundo. En este sentido, las cosmovisiones difieren según las diversas civilizaciones (49). Pero precisamente, en la medida en que los seres humanos crean, como personas y entes sociales, esas cosmovisiones distintas, ello determina la necesidad de respeto (ante los ataques más graves) a la característica de lo humano. Y en efecto, se ha visto que el ser humano es un ente social, siendo la sociabilidad una de sus características esenciales. De aquí derivaría el aspecto del necesario respeto al individuo exigido a los demás, y que se concreta en la dignidad humana, lo cual implica, entre otros, el rechazo a la violencia y a la arbitrariedad (50). De aquí también se deduciría

(48) STRATENWERTH, Günter: *Das Strafrecht in der Krise der Industriegesellschaft*, Basel, 1993, p. 15. El autor, recurriendo a la filosofía de Descartes y Locke, nos muestra cómo el pensamiento de los últimos tres siglos, sobre todo a partir de la industrialización, tiende a representar una imagen del hombre que maneja los procesos causales del mundo que le rodea, que vive de forma absoluta su libertad, y que, por consiguiente, domina de forma intensa a la naturaleza, a la que mantiene instrumentalizada. Este modelo de persona, sin embargo, es más propio de la cultura occidental.

(49) En este sentido, HÖFFE, Otfried: *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?...*, cit.; p. 51.

(50) HÖFFE, Otfried: *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?...*, cit.; p. 53.

la renuncia de todo poder punitivo a la utilización de la fuerza y de la coacción arbitraria. La resolución de los conflictos, por tanto, si se atiende a esta esencia humana, debe transcurrir por los cauces de la racionalidad, que en el marco del sistema penal adquiere la forma del denominado *debido proceso*. El mínimo de ese debido proceso transita por las garantías fundamentales del derecho a la defensa, el principio de presunción de inocencia, la contradicción y la imparcialidad del juzgador, entre otros.

Otra nota a destacar en los seres humanos está íntimamente relacionada con la libertad. Es cierto que existen dificultades para demostrar tanto la existencia, como la inexistencia de dicha libertad humana. Sin embargo, parece admisible que todo ordenamiento jurídico parte del presupuesto de que los sujetos tienen conciencia de actuar libremente. Es decir, tal y como señala Burkhardt (51), la conciencia de la libertad conforma una parte fundamental de la experiencia común de la existencia del ser humano, y tanto el ordenamiento jurídico, como el ético, fundamentan sus bases sobre la piedra angular de dicha conciencia de la libertad. Es decir, la relevancia social de la experiencia de la libertad sería innegable, de tal forma que la mayoría de los seres humanos procederían en relación con sus acciones sintiendo que éstas se someten a su voluntad, personal y responsablemente. También desde la perspectiva de la estructura del lenguaje se puede llegar a la misma conclusión, esto es, a la idea de un ser humano con conciencia de gozar de libertad en el desarrollo de su existencia (52).

(51) BURKHARDT, Björn: *Wie ist es, ein Mensch zu sein?...* cit.; pp. 98 y 99.

(52) VIVES ANTÓN fundamenta su teoría del sistema penal con base en su concepción significativa de la acción, que a su vez se basa, entre otros, en la filosofía del lenguaje. Así, (VIVES ANTÓN, T. S.: *Fundamentos del sistema penal*. Valencia, 1996; pp. 214 ss.) señala el autor que la existencia de la acción no depende sólo de la intención y de la voluntad del sujeto, sino que el tipo que la preside estará en gran medida vinculado a su significado según reglas externas al sujeto. Hace un símil con el lenguaje: no sólo es necesario que el hablante tenga intención de decir algo, sino que lo que dice adquiera un significado que los demás interpretaran por el seguimiento de las reglas gramaticales del lenguaje. En consecuencia, la capacidad de la acción exige cierta posibilidad de crear intenciones y voluntades, pero en cambio la determinación de la acción misma no sólo depende de la intención, sino del código social establecido mediante el cual se extrae su sentido y significado. De esta forma (p. 320) presupuesto de la acción para el autor es cierta capacidad de elección. «Pues del mismo modo que las máquinas de calcular no calculan, las máquinas que emiten sonidos articulados no hablan [...] o dicho de otro modo, al estar determinadas causalmente no actúan (ni calculando, ni hablando, ni de ninguna otra forma) y es gramaticalmente imposible que lo hagan [...] la realización de acciones implica, por consiguiente, un grado de indeterminación causal que permita la elección». En conclusión, el autor llega al convencimiento de que la libertad es la clave de la construcción del sistema penal, de que la libertad es a su vez el elemento determinante, presupuesto por tanto,

Si el sistema jurídico, y por supuesto, también el sistema penal, parte de una concepción de la persona que, al menos, cree desarrollar su existencia en libertad, habrá que considerar entonces que toda normativa debe regular la vida social partiendo de la idea de capacidad de previsión del futuro de los individuos y de los grupos humanos. La posibilidad de anticipar mentalmente ese futuro, y de ordenar la propia existencia conforme a esa previsión es, sin duda, una característica humana que tiene que respetar todo ordenamiento jurídico. De ahí que, para que los individuos puedan conformar su vida de forma humana, necesitan que las leyes que los gobiernan les garanticen la denominada seguridad jurídica. La concreción de la seguridad jurídica en el marco del sistema penal es denominada por el Tribunal Constitucional colombiano como la legalidad de los delitos y de las penas (53). Lo cual supone, no tanto que impere el principio de legalidad en todo ordenamiento punitivo, sino más bien que se respete que la norma jurídica sancionadora conocida por todos anuncie la consecuencia de su infracción con anterioridad al juzgamiento del comportamiento trasgresor del sujeto, venga uno y otra determinado por ley, por precedente jurídico o por el derecho consuetudinario.

Por tanto, todo sistema penal que quiera ser adjetivado como «humano» tiene que asegurar la seguridad jurídica de sus ciudadanos, de tal modo que el castigo sólo podrá imponerse cuando, de una u otra forma, la expresión de la norma jurídica posibilite el que el sujeto haya podido prever con anterioridad a su comportamiento las consecuencias perniciosas que podría acarrearle llevar a cabo el mismo.

También tomando en consideración las mentadas características de la dignidad humana y de la conciencia de la libertad como sustanciales en la idea de persona, se llega a otra conclusión que ya había sido anunciada, y es que ningún ordenamiento jurídico puede permitir la esclavitud, lo cual supondría la negación del mismo ser humano.

Una concepción del ser humano entendido como persona (concepto amplio que aquí se ha tomado en consideración), por consiguiente, está representando a un ente y organismo vivo cuya unidad reúne las características biológicas de su especie, que puede aspirar a

de la acción. Y si el ser humano habla y actúa y se entiende con los demás, es porque goza de libertad (o al menos, cree gozar de ella).

(53) La Corte Constitucional colombiana ha establecido la necesidad de que también en la jurisdicción sancionadora indígena impere el postulado de la necesidad de la legalidad de los delitos y de las penas. Ahora bien, como no podía ser de otra forma, legalidad en este caso significa norma preexistente a la actuación delictiva y posibilidad de previsión de las consecuencias jurídicas por parte del sujeto, en los términos que se señalan en el texto. En este sentido, Sentencia T-349/96 y otras muchas posteriores que la siguen.

decidir libremente, a ser tratado con respeto, a moverse y expresarse libremente, y a realizar infinitas acciones intencionales que, en su interacción con los demás, son objeto de regulación por las instituciones jurídicas y sociales. Se dirá entonces que la construcción social de *persona* (o ser humano en sentido amplio) (54), como objeto de protección de las normas jurídico-penales de conducta, se toma en consideración porque sus derechos fundamentales se pueden transformar en esas múltiples posibilidades reales de acción (55) y de situaciones de responsabilidad ante la norma (56). De cada uno de los elementos integrantes de éstas y de otras definiciones que se han aportado aquí, y que se corresponden (más o menos), con una imagen universal del ser humano, se derivan una serie de garantías que pueden ser afectadas, pero no anuladas por ningún sistema penal bajo ningún pretexto de tradición jurídica en relación con el propio entendimiento de su concreta política criminal. Esos mismos derechos coinciden en esencia con el catálogo del mínimo inviolable, que a través de otra argumentación, se había alcanzado a comprender. Dicho catálogo se circunscribe a las garantías fundamentales del derecho a la vida, a la integridad física y moral, la prohibición de la esclavitud y de la tortura; y el respeto a la legalidad de los *delitos* y de las penas, y a las reglas básicas del debido proceso. Ello constituye el fundamento último que debe tutelar todo sistema penal. Ello constituye, por tanto, el fundamento intercultural del Derecho Penal.

(54) Una profunda explicación de las diferencias conceptuales de estas categorías se encuentra, como ya he resaltado anteriormente, en el trabajo de GÜNTHER, Klaus: *Die Person der personalen Rechtsgutslehre...* cit.

(55) Así se expresan AMELUNG/LORENZ: *Menschen und Person als Schutzobjekte strafrechtlicher Normen, insbesondere bei der Körperverletzung...* cit.; p. 529.

(56) Se ha dicho, y con razón, que los seres humanos adquieren la categoría de personas, entre otros, porque son susceptibles de adquirir responsabilidades ante la norma jurídica. En este sentido, JAKOBS: *Individuum und Person...* cit.; p. 266. SEELMANN: *Anerkennung, Person, Norm...* cit.; p. 644.

El declive de la violencia y el proceso de modernización en la España de la Restauración (1885-1918)

GUTMARO GÓMEZ BRAVO

Profesor Contratado Doctor. Universidad Complutense de Madrid

INTRODUCCIÓN

La mayor parte de los estudios sobre la evolución de la violencia y la criminalidad en Europa señalan un profundo descenso a lo largo del siglo XIX. El modelo de explicación de este descenso parte de una periodización progresiva en función de distintos factores de «modernización» que se fueron consolidando en el norte de Europa desde la Reforma, especialmente la presencia del Estado y de la economía urbana. Este largo proceso de cambio social también implicaría el lento afianzamiento de un sistema judicial que, en un sentido amplio, se significaría dentro de la consolidación de una esfera pública moderna. Su configuración llevaría aparejada un descenso notable de los enfrentamientos físicos entre personas para solucionar conflictos, de acuerdo, también, a un mayor autocontrol individual en el que se disuelve lentamente la agresividad colectiva a favor de la mediación pública (1).

Este proceso, conocido generalmente como el del declive de la violencia, ha sido interpretado de varias maneras desde la vinculación que hiciera Max Weber entre el grado de modernización de una sociedad, su nivel de implantación de una realidad estatal compleja y buro-

(1) ELIAS, N., *El proceso de la civilización: investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas*. Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1985. FLECHTER, J., *Violence and civilization: an introduction to the works of Norbert Elias*. Cambridge, Polity Press, 2002.

cratizada y sus distintas formas de violencia. Según la interpretación que hiciera el sociólogo Norbert Elias, este descenso de las agresiones se activa de forma paralela al proceso de civilización iniciado en la Europa industrial y sobre todo, desde la intensificación del Estado moderno. Sin embargo, esta lectura ha derivado en ocasiones a dejar fuera del análisis a prácticamente a toda la esfera no protestante, y especialmente a la Europa mediterránea de la que se acaba resaltando sus rasgos delictivos como clave de una sociedad atrasada y violenta (2).

La sobredimensión de los rasgos violentos de las habitantes de las regiones de Europa meridional, ya aparece en los estudios filológicos y literarios de finales del siglo XIX descritos por Said y muchos otros. En ellos se sitúa tanto lo exótico como la barbarie en los márgenes de la civilización, fuera de la idea de Europa. En el caso de la imagen violenta de los españoles no hay que esperar al desarrollo del colonialismo. Desde la guerra de la Independencia, con la identificación de las guerrillas como una red de malhechores, surge el mito romántico, de viriles bandidos y mujeres pasionales. Sobre esa deformación de lo exótico se construyen gran parte de los imaginarios nacionales centroeuropeos. De hecho al terminar el siglo XIX, la criminología ya había elevado mucho más la frontera entre el norte y el sur de Europa a través de los estudios evolutivos de los caracteres de los criminales natos y su distribución geográfica (3).

El auge de las teorías degenerativas puras no duró mucho tiempo, pues fueron respondidas desde distintos ámbitos con enfoques más socioeconómicos a la hora de determinar la naturaleza del delito y sus causas. A pesar de ello desde entonces no han cesado de surgir teorías y marcos explicativos que relacionaban el atraso y subdesarrollo del sur de Europa con una tendencia natural al ocio o la vagancia, cuando no a la delincuencia y el contrabando. Lo que nos interesa aquí es que las denominadas teorías de la modernización también han contribuido a perpetuar esa imagen. Basadas en la transformación de los hábitos de la criminalidad, estas teorías han contribuido al dibujo de estos mapas mentales despreciativos, sobre unos marcos delictivos totalmente desfigurados. No es de extrañar ya que la mayoría de estos autores atribuían la «profesionalización» de la violencia, al progresivo desarrollo y grado de civilización de las sociedades, la imposición y afianzamiento de determinados valores como la propiedad, la religión,

(2) EISNER, M., *Long terms historical trend in violent crime*. Phd, University of Chicago, 2003, pp. 83-142.

(3) GARLAND, D., *The culture of control: crime and social order in contemporary society*. Oxford. 2008.

la industrialización, o el intenso grado de urbanización, frente a un sur atrasado, pobre y supersticioso (4).

Con el paso del tiempo el modelo civilizatorio ha sido matizado en todos aquellos casos donde un Estado modernizador y con vocación social no logra implantarse hasta bien entrado el siglo xx. Las fases de descenso y normalización del delito descritas en el proceso de modernización no coinciden allí donde las reformas sociales no alcanzaron continuidad ni apoyo económico y, en definitiva, donde no hubo industrialización plena ni posteriormente se desarrolló una legislación social efectiva. En España, el reformismo en la Restauración abordó la cuestión social a través de ciertas medidas como la Ley de Asociaciones de 1887, el seguro de accidentes laborales en 1900, la creación del Instituto de Reformas Sociales en 1903 o la Ley de Huelgas de 1909. Medidas que no consiguen desactivar una aguda problemática social en la que se enquistaba la pobreza y el subdesarrollo agrario, mientras los mercados laborales seguían sin ser regulados o ajustados a la nueva demanda urbana (5).

Lejos de reducirse por las mejoras sociales, por el contrario, en determinadas zonas de la Europa meridional, se inicia un ciclo de criminalización fuerte de distintos sectores que pasan a ser marginales, basado en la penalización y el aumento de los controles formales (6). Esta lógica del monopolio estatal de la violencia avanza ciertamente, pero sin embargo, también hay que tener en cuenta que en otro sentido se está produciendo un desplazamiento hacia una violencia menor, en un proceso que se activa simultáneamente en distintos contextos (campo-ciudad, industria-servicios, hogar-trabajo, calle-ocio) donde la presión de las relaciones sociales salta en varias direcciones. La represión de la violencia popular, como ya sugiriera Roger Chartier, no se produjo exclusivamente por vía de la imposición directa y de los controles formales, sino dentro de un proceso de integración cultural mucho más amplio (7). La alfabetización, la progresiva escolarización

(4) CARO BAROJA, J., *Los fundamentos del pensamiento antropológico moderno*, Madrid, CSIC, 1985.

(5) BORRAS LLOP, J. M.^a, «Los límites del primer intervencionismo estatal en el mercado laboral: las Juntas de Reformas Sociales, las Delegaciones del Consejo del Trabajo y el empleo de mujeres y niños. Cataluña 1900-1930», en BORDERÍAS, C. (ed.) *Género y Políticas del trabajo en la España contemporánea (1836-1936)*. Icaria-Universidad de Barcelona, 2007, pp. 24-58.

(6) BERGALLI, R., «Las estrategias del control social y la violencia del sistema penal», *Sistema*, núm. 132-133, 1996, pp. 129-143; y también en la de P. OLIVER OLMO, *Cárcel y sociedad represora. La criminalización del desorden en Navarra (siglos XVI-XIX)*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2001.

(7) CHARTIER, R., *Las revoluciones de la cultura escrita*. Barcelona, Gedisa, 2002.

y el lento asentamiento de una cultura escrita, no suponen la rápida supresión del papel de la violencia en las representaciones populares. Muy al contrario, la violencia puede ser una manifestación de resistencia al cambio como un fenómeno precursor del mismo. El origen del cambio o del declive de la violencia, por tanto, debe buscarse en la interacción de las transformaciones sociales y culturales, así como en su papel en la mediación de conflictos.

En el contexto de una sociedad agraria como la española en el tiempo de la Restauración, no se aprecian cambios tan significativos como para cifrar un desajuste en la producción de delitos violentos. Hay una serie de indicadores de afianzamiento de una nueva realidad estatal y de varios procesos de reforma, de lo administrativo, lo penal y lo penitenciario, por ejemplo, pero este descenso en cierto tipo de delitos con una fuerte carga de violencia física o simbólica, no es en ningún caso el fruto exclusivo de una acción estatal o institucional (8).

1.1 La violencia interpersonal

La anatomía de los actos violentos ha sido considerada como la mejor y más expresiva muestra de las tensiones en las sociedades premodernas. Aunque en los últimos tiempos su relectura se haga para apoyar conceptos de cambio y comportamientos de trasgresión, el uso de armas blancas y de fuego, las lesiones, el homicidio, el asesinato y otros actos violentos se sucedieron cotidianamente en el tránsito a la sociedad contemporánea. Una violencia, la interpersonal, que sigue un ritmo claramente marcado por la resolución de las rivalidades locales, vecinales y familiares. Un mundo que se enfrenta a un lento proceso de aculturación legal, marcado por la codificación y la centralización estatal y otros procesos que de forma desigual se extienden prácticamente por toda Europa.

La historia de la violencia hunde sus raíces en una cultura que destaca la fuerza como símbolo del poder y del prestigio social. Basada en la perpetuación del peso del honor que exige una reparación inmediata de los agravios y no acepta mediación u arbitraje legal alguno, mantiene vivo el principio de representación social más visible en las comunidades locales. Sin embargo, el progresivo afianzamiento del Estado contemporáneo activa un proceso de control del orden público decidido a erradicar esas prácticas y a consolidar el monopolio estatal

(8) GÓMEZ BRAVO, G., *Crimen y castigo. Cárcel, justicia y violencia en la España del siglo XIX*, Madrid, Catarata, 2005.

de la fuerza a toda costa. Todo ello se manifiesta en el conjunto de los delitos y en la violencia. A lo largo del siglo XIX puede advertirse un descenso en los homicidios y en los delitos violentos prácticamente generalizado en toda Europa. Sin embargo, en la Europa del Sur no lo hicieron con firmeza hasta el primer tercio del siglo XX, manteniendo, eso sí, prácticamente idénticos los mismos tipos de delitos violentos que un siglo atrás. En ese contexto y en el del conjunto de Audiencias españolas, se inserta el proceso particular aquí estudiado, el del declive de la violencia y el proceso de modernización en España. En el territorio de las antiguas Audiencias, la tasa de homicidios siguió siendo muy alta hasta prácticamente 1918, con registros superiores a la media europea. Habría que esperar a 1920 para que se produzca un descenso notable de los delitos violentos, que proporcionalmente será mucho más intenso y rápido que el reproducido a nivel europeo (9).

Además de su evolución, los distintos tipos de delitos muestran una simultaneidad de la violencia que sirve para entender cómo la España de la Restauración se aproxima a una conflictividad cada vez más aguda y diversa. Así, las peleas en tabernas o prostíbulos, las disputas de mercado, las constantes agresiones a los recaudadores del impuesto de consumos, o los desórdenes públicos en determinadas fiestas, coinciden con las grandes huelgas y el estado de excepción prolongado. Una violencia que se produce de forma cotidiana y se distribuye por lugares comunes, en cualquier espacio de sociabilidad, público o privado: en el campo, en el taller, en el mercado, en casa, en la calle, en las fiestas o en los casinos. Se trata de una serie de actos expresados en múltiples elementos de la tradición oral, y que no tiene por qué desembocar únicamente en actos de marginalidad y exclusión, ya que para la mayoría de la gente los actos de este tipo no suponían trasgresión alguna de los criterios socioculturales dominantes.

Otro ejemplo de que la continuidad y diversidad de formas del delito constituyen un excelente campo de pruebas para la investigación histórica, está en las propias autoridades encargadas de su control y su evolución a lo largo del tiempo; el viejo justicia, el alguacil o los alcaldes del rey van siendo sustituidos por la Administración de Justicia liberal que cuenta con innumerables obstáculos para imponer un sistema nuevo. Sumida largo tiempo en una reforma siempre pendiente y en la continuidad de numerosos elementos más propios del Antiguo Régimen que de la modernidad, la Justicia obtiene en este período un fuerte impulso hacia la creación de una identidad institucional. Esta vinculación no sólo fue formal. Su funcionamiento conti-

(9) GÓMEZ BRAVO, G., *Crimen y castigo*, *op cit.*

nuó siendo un recurso a medida de un régimen político y social de minorías, pero su concepción se fue abriendo desde distintos sectores y el debate llegó a la opinión pública (10).

Esta es la época del juicio oral, que suscita grandes pasiones y enfrenta a unos sectores con otros por la culpabilidad o inocencia de los acusados. De ahí que tras observar la Justicia Criminal a lo largo de un período tan largo, pueda entenderse la violencia y el delito como un indicador general para la reconstrucción del perfil general de cada época. Entre el intento por crear una Administración de Justicia capaz de hacer cumplir el ideal de sociedad sancionado en el Código Civil de 1889 y el de mantener una forma de vida basada en unos lazos comunitarios, tradicionalmente fuertes pero que empiezan a aflojarse en distintas direcciones, puede situarse esta historia que abarca las fronteras políticas trazadas por la Restauración aunque muchos de los fenómenos sociales aquí presentes no se ajusten estrictamente a ella.

A modo de organización se intenta dar cabida a todas estas expresiones englobándolos en dos grandes apartados. Una primera parte del texto está destinada a trazar la evolución cuantitativa de los delitos para comparar la dinámica española y europea. Para ello se ha trabajado como fuente principal con las estadísticas históricas del Ministerio de Justicia. La medición estadística ha supuesto un considerable esfuerzo, pero este trabajo de poco o nada serviría sin una contextualización histórica previa. La cúspide del sistema judicial alcanza en la Restauración su momento álgido para proyectar la imagen de una nueva identidad institucional. A sus magistrados llegan los casos, los recursos que han pasado por todas las instancias de una Administración de Justicia sometida a una profunda y lenta reforma, decidida a erradicar «las costumbres violentas de la sociedad española» (11).

Para observar directamente estas prácticas violentas hay que situarse también en la Justicia en primera instancia. En la resolución directa de los conflictos vecinales, laten con fuerza los problemas sociales y su manifestación cultural, sobre todo en los juicios de faltas. Mención aparte necesitan los juicios por jurado, ya que la mayoría de delitos de sangre pasaron por ellos, si bien, muchos terminaron en el Supremo por la cantidad de problemas formales que plantearon. Por último, en muchos de los casos de orden público hay que acudir a distintas instancias, en relación con las atribuciones de los juzgados

(10) BARBERO SANTOS. M., *Política y derecho penal en España*. Madrid, Túcar, 1977

(11) *Exposición que dirige al Gobierno de SM el Fiscal del Tribunal Supremo*, 15 de septiembre de 1883, pp. 17-18.

municipales, de instrucción, el gobernador civil y en su caso el militar. En ellos se reproducen muchos de los conflictos jurisdiccionales comunes en la época de asentamiento de la codificación.

1.2 Definición y formas de medición de los delitos

El objeto principal de este trabajo es reconstruir la evolución de los delitos violentos, especialmente a través de la denominada violencia interpersonal, entre el último tercio del siglo XIX y el primero del siglo XX. A pesar de las fluctuaciones es posible trazar la evolución general de este tipo de delitos de violencia fuerte y comparar la dinámica española con el proceso general más amplio de declive de la violencia que se produce en toda Europa. Se pretende así reconstruir las características sociales de unos actos que constituyen un amplio abanico de respuestas variables a lo largo del tiempo, un acercamiento a la mentalidad de la época a través de todo aquello que constituye y se inserta dentro de lo que puede denominarse campo social de la violencia.

Una primera cita sería aproximarse a los cambios en los registros o formas de medir y controlar el delito que ya muestran un cambio antropológico serio en la percepción de la violencia (12). Introducir aspectos de la violencia interpersonal en un contexto histórico concreto permite disponer numerosos elementos de las ciencias sociales (la antropología, la sociología, el Derecho) y penales, en la comprensión de una época fundamental en la configuración de la mentalidad moderna hacia las actitudes violentas. La formación e implantación de la Justicia liberal es la pieza clave para entender este proceso histórico, ya que sólo conociendo sus cambios es posible comprender la evolución interna de los datos sobre delitos contra las personas y las relaciones con sus entornos sociales y otras configuraciones culturales más cercanas (13).

A pesar de las limitaciones en la información de los datos de la Administración de Justicia, es posible elaborar un marco general sobre la distribución de los delitos y las penas e introducirlo dentro de un conjunto de referencia más amplio como el caso europeo. Se trata de analizar las características del proceso de declive de la violencia y el

(12) ROSSEAUX, X., «La violencia en las sociedades premodernas» en FORTEA, I., GELABERT, J., y MANTECÓN, T., (ed), *Furor et rabies. Violencia, conflicto y marginación en la Edad Moderna*. Universidad de Cantabria, 2002, p. 128.

(13) GÓMEZ BRAVO, G., «Derecho y Poder. Desarrollo y obstrucción a la nueva Justicia en la primera mitad del siglo XIX». *Derechos y Libertades*, 16, II (2007), pp. 157-179.

cambio en la dinámica de la población, teniendo en cuenta que la principal razón que los tratadistas de la época achacaban el auge de la delincuencia era el fenómeno de las nuevas aglomeraciones urbanas. En la España de la Restauración, la delincuencia de corte rural siguió siendo predominante aunque la percepción de la criminología moderna señale ya a la ciudad como único foco de problemas. De ahí que rescatar, en la medida de lo posible, el mayor número de testimonios de este fenómeno en un tiempo y un espacio concretos, ofrezca una buena panorámica de una época a caballo entre dos mundos.

Para el campo, el fin de siglo presenta distintos matices. La emigración de larga distancia y la movilidad hacia Madrid, Andalucía o Levante, señalan la debilidad de una agricultura estancada con unas consecuencias devastadoras para la realidad familiar. Por otra parte, la minería y la industria, el ferrocarril, el telégrafo, el tendido eléctrico, el cine..., están cambiando poco a poco el perfil de unos pueblos y ciudades y su vida cotidiana. De ser así, este comienzo de la modernización, aunque fuera en núcleos aislados, debería haber supuesto un cambio desde el punto de vista de la cultura de la violencia. Sin embargo, esta visión no se puede validar sin más. Las cuestiones cotidianas se fraguan en un universo colectivo trabado en las nociones tradicionales del honor y de la sangre, que se extendieron a lo largo y ancho de todas las sociedades preindustriales (14). Es por tanto en la normalidad del delito, o más propiamente a través de las características que persisten en el mundo rural, a través de los casos y de la medición regular con los criterios de la época en sus Audiencias Provinciales, en lo que se basa este estudio. Se persigue así que las cuestiones o problemas a tratar surjan dentro de las categorías históricas de las propias fuentes, tal y como fueron concebidas en su tiempo y no de acuerdo a criterios más próximos a nuestros días.

1.3 Las fuentes judiciales

La formación de la Justicia en España es el proceso de fondo en el que se inserta la mayor parte de la documentación consultada en este trabajo: la *Estadística Criminal de la Administración de Justicia de la Península e Islas Adyacentes*, la información de los juicios por jurado,

(14) ALBORNOZ VÁSQUEZ, M.^a E., «Seguir un delito a lo largo del tiempo: interrogaciones al cuerpo documental de pleitos judiciales por injuria en Chile, siglos XVIII y XIX», *Nuevo Mundo Mundos Nuevos*, BAC, referencia de 29 de enero de 2008 en <http://nuevomundo.revues.org/document13033.html>.

los libros de juicios de faltas y Libros de Sentencias de las Diputaciones, y por último, las Sentencias del Tribunal Supremo (15).

Varios son los obstáculos en la recogida y selección de la información comunes a cualquiera que quiera acercarse a este tipo de investigaciones. En primer lugar, la documentación judicial ha sufrido múltiples casos de destrucción y de expurgo. Por otro lado, los territorios que actualmente forman las distintas provincias se han venido distribuyendo en demarcaciones judiciales que han variado a lo largo del tiempo. Los cambios político-administrativos igualmente dificultan la distribución de los datos de las distintas regiones. Por ejemplo, las Audiencias Territoriales de Madrid y Albacete comprendían una inmensa superficie cuyos datos agrupados no reproducen fielmente la realidad, debido a las grandes diferencias entre un tipo de poblamiento tan disperso como el manchego y un ámbito urbano de primera entidad como Madrid, que en 1920 ya ha superado el millón de habitantes y crece de forma desordenada (16). Una problemática que sigue ampliándose a medida que se intenta cuantificar los datos de criminalidad completa entre 1875 y 1923. Si bien es cierto que hay grandes lagunas estadísticas, gracias al mantenimiento de Código Penal de referencia, el de 1870, muchos de los cambios en la tipificación de delitos hacen homologables la mayor parte de los resultados. Las discontinuidades no esconden, por ejemplo, los indicios sobre los cambios en la producción de la violencia en el período, ni la complejidad de las formas de protesta y de delito en distintos contextos de tensiones, urbanas y rurales.

El grado de fiabilidad de la estadística ha dado lugar a varios debates entre historiadores y sociólogos principalmente, pero la realidad acerca de la naturaleza de los datos apenas ha cambiado. En muchas ocasiones, su falta de coherencia interna hace imposible su ordenamiento y sistematización. De interpretar sin cautela muchas de estas series, se corre el riesgo de reproducir la motivación última por las que fueron hechas (codicia, embriaguez, celos, etc.). Por otro lado, un

(15) Para los problemas de aplicación y comparación de estas fuentes, GÓMEZ BRAVO, G., «The evolution of violence in Modern Spain: figures, methods, and sources (1875-1936)» en VESSENTINI, F. (dir.) *II Colloque International les chiffres de crime au débat*. Louvain-La-Neuve, 6-7 diciembre 2008, en prensa.

(16) CALDERÓN PAVÓN, E., «Situación de los archivos de la administración de Justicia: problemática actual». En VVAA.: *La Administración de Justicia en la historia de España*. Guadalajara, Anabad-Castilla-La Mancha, 1999. Vol II, pp. 997-1011. FUSTER, F., y CANO VALERO, J., *Agitaciones sociales y políticas en La Mancha y Murcia (1858-1927)*. Aportación documental de los libros de correspondencia de la Audiencia Territorial de Albacete, Albacete, Instituto de Estudios Albacetenses-C.S.I.C., 1985, p. 164.

enfoque exclusivamente cuantitativo que prescinda de estas cuestiones mediante una visión previamente estructurada, corre el riesgo de alejarse aún más del tiempo histórico y a rechazar cualquier elemento explicativo no mensurable (17). En los archivos judiciales aparecen causas que muestran la presencia simultánea de distintos tipos de violencia, como la política, la colectiva y la violencia interpersonal, posteriormente tipificada como criminal. Desgraciadamente, los registros judiciales sólo miden el delito, no sus causas. Aquella expresión o forma no considerada delito dentro de la era plenamente codificada no aparece, pero esto no significa que los ilegalismos desaparezcan, o que otras formas que le dan expresión no estén dentro del conjunto de motivaciones, directas o indirectas, de las distintas violencias que sufrirá de aquí en adelante la sociedad española (18).

La Restauración, desde el punto de vista judicial, supuso el empujón definitivo para el proceso de codificación, que culmina en 1889 con la aprobación del Código Civil. Sin embargo, en cuanto al análisis de la cuantificación de los delitos, la codificación supone una reordenación total del sistema judicial y, por lo tanto, debe constar en la organización e interpretación del número de delitos. El cambio de Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal terminan, de cara a la estadística anual de delitos, agregando los delitos a los títulos del Código distintos. Así por ejemplo, en los delitos contra las personas pueden encontrarse: asesinato, parricidio, homicidio, lesiones, y disparo con arma de fuego. Pero también se incluyen otras categorías consideradas actos como el aborto y el infanticidio. Fuera de este grupo se encuentran otras tipologías que igualmente hay que incluir dentro de este tipo de violencia, como los denominados delitos agrupados en torno a la honestidad (abusos deshonestos, rapto, violación y estupro) y todos los relacionados con el honor. Menos discutible es, sin duda, la inclusión dentro de las categorías de la violencia interpersonal, de aquellos delitos contra la propiedad, como robo o asalto, que se producen con violencia e intimidación. En cualquier caso, para un análisis integrado de la criminalidad a lo largo de este período resulta imprescindible conocer la evolución de los órganos de producción de la información aquí utilizada: la Administración de Justicia.

(17) VESENTINI, F. (Dir.), *Les chiffres du crime en débat. Regard croisés sur la statistique pénales en Belgique (1830-2005)*. Louvain-La-Neuve. Bruylant, 2006. TAYLOR, H., «Rationing crime: the political economy of criminal statistics since the 1850s», *Economic History Review*, LI, 3, 1998, pp. 569-590. AUBUSSON DE CAVARLAY, B., «Des comptes rendus à la statistique criminelle: c'est l'unité qui compte (France, XIX-XX siècles)», en *Histoire et Mesure* Vol XXII n. 2 (*Déviance, Justice & Statistiques*), pp. 22-43.

(18) FUSTER, F., y CANO VALERO, J., *op cit*, p. 164.

2.1 Una Justicia en construcción

El estudio de la formación de la Administración de Justicia, desde el punto de vista de la producción y distribución de la violencia cotidiana, se introduce en el terreno de la percepción social del legislador y a otras mecánicas penales dentro del proceso de aculturación jurídica que lleva implícito el despliegue del Estado contemporáneo (19). Como Raymond Carr apuntara ya hace tiempo en el análisis del fenómeno español de los alzamientos decimonónicos, la pretensión de un cambio de rumbo del poder central en la periferia en forma de juntas provinciales y locales, respondía al perfil de una realidad que no sólo adolecía de una crónica problemática socioeconómica de fondo, sino también a la debilidad de un Estado formalmente unitario incapaz por sus limitaciones orgánicas y funcionales y, sobre todo, por su impotencia financiera, de extender una acción positiva sobre el territorio, además de la fuerza latente del localismo por debajo de la centralización oficial. Ortega plasmó el problema claramente en *España invertida* y en otros ensayos, que el propio Fernando de los Ríos retomó al hacerse cargo del Ministerio de Justicia, incluyendo el problema secular de hacer cumplir la ley en España (20).

Quizás uno de los aspectos peor conocidos de esta «acción positiva» sea la efectiva imposición de la Justicia liberal sobre el entramado del Antiguo Régimen y su extensión posterior a lo largo de todo el país. Las consecuencias de una configuración histórica determinada del aparato estatal será esencial para la comprensión de múltiples procesos que posteriormente y al hilo de otras realidades internas cristalizarán contradictoriamente por esta línea decidida a asegurar el control político de la Administración de Justicia, y a garantizar con previsión los resultados de las elecciones provinciales y municipales como base del caciquismo. Con anterioridad se intentó organizar un modelo de orden público fuerte, a pesar de que el Estado mantuviera intactas muchas de las atribuciones legales de los poderes locales, sobre los que además recayó un fuerte proceso de traspaso de competencias, como la beneficencia o la policía local. Tras la consagración de la visión moderada del Código Penal de 1848 y su importante reforma de 1850, la Justicia mostraba un camino decidido a erradicar las prácticas sociales heredadas en la resolución de los agravios, de los delitos contra el honor, las injurias e infa-

(19) SCHAAPERR, B., *Voies nouvelles en histoire du droit, la justice, la famille, la répression pénale (XVI-XX siècles)*, Paris, PUF, 1999. LEVY, R., y ROUSSEAU, X., «État et Justice penale: un bilan historiographique et une relecture», *IAHCCJ Bulletin*, 1992, pp. 106-138.

(20) Una aproximación en ZAPATERO, V., *Fernando de los Ríos: biografía intelectual*. Granada, 1999.

mias y, por último, los delitos contra la propiedad, que solían solucionarse literalmente tomándose la justicia por su mano (21).

El Código Penal de referencia en la Restauración, como otras tantas reformas fundamentales de la Justicia, fue aprobado en pleno Sexenio Democrático. Siendo Ministro de Gracia y Justicia Montero Ríos, se presenta a las Cortes el proyecto y es aprobado provisionalmente. La importancia de este Código en la historia jurídica española reside en que logra constituir uno de los primeros intentos de armonizar la ley penal con la Constitución de 1869. En relación con los delitos, introdujo algunos nuevos de los cuales resaltamos aquellos más significativos para esclarecer algunos de los nuevos caminos que estaba tomando la violencia en la sociedad española de finales del siglo XIX y principios del XX. Se trata, sobre todo, de los delitos por disparo de arma de fuego y aquellos contra los derechos individuales. La Constitución de 1869, también contenía algunas normas que intentaban garantizar los derechos de los detenidos o presos (art. 8 y siguientes). La necesidad de la reforma de los procedimientos criminales se regularon por la *Ley provisional sobre el Poder judicial* y la promulgación, el 22 de diciembre de 1872, de la *Ley provisional de Enjuiciamiento Criminal*, que entre otras muchas cuestiones, establecía la separación entre instrucción y sentencia, encomendando aquella a los jueces de instrucción y regulaba el juicio oral ante los tribunales de Derecho y ante el Jurado (22).

Por su parte, la Constitución de 1876, sobre la que se regulaban las bases políticas de la Restauración, presentaba una serie de modificaciones que mostraban claramente el deseo de reforma y reorientación de la Justicia en otro sentido. En palabras de Fiestas Loza (23), puede decirse que los legisladores de la Restauración dieron una de cal (Leyes de Enjuiciamiento criminal y del Jurado) y otra de arena (Leyes adicionales a la provisional del Poder Judicial y del Enjuiciamiento civil). El 3 de enero de 1875 se suspendió la vigencia de la *Ley de Enjuiciamiento Criminal* en lo referente al Jurado y al juicio público y oral. Sin embargo, no se fue más lejos en la remodelación del proceso penal hasta el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882. Un año antes la nueva *Ley de Enjuiciamiento civil* había derogado la anterior de 1855. Se publicó otro Código de Comercio, el de 1885 que sancio-

(21) SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M., *La codificación penal en España: los códigos de 1848 y 1850*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp. 100-104.

(22) VVAA, *Códigos Penales Españoles*. Madrid, Akal, 1997, pp. 489-490.

(23) FIESTAS LOZA, A., «Codificación procesal y estado de la administración de justicia», pp. 430-431, en GARCÍA DELGADO, J. L., *La España de la Restauración. Política, economía, legislación y cultura*. Madrid, Siglo XXI 1985, pp. 413-433.

naba el cambio en los sistemas mercantiles desde 1829 y, finalmente, la sociedad y el orden de la Restauración se consagraban con la aprobación en 1889 del Código Civil (24).

Lo que estaba en cuestión era la capacidad de adaptación al cambio institucional o su resistencia, que en el ámbito de la Justicia ordinaria pasaba por la estructura judicial y la dimensión política de los ayuntamientos dada en el proyecto de construcción del Estado. La unidad jurisdiccional de la obra de Cádiz fue representada en el sistema piramidal de tribunales desde cuya cúspide vigilaba el Tribunal Supremo, seguido de las Audiencias con competencias en sus correspondientes territorios, y en estos ejercían unos denominados jueces inferiores. La Justicia se administraba en nombre del rey pero «la potestad de hacer aplicar las leyes en las causas civiles y criminales reside en los Tribunales establecidos por la ley» (25) correspondía, según la Constitución, al Tribunal Supremo. En la organización político-administrativa diseñada por la Constitución de Cádiz, y a modo excepcional puesto que a lo largo del siglo estas cuestiones se resolverán por leyes ordinarias, las instituciones locales eran piezas especiales de reforma. Se disponía que por primera vez los ayuntamientos fuesen elegidos por un sistema de sufragio universal indirecto, rompiendo el principio de representatividad perpetua del Antiguo Régimen.

Desde el ámbito judicial una de las cuestiones que no se abordaron hasta la profesionalización e inamovilidad de los jueces, además del estatus y las competencias en la llamada justicia inferior, que más afectarían en la construcción jurídica del orden liberal, era la relación con el Poder Ejecutivo (y su creciente centralización) y el legislativo. Esta cuestión, técnicamente compleja y extensa, puede resultar bastante esclarecedora en los movimientos del liberalismo en los siglos XIX y XX, su concepción y realización del poder. Sobre esta cuestión, entre la división de poderes y el llamado poder efectivo, real, se ha hablado desde los estudios constitucionalistas de *liberalismo emergente y liberalismo consolidado* (26). Según Aparicio el problema de localización

(24) La elaboración del Código Civil de la Restauración es buen ejemplo de los usos del momento, ya que se aprobó por el procedimiento de «autorización o delegación legislativa en abstracto» (esta se produce cuando las Cortes Generales delegan en el Gobierno la elaboración de una norma. En este caso se elaboró a través de una Ley de Bases), con lo que se añadía a los vicios imputables al sistema político el incumplimiento de sus garantías. TOMAS Y VALIENTE, F., *Los supuestos ideológicos del Código Civil: el procedimiento legislativo*, p. 393. en García Delgado, *Op cit* pp. 369-395.

(25) CLAVERO, B., *Evolución histórica del constitucionalismo español*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 38.

(26) APARICIO, M., *El status del Poder Judicial en el constitucionalismo, español (1808-1936)*, Universitat de Barcelona, 1995, p. 40.

y ejecución del poder directo existió desde Cádiz, estableciéndose un sistema de relación-dependencia entre el Poder Judicial y el resto de los Poderes del Estado. Por otra parte, como argumentó Cajal Valero «puede considerarse muy importante el rol jugado por la infraestructura periférica gubernativa (jefe político o gobernador civil) como herramienta en orden a: la superación revolucionario-liberal del Antiguo Régimen; la conservación posterior del nuevo orden jurídico y socioeconómico al servicio de la burguesía detentadora del poder en el nuevo Estado constitucional; y el sostenimiento político, electoral y policial del endeble Gobierno del día. Puntualizando que la crónica penuria de todo tipo de medios de la Administración civil (desde los de acción positiva hasta estrictamente los de orden público), convirtió de facto al ejército en el principal sostén del precario Estado liberal y del orden socioeconómico imperante» (27).

El poder local se consolida así como un auténtico receptor de traspasos de competencias del Estado liberal. La Ley de Ayuntamientos de 1843 disponía que todas las exposiciones y reclamaciones dirigidas por las corporaciones locales al Gobierno debían seguir estrictamente el conducto jerárquico alcalde-jefe político y sólo el Decreto Ley Municipal de 1868 modificó las posibilidades de reclamación al permitir a los Ayuntamientos dirigirse sobre los negocios de su competencia a la Diputación, al Gobernador, al Gobierno y a las Cortes, manteniendo el conducto oficial, pero sólo si se producía a instancias de una queja contra alguno de estos (o contra el propio alcalde) la corporación podría comunicarlo directamente. La Ley Municipal de 1870 mantuvo esa posibilidad de prescindir del Gobernador y del Alcalde no sólo en caso de queja contra ellos, sino también en el supuesto de que estos no cursaran sus comunicaciones en el término de 8 días (28).

Hay que esperar a 1870 para la fijación del estatus judicial frene las competencias de los jueces municipales. Ni la Constitución progresista de 1837 ni la moderada de 1845 introdujeron mayores modificaciones a este panorama judicial que recibió sus primeros impulsos para el cambio en el bienio de 1854-1856, momento que se considera preámbulo de la formación del Poder Judicial contemporáneo (29). A finales de marzo de este período se iniciaba la discusión parlamen-

(27) CAJAL VALERO, A., *El Gobernador Civil y el Estado Centralizado del siglo XIX*. Madrid, Ministerio de Administraciones Públicas, 1999, p. 208.

(28) Ley Ayuntamientos de 1843. Art 60, 10. Decreto Ley Municipal 1868. Art. 55. Ley Municipal 1870. Art 76; en Cajal Valero, A.: *El Gobernador Civil...* pp. 72-73.

(29) MORALES, M. A., «Notas para el estudio de la administración de justicia en España a mediados del siglo XIX». *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 86, 1996, pp. 12-27.

taria del *Proyecto de Ley de Bases de la Ley Orgánica del Poder Judicial* (30) que diseñaba los principios generales que habría de seguir con posterioridad la Ley Orgánica de 1870: se establecían los principios de inamovilidad y responsabilidad judicial, se separaban las funciones judicial y administrativa en todos sus términos, y se reducían las instancias procesales; el Tribunal Supremo pasaba a serlo de todas las jurisdicciones, se extendía la jurisdicción civil (con la excepción de los rangos mercantiles) y se reducían los ámbitos de las jurisdicciones eclesiástica y militar.

Todo el siglo XIX mantiene una estrecha relación entre los alcaldes y la Administración de justicia, tanto por la continuación de sus funciones como por la imposibilidad del Estado de garantizar juzgados de Primera Instancia en todos los niveles en que teóricamente debía hacerlo. El cambio de filosofía política abrió la reforma judicial. Las características de la Constitución de 1869 obligaron a la reforma de muchas leyes ordinarias y, desde luego, a una profunda reestructuración de poderes (unificación de fueros). En el Poder Judicial, se rescataron muchas de las primeras formulaciones del *bienio*, se formuló la *Ley Provisional sobre organización del Poder judicial*, de 15 de septiembre de 1870, se establecieron una serie de mecanismos que garantizaron su supervivencia por encima de los cambios de Ejecutivo (o mayor aún con el paso a la República) o la estrecha relación entre los otros dos poderes; una mezcla de principios que podían inclinarse según fuera la preponderancia de uno u otro y que aseguraba su propia autonomía orgánica, selección y funcionarización, que terminaba con el arancel judicial como medio de complementación de los ingresos de los jueces.

2.2 El Estado y la reforma judicial

La evolución de la reforma de la Administración de Justicia supera el marco político de la Restauración al aprobarse en 1926 el Estatuto del Ministerio Fiscal, fijando definitivamente la estructura superior de jueces y fiscales y del Tribunal Supremo, cerrando así el diseño de la jurisdicción común ordinaria. Los comienzos de esta tarea se habían iniciado con la Ley de Ordenación del Poder Judicial (LOPJ) que verdaderamente reorganizó la justicia municipal, en distritos, partidos, circunscripciones y términos municipales. Pero, como describió Sánchez-Arcilla, esta estructura que reproducía el modelo piramidal señalado desde al Constitución de Cádiz, no llegó a desarrollarse del todo. Estaba previsto que en cada circunscripción hubiera uno o más juzga-

(30) APARICIO, M., *El status del Poder Judicial...* pp. 95-97.

dos de instrucción, en cada partido uno o más de partido y en cada distrito una Audiencia. Los jueces de paz creados en 1855 se transformaron en jueces municipales. Las circunscripciones no llegaron nunca a organizarse, y también estaba previsto que hubiera dos en cada partido. Tampoco los juzgados de instrucción formaron los sumarios de las causas criminales cuyas competencias se atribuyeron a los juzgados de primera instancia. Por último, tampoco se crearon los tribunales de partido, asumiendo sus competencias los ya existentes (31).

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 14 de septiembre de 1882, había creado las Audiencias de lo Criminal al establecer el juicio oral en instancia única por medio de un tribunal colegiado, pero debido a la escasez del presupuesto y a la poca existencia de este tipo de causas en algunas de estas audiencias muchas fueron suprimidas, a pesar de la protestas que se originó en algunas de ellas, quedando las 46 originalmente creadas en 16. Tan sólo 10 años después de haberse creado, en el verano de 1892, todas aquellas Audiencias de lo Criminal que no estaban situadas en las capitales de provincia desaparecen y pasan a denominarse Audiencias Provinciales.

La Ley de Ordenación del Poder Judicial supuso una radical transformación ya que los jueces de paz pasaron a ser jueces municipales y se les encomendó los actos de conciliación en lo civil (asuntos menores de 250 pesetas) y en lo criminal (juicios de faltas). Por ello fue duramente criticada porque dejaba un enorme vacío de asuntos fuera de la judicatura profesional y mantenía activos los resortes de la justicia municipal. No se intentó modificar esta situación hasta la Ley de Justicia Municipal, de 5 de agosto de 1907, por la que se exigían ciertos requisitos para el nombramiento de jueces municipales para intentar garantizar su idoneidad y salvaguardar su independencia respecto de los poderes públicos. Asimismo se impusieron nuevas reglas procesales que pretendían garantizar estas reformas, fundamentalmente, la ley del jurado.

La separación de los asuntos civiles de los criminales fue larga. Fue también a raíz de la revolución de septiembre de 1868 cuando se empezó realmente a preparar la separación de la jurisdicción civil de la penal. La Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872 planteó la emancipación de ambas, pero no sobrevivió al cambio político. El 3 de enero de 1875, un Real Decreto suspendía la reforma de los juicios por jurado en materia criminal y se pasaban de nuevo las competencias a los juzgados de primera instancia. (414) La Constitución de 1869 había recogido el juicio por jurados para los delitos políticos y comunes que determinara la Ley. Así, la Ley de Ordenación del

(31) SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J., *Historia de las instituciones político-administrativas contemporáneas 1808-1975*. Madrid, Dykinson, 1994, pp. 406-407.

Poder Judicial y la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 1870 y 1872 respectivamente aprobaron lo mismo, por el que jurado empezaría a funcionar oficialmente el 18 de enero de 1873 y sería suspendido tan sólo un año dos años después. Hay que esperar hasta 1886, siendo Ministro de Gracia y Justicia Alonso Martínez, para ver de nuevo un cierto impulso para retomar los juicios por jurado; gracias sobre todo a la introducción del juicio oral tras la ley adicional a la orgánica del poder judicial, se retoma el proyecto de 1873 y se aprueba finalmente la Ley del Jurado el 20 de abril de 1888.

Los jurados fueron criticados prácticamente desde su nacimiento. Ciertos escándalos y la insistencia en su mal funcionamiento que afectaban a la imagen de la justicia pero que también desviaban la atención sobre los vicios del propio sistema político con demasiadas injerencias sobre lo judicial desde sus comienzos, fuerzan una primera suspensión de los juicios por jurado en 1907 y otra posterior en 1920. La implantación de esta reforma trajo un duro y largo debate, muchas veces técnico, acerca de la naturaleza y las competencias del jurado. Una de las quejas más reiteradas en las memorias anuales de los tribunales de Justicia fue la incomparecencia de los testigos y de los propios miembros del jurado, apuntando a causas fundamentales, como el desconocimiento de su residencia o por la falta de pago de los gastos del viaje y la estancia durante el juicio.

«Como la mayor parte de estos testigos pertenecen a las clases pobres [...] les concede el derecho una indemnización en el caso de que la reclamen. Ahora bien háse observado en el período que cuenta de existencia el juicio oral, que los testigos, de quienes tanto se confiaba, no han opuesto resistencia al cumplimiento de las órdenes del Tribunal, mandándoles comparecer, sin que todavía haya sido posible indemnizarlos en los términos prevenidos» (32).

Su derogación con la llegada de Primo de Rivera y su posterior reposición con la proclamación de la II República y de nuevo su prohibición bajo el franquismo ha dado pie a una visión un tanto idealizada de los tribunales de jurado, en el sentido de identificar el jurado con la idea de ciudadanía, hecho que realmente respalda el derecho en los períodos democráticos, pero que no los libra de problemas de funcionamiento prácticamente desde su origen (33).

(32) *Exposición que dirige al Gobierno de SM el Fiscal del Tribunal Supremo*, 15 de septiembre de 1883, pp. 17-18. Tres años más tarde, el Fiscal no se mostró tan optimista al hablar de los «testigos ausentes en punto lejano o cuyo paradero se ignora» que producían no pocos casos de suspensión del juicio oral.

(33) ALEJANDRE, J. A., *La justicia popular en España. Análisis de una experiencia histórica: los Tribunales de jurados*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1981.

La Restauración monárquica y el sistema canovista tienen un desigual balance en la consolidación y remodelación de todo el aparato estatal en función, como en el resto de los períodos, de sus propias bases sociales. En ese sentido, recordaba Bartolomé Clavero que en la Constitución de 1876, entre las garantías, conserva el hábeas corpus, con el mismo plazo de detención gubernativa de veinticuatro horas, y otras más generales en el ámbito penal, desapareciendo la referencia explícita a la justicia ordinaria y a la institución del Jurado (34). El contrapunto del período en esta materia fue la paralización de los avances en los derechos y garantías de los detenidos y una cierta depuración judicial por la *Ley Adicional* de 1882 que establecía para el ingreso en la carrera un *turno* para los abogados que reunieran determinados requisitos. Por último, en el Decreto de 24 de septiembre de 1889, dictado por Canalejas, se proponía estructurar definitivamente el organigrama judicial, según Miguel Ángel Aparicio, asegurando los mecanismos para el control ejecutivo.

Por eso el papel dado a los alcaldes en la Restauración fue muy superior al que habían recibido hasta la fecha. Por el Real Decreto de 26 de septiembre de 1835 los Corregidores perdieron su antigua naturaleza judicial. Sin embargo, los Alcaldes-Corregidores estuvieron en vigor en las fases moderadas de 1845-1854 y 1856-1868; nacidos por la Ley Municipal de 1845 (art. 10), se nombraban junto a los Alcaldes y los Tenientes de Alcalde del Reino por el Ministerio de Gobernación o el Jefe Político según los casos. En el Sexenio se impuso el nombramiento por parte del propio Ayuntamiento. Desde la *Ley Orgánica del Poder Judicial* de 1882 los Jueces de Paz eran denominados Jueces Municipales; los alcaldes volverían a adquirir nuevas atribuciones conciliatorias al otorgárseles la realización de las primeras diligencias en los asuntos penales, y el conocimiento de los juicios de faltas y los civiles de pequeña cuantía; atribuciones que asumían junto a su participación directa en el control y organización local de las elecciones, que no se reguló hasta la fijación de los nombramientos de los Jueces Municipales con la Ley de 1908 del Gobierno Maura. El nombramiento de los alcaldes había sido solucionado, como en otras cuestiones, mediante un *sistema híbrido*, ya que en principio se mantenía el derecho de los Ayuntamientos a nombrarlos, pero el Gobierno se reservaba la posibilidad de elegir los alcaldes de las capitales de provincia y cabeceras de partido judicial (35).

(34) CLAVERO, B., *Evolución histórica del constitucionalismo español*. Madrid, Tecnos, 1986, pág. 91.

(35) Ley de 16 de diciembre de 1876, de reforma de las *Leyes Orgánicas* Provincial y Municipal de 20 de agosto de 1870.

En la base del sistema de la Restauración está la ejecución de las medidas hacia un determinado modelo de articulación estatal de las diferentes ramas del liberalismo anterior: el control electoral a través de los municipios como culminación del proceso de ejecución efectiva del poder, a través de la estructura territorial y su base municipal. Síntesis de la configuración oligárquica, rígida y poco integradora del Estado liberal español, en un proceso acompañado de la precarización de su base social y su incapacidad para gestar una legitimación sobre sí mismo, que irá apartando del sistema y sus beneficios a amplios grupos sociales de forma crónica (36). El delito muestra en muchas ocasiones una respuesta a esta estructura del poder que se oponía a usos y costumbres tradicionales. La oposición, como a muchas medidas de orden público o relativas a las subsistencias, no se hizo siempre de forma directa. Más bien, fue evolucionando hacia formas que más tarde pasarían a considerarse faltas, a pesar de que la respuesta violenta contra la autoridad, pública y privada, siguió siendo más que notoria.

2.3 La Restauración y sus límites

En enero de 1860, el Ministro de Gracia y Justicia Santiago Fernández Negrete, atribuía el aumento de las lesiones y los delitos de estafa al elevado número de las casas de juego que había en España y achacó el crecimiento de los robos y hurtos a lo que sucedía por ejemplo *en varias provincias de Castilla la Nueva hay quien cree que no constituye delito el tomar leña de ciertos montes* (37). Por su parte, las primeras Memorias de la Fiscalía del Tribunal Supremo, ya en el último cuarto del siglo XIX, reiteran nuevamente esta y otras causas «antiguas» para explicar la perpetuación de las Audiencias con mayor criminalidad de España. En 1887 se culpa a la mala cosecha seguida de la plaga de langostas del aumento de los hurtos. Según el informe del fiscal, las cortas y talas fraudulentas de leña en los montes públicos abundaban tanto que se corría peligro de saturar algunas Audiencias como la de Cuenca. La dificultad para la Justicia era discernir lo

(36) PÉREZ GARZÓN, J. S., «El nacionalismo español: los resortes de una hegemonía política y cultural», en ARBAIZA, M., y PÉREZ FUENTES, P. (eds.), *Historia e identidades nacionales. Hacia un pacto entre la ciudadanía vasca*, SRB, Bilbao, 2007, pp. 131-144. CORCUERA, J., «Nacionalismo y clases en la España de la Restauración», *Estudios de Historia Social*, núm. 28-29, 1984, pp. 249-282.

(37) *Estadística de la Administración de Justicia en lo Criminal durante el año de 1859. En la Península e Islas adyacentes*. Ministerio de Gracia y Justicia. Madrid, Establecimiento Tipográfico Hijos de J. A. García, 1860, p. 7.

que unas veces eran simples daños, de lo que otras eran hurtos y «verdaderos delitos» (38).

La pobreza y la incultura fueron las causas principales utilizadas para explicar el aumento de los delitos a finales del siglo XIX. Por ejemplo, se citaba a la «ruda ignorancia» como otra causa del aumento de la criminalidad, «según lo acreditan el ejemplo de Ciudad Real, en donde se vio que pocos procesados sabían leer y escribir, y los de Reus y Tortosa, en cuyos términos se observa menor criminalidad en la población urbana que en la rural. Nada tiene de extraño, porque la cultura del espíritu abre los ojos del hombre a la luz de la razón, y lo pone en camino de usar la libertad sin ofensa de nadie, cuando la enseñanza no deja de ser moral y religiosa» (39). Desde el punto de vista intelectual, el regeneracionismo interiorizó una crítica que enmarcó durante largo tiempo el pensamiento reformista penal y penitenciario español, que situaba la delincuencia dentro de un conjunto de problemas denominados de «atraso nacional». En esta línea que atribuía al embrutecimiento de los campesinos la mayor parte de los delitos con violencia física, los fiscales introdujeron dos factores más: el alcohol y el uso de armas.

«Al abuso de las bebidas espirituosas, sobre todo de las adulteradas y convertidas en un producto químico, deben atribuirse muchos delitos de sangre. Agrava el mal el vicio detestable y tan extendido por nuestro pueblo de llevar siempre armas cortas blancas o de fuego, que aun siendo de primera intención defensivas al calor de la más ligera disputa se convierten en ofensivas y casi siempre mortales (40)»

Por último, la protesta contra las autoridades públicas así como sus distintos grados de intensidad y motivación, también fue destacada en el aumento de la criminalidad de comienzos del siglo XX. Pero si en 1887 se señalaba a los pastores como causantes de prender fuego a los matorrales de los montes del común para mejorar los pastos, en la memoria de 1900 ya se apunta directamente a que el aumento de los incendios «casualmente coincide con el encono de los bandos que turban la paz de los pueblos. De modo que una buena parte de estos siniestros ocultan un acto de venganza» (41).

(38) Ciudad Real se sitúa a la cabeza en número de procesos por estos delitos, junto con las Audiencias de Albuñol, Don Benito, Tremp y Úbeda. *Memoria que eleva el Fiscal del Tribunal Supremo al Gobierno de SM, de 1888*, p. 7.

(39) *Memoria que eleva el Fiscal del Tribunal Supremo al Gobierno de SM, de 1888*, p. 9.

(40) *Memoria que eleva el Fiscal del Tribunal Supremo al Gobierno de SM*, p. 10.

(41) *Memoria que eleva el Fiscal del Tribunal Supremo al Gobierno de SM, de 1901*, p. 11.

La Restauración sigue siendo en muchos casos valorada por la fijación de un marco político de larga duración dentro de la secuencia de inestabilidad del siglo XIX (42). A pesar de ello, se trata de un período que en toda Europa coincide con múltiples conflictos sociales y políticos. Hay que mencionar distintos factores señalados ya en las *Memorias* de la Fiscalía situados dentro del difícil y lento proceso de transformación de la sociedad española. Por un lado, se activan la mayoría de los procesos que muestran un incremento de la presencia del Estado. Los primeros datos basados en estadística judicial muestran ya algunos de estos cambios. Por ejemplo, aumenta considerablemente el número de causas pero se dictan sentencias con mucha mayor rapidez. En segundo lugar, aumenta el número de delitos urbanos, señal del fuerte movimiento de población hacia la cabeza administrativa de cada lugar.

A pesar de todo, el paisaje rural siguió siendo predominante en la mayor parte de España y especialmente en las zonas del interior, que continuaban con un ritmo demográfico de crecimiento lento. La distribución de la población urbana (tomando el tamaño de referencia de los núcleos medios que se sitúa en 5.000 habitantes) se ha estimado en dimensiones cercanas al 23 por 100 en 1900 (43). La transición demográfica hacia ritmos propiamente modernos no se inicia hasta el último cuarto del siglo XIX, y puede estimarse como tardío el descenso de la mortalidad infantil y la progresiva estabilidad de las distintas generaciones hasta conseguir corregir los desajustes de centurias de sobre-mortalidad (44).

Las epidemias son el principal indicador de respuesta en la afirmación de la tendencia de crecimiento. El cólera de 1885 y la gripe de 1918 pueden estimarse como la última secuencias de epidemias de ciclo antiguo. El impacto de la epidemia de gripe tuvo una desigual incidencia en las diferentes provincias. En la primera oleada la provincia más afectada fue Cuenca con una tasa de mortalidad que alcanzó el 0,55, mien-

(42) SUÁREZ CORTINA, M., (ed.), *La Restauración: entre liberalismo y democracia*. Madrid, Alianza, 1997.

(43) TAFUNELL, X., «Urbanización y vivienda», en A. CARRERAS y X. TAFUNELL (Coords.), *Estadísticas históricas de España, siglos XIX-XX*, Bilbao, Fundación BBVA, 2005, vol. I, pp. 484-485. DÍAZ DÍAZ, B., *Talavera de la Reina durante la Restauración (1875-1923)*. Política, economía y sociedad, Talavera de la Reina, Ayuntamiento de Talavera de la Reina, 1994.

(44) CAMACHO CABELLO, J., *La población de Castilla-La Mancha*. Consejería de Cultura Castilla-La Mancha, 1999. BALAGUER, E., BALLESTER, R., BERNABEU, J., NOLASCO, A., PERDIGUERO, E., y PÉREZ, S., «La transición sanitaria en el período 1879-1919», en Livi Bacci (Coord.): *Modelos regionales de la transición demográfica de España y Portugal*, Alicante, Instituto de Cultura Juan Gil Albert-Diputación de Alicante y Seminari d'Estudis sobre la Població del País Valencia, 1991, pp. 137-156.

tras que Guadalajara fue la menos perjudicada con una tasa de mortalidad del 0,33. Fue en cambio el segundo brote el más violento, con una incidencia semejante en todas las provincias que oscilaba entre el 4,8 de Ciudad Real y el 6,8 de Albacete. Como señalan Sánchez y Villena, puede decirse que «en su conjunto la gripe afectó a la población de la región durante más de un año, si sumamos los meses de exposición epidémica en provincias como Cuenca, Guadalajara y Toledo (45).

Dentro de la movilidad y la emigración, la mayor parte de las ciudades de tamaño medio entran en el siglo xx sin haber superado el recinto medieval. Mantienen las mismas puertas de entrada y comunicaciones que siglos atrás. Paralelamente, frente al ritmo tradicional de las economías preindustriales, nacen los grandes núcleos industriales de rápido crecimiento en Cataluña y País Vasco. En torno a Bilbao y Barcelona va naciendo un área metropolitana a través de los flujos de población de media y larga distancia. Madrid, capital del Estado liberal y centro de servicios, es el otro gran polo de atracción de población de Castilla y áreas más lejanas. Al mismo tiempo, se activa la movilidad entre las redes de los viejos núcleos locales y provinciales, gracias sin duda a la mejora de las comunicaciones. Esta última es la relación que más ha venido afectando a la población del interior que, desde finales de la Edad Moderna ve descender su fuerza demográfica por una emigración constante (46).

La mejora de las comunicaciones y la configuración de Madrid como un centro de redistribución de servicios favorecen una nueva relación entre finales del siglo xix y los primeros decenios del xx: la movilidad de ida y vuelta, junto a la migración estacional y la de larga distancia diezman claramente la densidad de población de provincias como Cuenca y Guadalajara. La emigración durante el final de siglo xix y principios del xx creció espectacularmente. Algunos autores cifran en millón y medio el número de personas que abandonaron sus lugares de origen. El impacto de la crisis finisecular fue decisivo en ello.

Todo ello propició el incremento de una mayor conflictividad social que fue respondida con el aumento de la presencia de la fuerza pública, tal y como las bases del propio sistema canovista esperaban (47). Las tensiones propias de una sociedad netamente campesina

(45) En SÁNCHEZ, I., y VILLENA, R., *Testigo de lo pasado. Castilla-La Mancha en sus documentos (1785-2005)*. Ediciones Soubriet, Tomelloso, 2006, p. 263.

(46) OTERO CARVAJAL, L. E., «Las ciudades en la Restauración» en GÓMEZ-FERRER, G., y SÁNCHEZ GARCÍA, R. (eds.), *Modernizar España. Proyectos de reforma y apertura internacional (1898-1914)*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2007, pp. 79-119.

(47) SERRANO, C., «Crisis e ideología en la Restauración», en DELGADO, J. L. (ed.), *España entre dos siglos (1875-1931). Continuidad y Cambio*, Madrid, siglo XXI, 1991, pp. 181-189. GONZÁLEZ CALLEJA, E., *La razón de la fuerza. Orden*

se vieron rodeadas por nuevas formas de protesta urbana y por la fuerza de sectores profesionales que denotaban la progresiva implantación de un movimiento obrero organizado. En la década de los años treinta del siglo xx, el mercado de trabajo ya se había modificado sustancialmente para hombres y mujeres. Sin embargo, los factores de dinamismo y modernización deben enfrentarse al aumento de las desigualdades y a la profundización de las redes de poder y patronazgo propias del fenómeno del caciquismo.

3.1 El declive de la violencia interpersonal en España

Los anteriores son sólo algunos de los procesos de fondo que hay que tener en cuenta a la hora de enmarcar el proceso de evolución de la violencia. El descenso en la producción de delitos y, específicamente, los de violencia física fuerte, también se produjo en el ámbito español. Sin embargo, no se llevó a cabo de la misma manera que el llamado «modelo civilizatorio» describe para el arco mediterráneo. La crítica fundamental, que también suscribe este trabajo, a las teorías de la modernización, es la interpretación causal que se da al proceso del declive de la violencia. Este efectivamente se produjo a lo largo de más de un siglo, pero no en todas partes por los mismos factores. De forma paralela a este descenso se produjo simultáneamente en varias zonas de Europa, un mantenimiento casi exacto de la tipología de delitos violentos y sobre todo se reprodujo un perfil similar de quienes los producían. Estos dos hechos desbaratan una versión lineal o llana del declive de la violencia vinculada al Estado en lo público y a la economía en lo privado únicamente.

A comienzos del siglo xx existen claras diferencias entre la Europa del norte y del sur en cuanto a la tasa de homicidios. Las tasas muy bajas coinciden con los países más industrializados del norte de Europa, incluyendo Alemania y parte de Francia, mientras que las más altas se sitúan en todo el área mediterránea (Portugal, España, Sur de Francia, Italia y Grecia). A partir de la segunda década del siglo xx los porcentajes del sur se reducen y empiezan a converger, mientras que los de Europa del Este (los de la órbita escandinava son especialmente bajos, excepto los de Finlandia que se siguen manteniendo altos) (48). Un modelo de largo recorrido está plagado de importantes variables

público, subversión y violencia en la España de la Restauración (1875-1917), Madrid, CSIC, 1998, pp. 75-153. VALLEJO POUSSADA, R., «Pervivencia de las formas tradicionales de protesta: los motines de 1892», *Historia Social*, núm. 8, 1990, pp. 3-27.

(48) EISNER, M., *Long terms historical trend in violent crime*. Phd-University of Chicago, 2003, pp. 83-142.

regionales y de importantes correcciones, ya que se prolonga hasta finales del siglo xx.

La vinculación entre industrialización y reducción de la violencia rural, se basa sobre todo en la contundencia de la reducción de las cifras del caso inglés. A finales del siglo xix, Gran Bretaña ha situado su tasa de homicidios anual en 1 por cada 100.000 habitantes. Sin embargo, su medición estadística es ajena a la codificación y a los mecanismos legales continentales, y por lo tanto plantea serias dificultades comparativas (49). Dentro del mismo sistema jurídico, sólo Holanda y Bélgica han sufrido un descenso tan espectacular en el uso de la violencia desde comienzos del siglo xix, gracias a un proceso de integración social y de mejora de los niveles de vida, acompañada de la primera legislación social de Europa (50).

Homicidios (100.000 hb)

	Holanda y			Alemania		Castilla		
	Inglaterra	Bélgica	Escandinavia	y Suiza	Italia	LM	España	Francia
1900	1,3	1,5	0,9	2,2	5,5	6,4	5,1	3,1
1920	0,8	1,7	0,8	2	3,9	2,8	2,5	3,9

FUENTE: Los datos de España pertenecen a la *Estadística de la Administración de Justicia en lo Criminal*, y el resto a Manuel Eisher, *History of Homicide Database*. Elaboración propia.

El caso alemán, francés y, sobre todo, el italiano, plantean enormes diferencias regionales que reproducen este modelo centro/periferia de declive de la violencia. Así por ejemplo, en Palermo la tasa de homicidios entre 1800 y 1884 era de 45,1, mientras que en Milán no superaba para el mismo periodo el 3,6 (51). Sin llegar a diferencias tan abruptas en casi todos los lugares puede hablarse de unas tasas de homicidios y robos más intensa en el campo que en la ciudad, relacionada con tres grandes procesos como lo son la industrialización, la urbanización y la educación.

En el caso español puede decirse, con el mismo tipo de datos de estadísticas nacionales (*Estadística de Administración de Justicia en lo Criminal*), que se produjo un descenso general del promedio de delitos

(49) EMSLEY, C., *Crime and society in England 1750-1900*. London, Longman, 1997, p. 143.

(50) SPIERENBURG, P., «State formation and criminal justice in early modern Europe: how exceptional was the dutch model?», en ROUSSEAU, X., y LÉVY, R., *Le penal dans tous ses États. Justice, États et sociétés en Europe (xii-xx siècles)*. Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1997, pp. 113-126

(51) CHESNAIS, J. C., «Histoire de la violence: l'homicide et le suicide á travers les âges», *Revue Internationale des Sciences Sociales*, núm. 132, 1992, pp. 217-235.

entre 1843 y 1918. Pero la tendencia sobre las agresiones físicas directas no descendió repentinamente. Los datos de homicidios demuestran que hubo un descenso significativo, sobre todo entre 1908 y 1910.

España tasa homicidios (100.000 hab.)

1900	5,2
1910	3,9
1918	2,5

FUENTE: *Estadística Administración de Justicia en lo Criminal*. Elaboración propia.

Muy probablemente este desfase se reproduzca internamente en el conjunto de zonas peninsulares, como señal de que las variaciones de las estadísticas de criminalidad, fundamentalmente, muestran las fluctuaciones de los métodos de recogida de datos, de la organización de la policía o de la propia Administración de Justicia y no propiamente las del delito. Ese fue el caso, por ejemplo, de los homicidios, que correspondía ver a los Tribunales del Jurado, institución que tuvo numerosos altibajos legales como ya se ha comentado. Sin embargo, a pesar de estas fluctuaciones es posible trazar la evolución general de este tipo de delitos de violencia fuerte y comparar la dinámica española en el proceso general europeo de declive de la violencia.

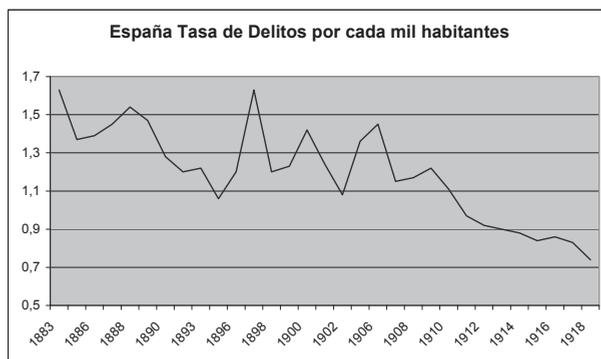
A primera vista la tasa de homicidios resulta muy elevada, ya que se sitúa por encima de la media europea. También su adecuación al proceso de descenso es mucho más rápido, pero no tanto si se tiene en cuenta los datos de los promedios anuales. El caso español se acerca a un promedio anual muy parecido al caso italiano a comienzos del siglo xx, pero del que ya se aleja bastante a la altura de 1918. Es cierto que las áreas de criminalidad fuerte presentan un descenso drástico en relación a sus valores decimonónicos y ciertos cambios más profundos en la medición de sus tasas delictivas. Las posibles explicaciones a este declive tan pronunciado y su contradicción interna se esconden en variables específicas que se alejan del peso de las tasas medias elaboradas con las estadísticas nacionales. Por ello, es recomendable un análisis más detallado de la tipología de delitos antes de extraer conclusiones acerca de la comparación de modelos de tasas y promedios nacionales.

A) CIFRAS NACIONALES Y CIFRAS LOCALES

Si se atiende al cómputo general de delitos, un análisis más pormenorizado de los datos revelan las tasas medias de criminalidad

española. El promedio del conjunto español a lo largo del período fue de 1,1 delitos por cada mil habitantes al año. En la media estatal hay que tener en cuenta las grandes desigualdades que existían entre Audiencias de poblamiento muy disperso, como el caso castellano, y las aglomeraciones de las grandes ciudades, como Madrid o Barcelona, un aspecto que sin duda afecta a la reducción de la tasa de homicidios en las ciudades, frente a los espacios que pierden población.

Otro aspecto a tener en cuenta en el cómputo de delitos y que se encuentra muy relacionado con el impacto de la urbanización es la evolución de las Audiencias. Los datos recogidos anualmente de junio a junio se estructuran según los tribunales en que terminaron las causas de acuerdo a la organización jerarquizada de la Administración de Justicia: juzgados municipales, de primera instancia, Audiencia de lo Criminal (luego provinciales), Audiencia territoriales y Tribunal Supremo. Los cambios legislativos afectaron a la composición de este organigrama y sin duda a la recogida de datos. A pesar de todo, el número de causas criminales se multiplica por 2,8 en treinta años. Sin embargo, más que el aumento de la criminalidad, estos datos señalan el aumento del trabajo de la Justicia Criminal. Una primera señal de afirmación del peso que la Justicia está alcanzando en la resolución de los conflictos y agravios en la sociedad del cambio de siglo.



FUENTE: *Estadística de la Administración de Justicia en lo Criminal*. Elaboración propia (52)

En este sentido hay que mencionar la Ley de 3 de enero de 1907 que tuvo una enorme repercusión en el descenso de la medición de

(52) La información de todos los gráficos, a excepción de la demográfica, proceden de la *Estadística de la Administración de Justicia en lo Criminal (1838-1936)*, conservada en la Biblioteca Nacional. La serie más homogénea aquí utilizada comprende entre 1883 y 1918.

delitos, ya que tras su aprobación los hurtos con un valor menor a 10 pesetas quedaban rebajados a la categoría de falta. El cambio de consideración en los delitos contra las personas fue anterior, ya que las lesiones leves a partir de 1870 ya eran consideradas faltas. Este cambio de consideración es de enorme importancia para la distribución y medición de los delitos y las faltas. Por ejemplo, entre los registros judiciales de primera instancia y los municipales sobre alteración del orden público del conjunto de España, se mantuvieron los promedios de 60 y 70 por 100 de lesiones del total de los delitos comunes. La mayoría de las penas por lesión no superaban los nueve meses. En cambio, en los anuarios administrativos o judiciales posteriores a 1870, no hay apenas casos juzgados por lesiones. Sólo aquellas de mayor gravedad, ya que los demás se quedaban en instancia municipal.

Por tanto, es preciso distinguir entre las instancias judiciales que separan el delito común del considerado muy grave. De lo contrario, el análisis de la criminalidad queda vacío. Hacia el cambio de siglo, los juzgados de instrucción son los que más asuntos relacionados con la violencia personal tramitan. Los juicios orales tratan los disparos con arma de fuego y las lesiones graves, mientras que los juzgados municipales resuelven la violencia cotidiana, heridas corporales leves y hurtos de menor cuantía, a través de las faltas (53).

B) URBANISMO Y DENSIDAD DEMOGRÁFICA

La variable que hay que analizar, quizás la más importante para entender la fluctuación de las tasas delictivas, es la demográfica. En cuanto al número de delitos, hay que señalar que el conjunto de España pasó, en cifras brutas, de 16.638 en 1838 a los 13.530 de 1936. Se trata de un descenso muy importante en la tasa delictiva, no exento de problemas de aceptación, si tenemos en cuenta que en dicho período el conjunto de la población española se multiplicó por 2,5. Por tanto hay que hacer algunas matizaciones a estas cifras respecto a su introducción en el marco regional que nos ocupa. En primer lugar, el ritmo de crecimiento de la población en las zonas del interior no es tan intenso como las del litoral y, sobre todo el de las grandes ciudades (Castilla-La Mancha, según los censos, pasa de 1.394.670 habitantes en 1900 a 1.684.207 en 1920, mientras el conjunto español pasa de 18.600.000 en 1900 a 21.300.000 habitantes en 1920). En un segundo momento, hay que destacar el impacto de la movilidad y de la inmi-

(53) GÓMEZ BRAVO, G., *Crimen y castigo. Cárceles, Justicia y violencia en la España del siglo XIX*. Madrid, Los libros de la Catarata, 2005.

gración, que aumentan considerablemente el peso específico de la tasa de delitos en una sociedad que ve reducidos sus efectivos (54).

Uno de los aspectos más interesantes en la revisión del modelo civilizatorio es la reinterpretación de la incorporación a un ritmo de crecimiento demográfico moderno. En las zonas de alta criminalidad del sur de Europa persiste una alta natalidad y una elevada mortalidad que coincide con el mantenimiento de una conflictividad de tipo antiguo. Sin embargo, el impacto del crecimiento de la población no es lineal, pues hay que tener en cuenta los procesos de movilidad y redistribución de la gente. De hecho, en el período de asentamiento de los comienzos de la transición demográfica, entre 1884 y 1918, se asienta el factor de multiplicación de habitantes. Un aspecto que resulta muy significativo en cuanto a la evolución de los delitos puesto que en su cómputo generalizado decrecen, pero la distribución desigual de la población hace que tengan tasas dispares. La evolución general y comparada de los datos de delitos por cada mil habitantes pone de manifiesto la similitud de determinadas dinámicas. Así pues, hay varias razones para afirmar que las diferencias son más cualitativas que cuantitativas y, en particular, se encuentran marcadas por la distribución espacial de los delitos (dónde se producen, cuáles son, con que frecuencia); dependen, en definitiva, de las relaciones que se establecen entre la tipología y la sociología de los delitos y los factores de localización de los mismos (55).

La relación de delitos por Audiencias Territoriales confirman la baja incidencia de los delitos producidos en determinadas zonas del interior por ejemplo dentro del conjunto español. Sin embargo, la dificultad de separar la incidencia de Madrid o Barcelona del resto hace preferible centrarse en la realidad de las Audiencias Provinciales. De ellas se puede extraer más información acerca de una posible caracterización de un perfil de violencia según su localización. Así por ejemplo, si pasamos al capítulo delitos contra la propiedad realizados con fuerza, como robo con homicidio, con violencia contra las personas o con fuerza en las cosas, se observan grandes disparidades. Así por ejemplo, en 1910 dentro del arco de competencias de la Ley del Jurado, la Audiencia Provincial de Guadalajara presenta el índice más bajo de delitos en España por detrás de la de Vitoria. En el otro

(54) PÉREZ MOREDA, V., y REHER, D., *Demografía histórica en España*. Madrid, El Arquero, 1998. LIVI BACCI, M. (coord.), *Modelos regionales de la transición demográfica en España y Portugal*. Actas del II Congreso de la Asociación de Demografía Histórica. Alicante, abril de 1990. Volumen 2.

(55) CARR-HILL, R.A., y STERN, N.H., *Crime, the police and criminal statistics: an analysis of official statistics for England and Wales using econometric methods*, Londres, Academic Press, 1989.

extremo, la de Toledo se sitúa en segundo lugar en este tipo de delitos sólo después de Castellón (56).

Por otro lado, en cuanto a la distribución de los delitos por su localización hay que recordar que las relaciones entre campo y ciudad tampoco son lineales. Esta relación parece cumplirse en los delitos violentos del conjunto español. La relación de delitos contra las personas de las Audiencias Provinciales, herederas de las Audiencias de lo Criminal, es la mejor muestra de la violencia en las ciudades. Madrid, que mantiene una fuerte criminalidad desde la Edad Moderna, va a la cabeza, seguida de Zaragoza y Valencia (57). La mayor parte de capitales de provincias situadas en torno a los veinte delitos graves contra las personas por año. En las Audiencias Territoriales se engloban los delitos producidos en el mundo rural. Madrid, aun así, sigue a la cabeza, formada sobre una constante emigración y también por la movilidad creciente de ciudades cercanas como Cuenca, Guadalajara o Toledo. Pero el cambio puede advertirse pronto. Las zonas más rurales emergen con fuerza, sobre todo Andalucía con cuatro Audiencias situadas entre las diez con más delitos, las dos Castillas, Aragón, Cantabria y Galicia. Las diez Audiencias con más delitos seguidas contra las personas son por orden: Madrid, Sevilla, Granada, Zaragoza, Toledo, Cádiz, Barcelona, Jaén, Córdoba, Almería y Bilbao con el mismo número.

Para analizar nuevos elementos que complementen la relación entre campo y ciudad mostrada en las relaciones de las distintas Audiencias, sería positivo introducir otras perspectivas. Una variable que procede de una instancia a medio camino entre ambos universos judiciales puede ser la Diputación Provincial. De las 187 sentencias remitidas en 1900 a la Diputación de Toledo, la provincia con un mayor porcentaje de delitos violentos del período, tan sólo dos se producen en un marco eminentemente urbano. El resto, mayoritariamente hurtos, se producen entre el monte (cuarenta y cinco) y el propio pueblo de los afectados (ciento trece), donde las lesiones se muestran con mayor fuerza (cuarenta y siete) si bien rodeadas de un complejo conjunto de faltas y amenazas, sin olvidar el elevado porcentaje de delitos contra la propiedad, fundamentalmente, el hurto. Once de estas causas por lesiones y dos por disparos de fuego, tuvieron lugar en el entorno de las tabernas y, al menos uno, en el transcurso de una ronda nocturna (58).

(56) *Estadística de la Administración de Justicia en lo Criminal durante el año... en la Península e Islas Adyacentes / Publicada por el Ministerio de Gracia y Justicia*. Madrid, Ministerio de Gracia y Justicia. 1860-1919. Serie continua utilizada 1883-1918.

(57) ALOOZA, A., *La vara quebrada de la Justicia. Un estudio histórico sobre la delincuencia madrileña entre los siglos XVI y XVIII*. Madrid, Catarata, 2000.

(58) Diputación Provincial de Toledo. Libro de Sentencias 1887-1955.

Si añadimos que cinco de las vistas tuvieron causas que se juzgaban por actos que habían tenido lugar en medios de transporte, puede advertirse que el mundo rural sigue siendo predominante; pero no se trata de un espacio absolutamente aislado, sino que se empiezan a introducir en el importantes signos de cambio, como la movilidad, que implica un relectura del aislamiento y estancamiento con el que tradicionalmente se caracteriza el proceso de modernización español.

C) TIPOLOGÍA DE DELITOS

En cuanto a su significado, los datos también parecen insertarse en el tiempo del descenso generalizado de los efectos de la violencia interpersonal. El cómputo general de los delitos contra las personas arroja en 1883 una media provincial inferior a mil casos al año, la media es en concreto 987, cifra que suele considerarse la marca que delimita los porcentajes considerables de violencia. Veinticinco años más tarde no cabe duda que las medias provinciales se alejan de las tasas delictivas contra las personas de fuerte presión, quedando reducidas únicamente a 301. Sin embargo, se ha activado otro proceso judicial, los juicios orales, a los que se traslada la mayor parte de este violencia, como se verá a continuación. Tras este cambio legal, se esconde la cifra más baja de todo el período que coincide con una estimación global del conjunto de España que se sitúa en el extremo opuesto, alcanzando un promedio en 1915 de 20.000 causas anuales vistas por delitos contra las personas.

Los datos relativos a los delitos contra la propiedad no se disponen de la misma manera que los anteriores. A pesar de la contrariedad interna en la sucesión de registros, como los de 1901-1902, parece indudable que el cambio de siglo modificó el panorama delictivo contra la propiedad, ya que la tendencia a mantenerse anualmente por encima de los mil casos por Audiencia cesó y empezó a decrecer de forma progresiva y rápida, cayendo por debajo de los valores decimonónicos. La reforma de 1907 sobre delitos de menor cuantía parece estar detrás de este cambio tan abrupto en los datos, desplazando al cómputo de faltas los hurtos y robos menores, pero también las infracciones menores sobre multas e impagos.

En este último aspecto se reduce la frontera que delimita unos de otros ya que dentro de los grupos de delitos que pueden estudiarse a través del Código Penal, los que obedecen a un comportamiento más autónomo del resto de delitos son los considerados contra el orden público. En primer lugar, sus índices son muy bajos en relación con la violencia contra las personas y las cosas, a pesar de que muchos de los atributos

por los que normalmente son condenados los encontrados culpables reciben préstamos de aquellos, como las amenazas o las lesiones que suelen mediar en los conflictos locales de este período. Lo más llamativo en el comportamiento de este tipo de delitos es que existe una relación entre el descenso del resto de delitos y el aumento de los denominados desórdenes públicos. Desde este ángulo se puede señalar un desplazamiento en las sanciones que vincula directamente la falta y el desorden público.

La distribución de estos porcentajes ayuda a entender la estabilidad de las cifras y su coherencia interna en torno a esta clasificación de delitos principales, sin excluir otras formas y desde luego, sin negar los préstamos entre las distintas expresiones consideradas fuera de la ley. Las representaciones siguientes muestran cómo la combinación de los distintos delitos con diferente grado de violencia está detrás del hecho de que los delitos contra las personas acaben ocupando el primer puesto en torno a la criminalidad española. La combinación del número de agresiones, de robos con fuerza y robos con homicidio, hace que el número de causas contra las personas iguale el porcentaje contra la propiedad. Pero este queda en inferioridad al combinar los efectos de los delitos contra el orden público, con actos cargados de violencia simbólica y verbal. A pesar de que los delitos contra las personas pierden un importante volumen a partir de la consideración de las lesiones leves a faltas, estas siguen situándose muy por encima del resto de delitos de violencia interpersonal.

La comparación con los delitos comprendidos en el conjunto de España en 1915 parece respaldar esta distribución de los delitos. El primer orden de los delitos es ocupado por los delitos contra la propiedad (6.592), seguidos de los delitos contra las personas (5.625). Pero si se unen las causas por honor y los delitos sexuales, como se ha mencionado, los delitos por violencia interpersonal fuerte prácticamente igualan a los robos y hurtos.

Sin embargo, en 1918 no se tiene en cuenta esta medición conjunta de los homicidios. Los robos, disparos de arma de fuego o asaltos con resultado de muerte, son desagregados de las causas de homicidio, produciéndose así el espectacular descenso en este tipo de delitos. Las relaciones que se suceden entre los distintos tipos de delitos no son exclusivamente de causalidad. Por efecto de la codificación se desagregan delitos que están estrechamente relacionados. La concordancia entre las cifras de homicidio y disparos suele ser una prueba. La relación entre el hurto y las lesiones, los dos delitos mayoritarios en todo el período también lo señalan. Hay que buscar más causas internas en la evolución de los delitos, que su simple tipificación, de lo contrario las variaciones estadísticas invalidan el análisis. Frente a

esta desagregación en el cómputo de delitos se produce un mantenimiento de la tipología de delitos señalada en la estabilidad de los promedios anuales de homicidios, disparo de arma de fuego y lesiones. La explicación a esta segunda cuestión, la del mantenimiento del tipo de delitos violentos, hay que buscarla en otro tipo de datos

D) EVOLUCIÓN DE LOS DELITOS VISTOS EN JUICIOS POR JURADO

Los Tribunales de Jurados se reunieron mayoritariamente para ver dos tipos de causas: por homicidios y por robo con fuerza en las cosas. Prácticamente pasaron desapercibidas las lesiones (en este caso se refiere a las autolesiones, o delitos como la castración), el duelo, que languidece a comienzos de siglo, la sustracción de menores o el rapto y otros delitos muy minoritarios como la detención ilegal. El hecho de que existan grandes oscilaciones entre todos ellos hay que atribuirlo a sus diferentes consideraciones como también a los distintos espacios que ocupan en el ámbito de las sanciones penales de la época. La escasa incidencia de otros actos delictivos fuera de los dos grandes grupos de homicidio y robo con fuerza, fue también una constante en la evolución de la criminalidad española, cuyo efecto más claro fue su dispersión en la medición estadística de la época.

Se reproduce una tónica general entre los delitos comprendidos en el uso de una violencia fuerte contra una o varias personas, a pesar de que sus motivaciones y circunstancias pueden ser amplísimas (del crimen pasional y los malos tratos a simples desavenencias vecinales que acaban mal) se trata generalmente de delitos contra las cosas, fundamentalmente con un móvil económico que se pretende conseguir con el empleo, en mayor o menor medida según los casos, de la violencia física. Sin embargo, muchos de ellos no pueden considerarse dentro de la tradicional visión de delitos de subsistencia, dado que emplean un uso fuerte de la violencia y se adentran en tipificaciones más propias del siglo XX que del XVIII. Entre ambos, los robos con fuerza y los homicidios, existe un amplio conjunto de delitos tipificados en el Código Penal y que por lo tanto se recogen en la medición estadística de forma desagregada, englobados dentro de los delitos contra las personas. En general, todos ellos pueden resumirse en torno al concepto de seguridad y en la protección de los derechos personales, tanto en la dimensión física como social del cuerpo: el honor.

La evolución del Derecho histórico español muestra tres formas de concebir el cuerpo y protegerlo. La primera, expuesta en *Las Partidas* y fruto del Derecho Romano clásico, consideraba inseparables lo físico y lo social, el hombre y su entorno societario, por lo que no

debía valorarse sólo el daño físico sino el desprestigio. La segunda, recogida en el *Fuero Real*, proviene de una sobrevaloración de la vertiente física del cuerpo y su trascendencia económica en el Derecho germano. Y, por último, la tendencia presente en la *Novísima Recopilación*, que mezcla ambas tendencias, combinaba la sanción legal, normalmente la pecuniaria, y tenía muy en cuenta la condición y categoría de la persona agresora y agredida (59).

Frente a ellos, mantienen una distribución más homogénea a lo largo de todo el período delitos como el infanticidio (frente al aborto, tipificado como acto delictivo pero básicamente sancionando el hecho contra la madre), la violación y los abusos deshonestos que figuran a la cabeza de los llamados delitos sexuales. Mantienen sus índices también los incendios, que hay que relacionar con causas vistas en juicio oral como los daños o los desórdenes públicos, y otros tantos delitos donde se evidencian las tensiones de las comunidades rurales, ya sea frente a alguna figura de autoridad o frente a cambios significativos que alterasen la composición de la vida local como los bandos que escondían «venganzas» a los que se refería el fiscal del Tribunal Supremo en 1888.

Para comprender su comportamiento y evolución es preciso analizar sus relaciones internas. Comenzando por los delitos que conllevan un uso de la violencia física fuerte, tales como el asesinato, el parricidio y, sobre todo, el homicidio, hay que expresar que su distribución entre finales del siglo XIX y las dos primeras décadas del siglo XX, no fue siempre tan uniforme. Si bien, su verdadero impacto no descansa tanto en un balance cuantitativo sino en la capacidad de alarma social y de movilización policial y de la administración de justicia ante la necesidad de respuesta, es de radical importancia anotar el descenso que se produjo en los mismos.

Dentro de la dinámica general de los casos vistos ante los tribunales de jurados, puede hablarse de una fuerte subida de este tipo de delitos encabezados por el homicidio a la altura de 1910, para pasar a partir de ahí a una tendencia ininterrumpida de descenso. En 1918 el número de este tipo de delitos que suelen producir la muerte de una o varias personas por el uso de algún tipo de arma o utensilio se vieron reducidos a más de la mitad respecto de los valores de 1900. De hecho, el número de parricidios llegó a descender hasta desaparecer en 1920. Los asesinatos siempre se situaron por debajo de los veinte casos anuales, mientras que la tasa de homicidios puede considerarse netamente más alta. Así, por ejemplo, en la primera década del siglo XX se producía un homicidio por cada mil habitantes en la vieja Castilla,

(59) MONTANOS FERRÍN, E., y SÁNCHEZ-ARCILLA, J., *Estudios de Historia de Derecho Criminal*, Madrid, Dykinson, 1999, pp. 226-227.

pero antes de comenzar la segunda década, ya se había reducido a la mitad el número de homicidios anuales.

La distribución por provincias de los juicios orales y ante las salas del jurado, no implica grandes oscilaciones sobre todo en este último caso, pero deben verse en relación con la dinámica de la población. Toledo y Ciudad Real, las dos provincias más pobladas con cerca de 450.000 vecinos cada una, ocupan los puestos principales en volumen de casos respectivamente. De hecho, las tasas más altas de homicidios se dieron en estas provincias con diferencias entre 1900 y 1910: Toledo con 28 y Ciudad Real con 29 homicidios por año. En relación con la media del conjunto de este tipo de delitos juzgados en las cinco provincias se situó en unos niveles similares a los de la media española, si bien en Castilla-La Mancha fue algo más baja, sobre todo a partir del descenso de 1910. En el conjunto de las Audiencias estatales, el bienio 1908-1910 puede considerarse un período negro en cuanto al repunte considerable de la tasa de criminalidad en todos los ámbitos y, notablemente, en el apartado de los delitos contra la propiedad. El crecimiento, como se ve, fue paralelo al aumento de los delitos contra las personas, para luego pasar a un descenso en picado. Una caída que, como muestran los datos, puede ocultar el desplazamiento de esta violencia fuerte hacia otros delitos no menos graves, pero tipificados como lesiones, cuyas consecuencias pueden acarrear igualmente la muerte, pero que corresponden ser vistas en juicio oral. Ese cambio, al igual que sus motivaciones profundas, no se puede medir estadísticamente, pero sí se puede intentar probar su relación directa con otras causas. En el conjunto de España es indudable que ese desplazamiento se produjo e incluso puede apreciarse cierta ralentización durante el mismo período en los robos con fuerza.

El número de homicidios de 1910 se vio reforzado con el número de robos con violencia sobre las personas que igualmente se disparan por la misma fecha. Por otro lado, en cuanto a los descensos, se repite el caso del parricidio al desaparecer el robo con homicidio. La sintonía del modelo general español con una caída finisecular arrastrada desde los índices de 1863 y un repunte en torno a la crisis de 1908, es mucho más visible en este tipo de delitos vistos por los jurados que en torno a los relativos al empleo de una violencia fuerte. Tal vez pueda deberse a la supresión en 1892 de aquellas Audiencias de lo Criminal que no estuviesen en las capitales de provincia. El impacto de estas medidas institucionales en un poblamiento tan desigual se puede apreciar en esos saltos drásticos del homicidio en sus ratios locales frente a la mayor progresividad en el descenso en el cómputo de los homicidios estatales. Es indudable que la supresión temporal de los juicios por jurados

en 1907 y después en 1920, afectaron a la medición. Sin embargo, los datos de 1910 y 1918 escapan a oscilaciones que hubieran dado valores negativos, desvirtuando toda posible medición estadística. El descenso en el volumen de delitos con un empleo fuerte y contundente de la violencia es un hecho que no descansa exclusivamente en razones cuantitativas o en la oscilación de las técnicas de medición; la relación con los delitos vistos en juicio oral, con la que se amplía el espectro de delitos a casi la totalidad de los cometidos en el ámbito de cada Audiencia Provincial, se mostrará esencial para comprender este doble proceso de descenso y desplazamiento de la violencia.

E) LA EVOLUCIÓN DE LOS DELITOS VISTOS EN LOS JUICIOS ORALES

Los juicios orales fueron claramente mayoritarios frente a los celebrados ante tribunal del jurado. Durante este período su volumen descendió con claridad en las dos primeras décadas del siglo XX, mientras que los casos vistos ante los tribunales del jurado se mantuvieron estables. Un hecho que no es de extrañar de acuerdo a la propia estructura de la Administración de Justicia que se está imponiendo desde los cambios trascendentales de comienzos de la Restauración, que sufre severas modificaciones al finalizar el período. Por tanto y, en líneas generales, puede afirmarse que la dinámica de los juicios orales dependió de los cambios del conjunto legal, si bien hay que mencionar ciertos caracteres específicos, sobre todo en relación con la evolución de los delitos vistos ante esta instancia.

En cuanto a su distribución, los delitos mayoritarios cometidos contra las cosas y las personas se tradujeron en el predominio de los hurtos y las lesiones respectivamente. Las diferencias entre los delitos vistos en juicio ante tribunal del jurado y estos, en definitiva, sus caracteres jurídico-penales, marcan el camino de las líneas fundamentales de la violencia y su evolución a través de las distintas Audiencias Criminales, más tarde Provinciales. Se trata no de delitos de faltas exclusivamente, ya que algunos pueden llegar a producir la muerte, pero sí de actos que se engloban dentro de una factura mucho más cotidiana que los delitos vistos ante jurado que se producen de una forma más excepcional. Sin embargo, en su normal distribución reside su diversidad y complejidad; a efectos de su cuantificación por títulos del Código Penal, se trata de delitos muy dispares que en torno al esquema de interpretación histórica que se viene aplicando hasta aquí, muestran las principales características de la violencia y la conflictividad social.

La mayor parte de casos vistos en juicios orales en los que tercia el uso de la violencia física estuvieron relacionados con lesiones produ-

cidas entre dos o más personas. Se trata de un delito enormemente complejo por su diversidad, implicaciones e incluso por el grado de intensidad de la violencia. De ahí que probar cómo se produjo el desplazamiento de los homicidios hacia las lesiones, no sea tarea fácil, puesto que su gravedad dependía de una sentencia en la que se tenían en cuenta múltiples factores y no de una consideración exclusiva del daño producido por el agresor al agredido. No en vano, junto con los hurtos, corresponden a los delitos mayoritarios en toda la historia del delito en la España del cambio de siglo (60).

En la evolución de los hurtos se produjo un descenso drástico, pero a pesar del mismo siguieron siendo los delitos mayoritarios en todo el período. Entrando ya en el siglo xx, el aumento de las lesiones es prácticamente proporcional a este descenso en el índice de hurtos, pero, a diferencia de los casos de otros delitos, no existió un aumento de hurtos en 1910, sino que tras esta fecha se produjo un descenso progresivo de todos los valores. La bajada drástica desde 1900 fue una constante del conjunto estatal, señalada ya desde la bajada del volumen de asuntos penales que ofrece la Administración de Justicia en sus distintas instancias.

Para medir el uso de armas de fuego y su combinación con varios delitos, se ha procedido a agrupar los títulos del Código de 1870 referente a las lesiones y a los propios disparos de arma de fuego. Los producidos dentro de este tipo de hechos avanzan durante las dos primeras décadas de comienzos de siglo y suben sobre todo en 1910, en línea con el ascenso general de la criminalidad para el período 1908 1910. En cuanto a su presencia combinada con lesiones, el descenso de las causas por disparo es netamente claro, lo que supone prácticamente una igualación del comportamiento general para España, donde la subida de delitos de 1910 aún no se ha explicado satisfactoriamente por la gran conjunción de factores que se dieron cita.

A mucha distancia de hurtos y lesiones, pero no por ello menos importante, sobre todo por sus implicaciones políticas y sociales, se situaron los casos de violencia y desorden público, tanto en su alteración como, sobre todo, en su vertiente de desafío a la fuerza pública, normalmente municipal o local, como desacato o desobediencia a la autoridad. De hecho, puede considerarse que estos últimos rompen la tónica con la evolución general. Otro de los grupos de delitos violentos más comunes que pasaban por las salas de vista oral fueron los relacionados con las amenazas y las coacciones, muchos de ellos a personas públicas detentadoras del poder local. Se trata por ello de

(60) MONTANOS FERRÍN, E., y SÁNCHEZ-ARCILLA, J., *Estudios de Historia de Derecho Criminal*, op. cit.

delitos con un alto grado de violencia simbólica en cuyas formas y rituales es posible apreciar tanto los factores culturales de continuidad como las nuevas presiones que indican las señales de cambio hacia otro tipo de protesta. Este es el caso del motín que, desgraciadamente, sigue siendo estudiado de forma autónoma de la estructura judicial y de los conflictos jurisdiccionales que a menudo plantea, al entrar determinados casos de alteración grave del orden público bajo jurisdicción militar. De forma análoga tampoco se tiene en cuenta la simultaneidad de delitos como los daños o los incendios, a los que se aludía al comienzo, que suelen ir dirigidos contra intereses particulares, fundamentalmente tierras, fincas o molinos, en la larga resolución del conflicto por la privatización de los bienes comunales.

Pero no toda la conflictividad de las sociedades agrarias poseía un trasfondo implicado en la cuestión social con formas de protesta tan clara. Esta es una de las principales herencias del esquema marxista que sitúa los conflictos por la tierra en la antesala de la lucha de clases (61). Los conflictos por las lindes, por el usufructo de las tierras, por el impago o por el incumplimiento de los acuerdos sobre ganado, zonas de paso, etc., fueron mucho más frecuentes. No pocos de ellos llevaron a disputas y a enemistades familiares que se resolvían con estallidos de violencia, individual o colectiva, sin más acción programática que la resolución inmediata de un agravio. Su persistencia en las zonas de economía agraria tradicional predominante fue indiscutible, como señala el hecho de que los hurtos domésticos, de notable raíz urbana, se disparasen en el conjunto nacional por efecto de las grandes ciudades, mientras en sus zonas limítrofes se mantuvieron estacionarios y muy bajos.

F) ¿DECLIVE O MANTENIMIENTO DE LA VIOLENCIA?

De los datos anteriores se pueden extraer algunas conclusiones: más de la mitad de los causas por delitos vistas durante las dos primeras décadas del siglo XX en el territorio de las antiguas Audiencias Provinciales, están relacionados con el uso intensivo de la violencia

(61) GONZÁLEZ DE MOLINA, M., CRUZ ARTACHO, S., y COBO ROMERO, F., «Privatización del monte y protesta campesina en Andalucía Oriental (1836 -1920)», *Agricultura y Sociedad*, núm. 65, 1992, pp. 253-302; DE LA TORRE, J., y LANA BERA-SAIN, J. M., «El asalto a los bienes comunales. Cambio económico y conflictos sociales en Navarra, 1808-1936», *Historia Social*, núm. 37, 2000, pp. 75-95. ORTEGA SANTOS, A., «La tragedia de los cerramientos. Desarticulación de la comunalidad en la provincia de Granada, Valencia», *Biblioteca Historia Social*, 2002, pp. 247-311; SABIO ALCUTÉN, A., «Imágenes del monte público, patriotismo forestal español y resistencias campesinas, 1855-1930», *Ayer*, núm. 46, 2002, pp. 123-153.

física. Sin embargo, no todos ellos poseen el mismo significado ni esconden tras el uso de la violencia las mismas motivaciones. La profundización del proceso de codificación y, sobre todo, el desarrollo de las reformas administrativas y judiciales, primero con la Ley de Ordenación del Poder Judicial, en 1870, y la posterior Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 con sus sucesivas reformas, señalan las líneas maestras de los grandes cambios en los usos de la Justicia.

Los juicios orales y con jurado se manifiestan esenciales para esclarecer el sentido del declive de la violencia en las medias nacionales y su mantenimiento a escala local. A pesar de todo, esta radiografía sobre el delito no debe concluir con una imagen excesivamente anclada en la continuidad de las motivaciones, las expresiones y las circunstancias de los delitos cometidos a lo largo de este medio siglo. Los únicos delitos que en realidad subieron durante este período fueron las coacciones y las estafas, que pueden considerarse propios de un cambio dentro de la dinámica anterior de desplazamientos de las figuras delictivas. Frente a ellos subieron también los daños, vistos en juicio oral. En una época fundamental para la fijación en la estructura delegada de la Administración de Justicia, estos acontecimientos junto a otros que a menudo no se consideran delito, arrojan mucha información acerca de la mentalidad popular hacia los poderes públicos. En determinadas circunstancias son casi los únicos elementos disconformes con la versión oficial de los acontecimientos más críticos de finales del siglo XIX y comienzos del XX, pero no puede atribuirse a ellos un significado claro hacia las nuevas formas de protesta organizada, sin conocer sus características más de cerca.

Tampoco las representaciones gráficas de los distintos tipos de delitos señalan que los factores de interrelación de los mismos obedecen exclusivamente a relaciones causales. La necesidad de introducir cada vez más variables cualitativas se hace presente muy pronto. El predominio de las lesiones en el mundo rural y la violencia vecinal presenta dos aspectos interesantes para su caracterización; por un lado, el predominio de una violencia entre iguales, de la riña tumultuosa a la falta, por otro, una gran diversidad y complejidad en función de la gravedad de las lesiones, la intencionalidad, la identificación y el propio contexto. Quimeras, peleas, riñas entre campesinos, faltas y agresiones entre vecinos, peleas en tabernas..., todos ellos suelen mezclarse con las injurias, las calumnias, los agravios sexuales, las vejaciones y todo lo relacionado con la honra y el honor. Hay, por tanto, una doble dimensión que atraviesa tanto el mundo doméstico como el público, pero que sólo conocemos cuando se denuncia, actúan las autoridades locales o se produce una muerte violenta.

La reducción del volumen de delitos y su redistribución interna están señalando el cambio en las formas y expresiones de la violencia. El duelo, que prácticamente desaparece a medida que entramos en el siglo xx, sacaba a la luz el restablecimiento del honor a través de una práctica violenta, pero su práctica se va diluyendo en el progresivo aumento de las lesiones. Hay muchos ejemplos donde coinciden distintos soportes, la calle y la fiesta fundamentalmente, de manifestaciones reivindicativas, pero el punto que más puede reconocerse en las lesiones ha sido el práctico, es decir, la solución directa a un desequilibrio entendido por una de las partes como ofensa.

Sin embargo, esto no quiere decir que detrás de la violencia física no existan problemas sociales. El pauperismo, la movilidad demográfica, la falta de educación, y las grandes desigualdades están detrás de la violencia. Es toda una cultura de la violencia la que se aprecia en las relaciones sociales, y no sólo una respuesta concreta a una cuestión social. La polarización política del período reconduce de forma partidista un concepto de justicia, de moral si se quiere, en la acción colectiva moderna, pero esto no significa que sus expresiones nazcan por generación espontánea.

Tras las distintas apreciaciones metodológicas, demográficas e institucionales (la supresión de los jurados a mediados del período y la dispersión de las Audiencias) señaladas al principio, puede afirmarse que efectivamente, los datos de las distintas instancias judiciales reproducen una dinámica de descenso generalizado de los delitos. Pero aunque comparten los rasgos fundamentales de este proceso de desaceleración de la violencia fuerte generalizado en toda Europa Occidental, la redistribución de los delitos en el ámbito español señala la existencia de un camino propio, inmerso en un contexto social determinado y en una aculturación jurídica marcada por la débil presencia del Estado, la lenta codificación y, en última instancia, la continuidad de las formas de poder en el mundo local.

Todo ello explica el enorme peso de las cuestiones relacionadas con el honor. A pesar de que el honor posea una enorme trascendencia en la configuración de los rasgos en la mayoría de las capas sociales de la Restauración, aún son pocos los estudios históricos dedicados al fenómeno en España. La historia de la familia y la antropología, en cambio, sí han dedicado espacio al análisis de los usos de la violencia en la constitución tradicional de las culturas orales. Un rasgo que cada vez parece más determinante para explicar el alto índice de violencia durante el siglo xix en determinadas zonas de Europa. Desde la lógica del «impulso irrefrenable» se entiende gran parte de la violencia doméstica, la que

tiene lugar en el seno de la familia y el vecindario, como prolongación de las relaciones de poder dentro del hogar nuclear (62).

Gran parte de la violencia rural está trabada en la concepción de un honor basado en las características de la fuerza y la masculinidad que confieren el prestigio en las comunidades rurales desde el Antiguo Régimen. La agresión al nombre, a la posición o a la familia es una cuestión de honor que exige ser reparada mediante una solución física inmediata y directa. Del estudio de los casos judiciales por delitos violentos entre 1875 y 1923, puede desprenderse que para mantener el honor en la sociedad de la Restauración había que ser capaz de responder a la más ligera provocación o vengar la más ligera ofensa. Parecen repetirse las pautas de un modelo estudiado en el comportamiento de la violencia de regiones del sur de Francia o Italia, donde se ha sugerido que los individuos debían de ofrecer de vez en cuando una muestra de agresividad hacia el mundo exterior (63).

La defensa del honor, el orgullo y hasta las bravuconadas eran expresiones de poder, de enaltecimiento de las costumbres tradicionales y de la normalidad social. Sólo así es posible entender la frecuencia con la que se producen casos de venganza, *vendetta* o ajuste de cuentas, en nombre del honor. En estos casos se muestra el poder del hombre, de su apellido ante la comunidad, pero también es un acto que indica la restitución de la normalidad, ya que, como se expresa en otros tantos procedimientos codificados, la sangre llama a la sangre. Las peleas entre dos o más personas, incluso los tumultos y barullos multitudinarios, pueden ser escenario para la demostración de la valentía. Su mayor frecuencia en el tiempo de ocio es otra de las constantes en las sociedades rurales. Pero también puede presentarse en el trabajo y sin mediar preparación alguna, en el caso de la violencia uno contra uno. Sin embargo, la defensa del honor no es condición necesaria para promover una demostración de fuerza. En ocasiones, ligeras diferencias de opinión sobre este o aquel tema, terminan comprometiendo la dignidad de los protagonistas. Esto explica que los problemas más comunes,

(62) EVANS-PRITCHARD, E., *Ensayos de antropología social*, Madrid, siglo XXI, 2006. PITT RIVERS, J. A., *Antropología del honor o política de los sexos: ensayos de antropología mediterránea*, Barcelona, Crítica, 1979; ÍDEM, *The people of the Sierra*, London, Longman, 1954. LE GOFF, J., y SCHMITT, C. (eds.), *Le charivari*, Paris, PUF, 1981. THOMPSON, E. P., *Costumbres en común*, Barcelona, Crítica, 1993. BALLARÍN, P., y MARTÍNEZ, C. (eds.), *Del patio a la plaza. Las mujeres en las sociedades mediterráneas*, Granada, Universidad de Granada, 1999. SHUBERT, A., *A social history of Modern Spain*, London, Abacus, 1993.

(63) CLAVERIE, E., y LAMAISON, P., *L'impossible mariage. Violence et parenté en Gévaudan, XVII-XIX siècles*, Paris, PUF, 1982.

como competir por la misma novia, rivalidades amorosas o conflictos vecinales, fundamentalmente en torno a la tierra, terminasen convertidos en cuestiones personales, en cuestiones de honor. El hecho de que la violencia física estuviera considerada como el legítimo método para resarcir el honor perdido explica la frecuencia con la que se producen los actos de venganza en la sociedad rural.

A comienzos del siglo xx, la cuestión social sigue siendo abordada por un Estado sin recursos bajo un sistema político que se negaba sistemáticamente a integrar a amplias capas sociales y a todo un espectro ideológico distinto. Mientras, el aumento de la pobreza hizo saltar los resortes de la beneficencia liberal y todos los de la caridad eclesiástica, y el delito dio buena fe de ello. Tradicionalmente se ha interpretado que esta situación desembocó directamente en un aumento de los delitos contra la propiedad y en el crecimiento de los delitos de desorden público, lo que a su vez generó en el aumento del control estatal en su versión represiva de monopolio de la fuerza (64).

Sin embargo, esta apreciación debe matizarse en algunos aspectos. Por ejemplo, no hay que olvidar la importancia de la percepción de la criminalidad y del desorden y su utilización en un contexto determinado de la discusión política. Casos como la aprobación de la Ley de Jurisdicciones en 1906, que reducía la jurisdicción ordinaria en beneficio de la militar, o la discusión sobre la reforma penal y penitenciaria, indican que hay que introducir matices en la visión general de la defensa de la propiedad como único factor determinante de la legislación penal. Mientras siga intacta una visión total y estructurada de lo social, lo cultural y lo económico, con magnitudes que pretenden engrandecer más que los delitos su represión, se trasladarán las causas de los delitos a las consecuencias, obviando otros puntos en la problemática que esconde la criminalidad. Los esfuerzos por desenmascarar los pasos del orden disciplinario no tienen por qué desprestigiar los indicios que expresan reiteradamente que la configuración e interpretación del delito varía en función de su tipo, gravedad, e instancia a la que corresponde decidir sobre la pena. A pesar de las particularidades sobre la implantación del Estado moderno en distintas latitudes, la violencia en las sociedades contemporáneas tiene características similares, aun dentro de procesos muy diversos, como la industrialización, la urbanización y la educación, como se ha intentado poner de manifiesto. No conviene, por último, olvidar que el estudio de la

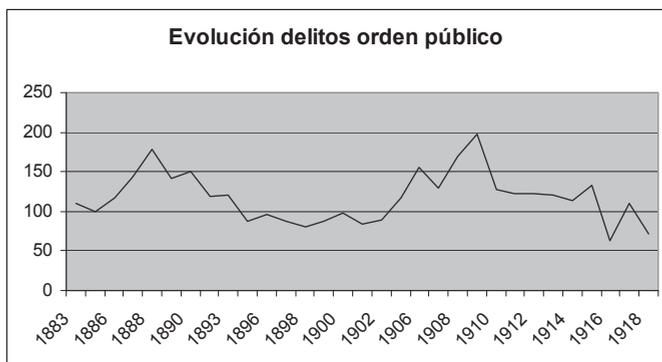
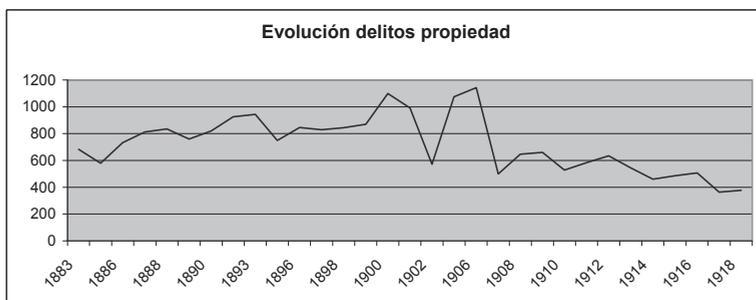
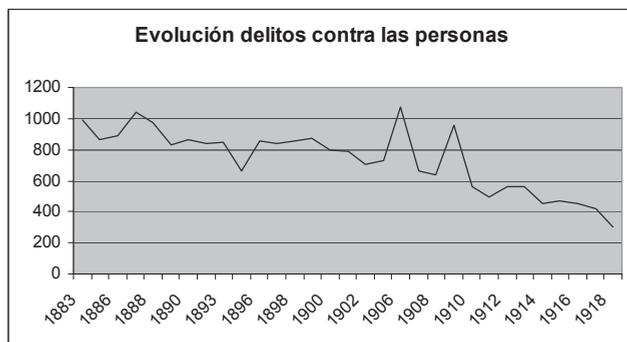
(64) TRINIDAD FERNÁNDEZ, P., *La defensa de la sociedad: cárcel y delincuencia en España (siglos XVIII-XX)*, Madrid, Alianza, 1991. SERNA ALONSO, J., *Presos y pobres en la España del siglo XIX. La determinación de la pobreza*. Barcelona, PPU, 1988. BERGALLI, R., y MARI, E., *Historia ideológica del control social (España-Argentina, siglos XIX-XX)*. Barcelona, PPU, 1999.

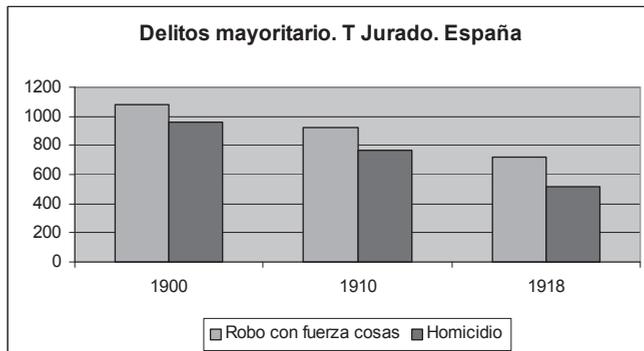
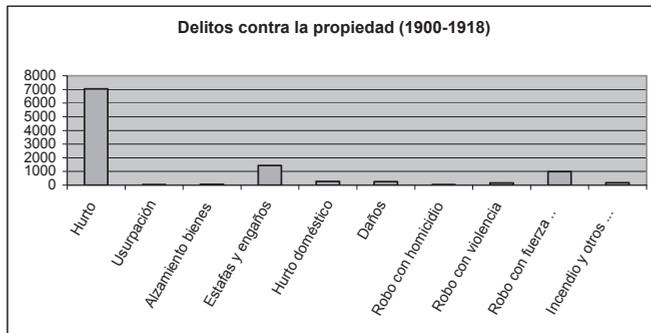
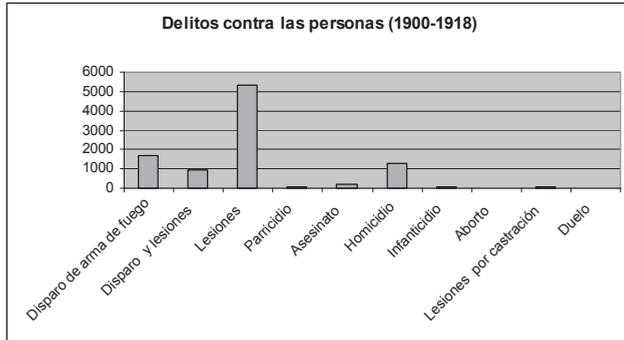
violencia criminal señala el predominio de la dimensión rural sobre los contextos urbanos en la estructura social, urbana y productiva de la España de la época. Trasladada geográfica y culturalmente a otras zonas, el peso de las dinámicas urbanas se aplica a la definición de todo acto rural como tradicional, obviando su posición y arraigo en un medio mayoritario. El problema principal de este modelo es trasladarlo a lugares donde ni el Estado ni la cultura urbana logran instalarse con facilidad.

ANEXO
Representaciones gráficas

Delitos contra las personas. Audiencias Provinciales. 1907			
Albacete	8	Logroño	20
Alicante	24	Lugo	21
Almería	35	Madrid	104
Ávila	13	Málaga	22
Badajoz	28	Murcia	26
Barcelona	33	Orense	12
Bilbao	28	Oviedo	28
Burgos	34	Palencia	9
Ciudad Real	18	Palma	12
Cáceres	19	Pamplona	23
Cádiz	19	Pontevedra	13
Castellón	16	Salamanca	16
Córdoba	22	San Sebastián	3
Coruña	24	Segovia	7
Cuenca	22	Sevilla	23
Gerona	10	Soria	7
Granada	21	Tarragona	18
Guadalajara	46	Teruel	25
Huelva	37	Toledo	20
Huesca	47	Valencia	54
Jaén	49	Valladolid	13
Las Palmas	14	Vitoria	30
León	20	Zamora	13
Lérida	10	Zaragoza	47

FUENTE: *Estadística de la Administración de Justicia en lo Criminal en la Península e Islas adyacentes (1883-1918)*. Elaboración propia.





Sobre el bien o bienes jurídicos protegidos en los denominados delitos contra la Administración pública

ANDRÉS DELGADO GIL

Profesor doctor de Derecho Penal. Univ. Católica de Ávila

SUMARIO: I. La rúbrica del Título XIX: «Delitos contra la Administración pública». 1. La búsqueda del criterio de agrupación en la rúbrica del Título VII, Libro II, CP anterior. 2. Planteamientos doctrinales y toma de postura respecto a la interpretación de la rúbrica del Título XIX CP 1995. A) La justificación del contenido actual del Título XIX a partir de una rúbrica revisada. B) La reforma del contenido del Título XIX a través de uno más amplio, cuya rúbrica sea capaz de abarcar todos los comportamientos contra las actividades públicas.–II. El contenido actual del Título XIX y el bien jurídico protegido. 1. De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos. 2. Del abandono de destino y de la omisión del deber de perseguir delitos. 3. De la desobediencia y denegación de auxilio. 4. De la infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos. 5. Del cohecho. 6. Del tráfico de influencias. 7. De la malversación. 8. De los fraudes y exacciones ilegales. 9. De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función. 10. De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales.–III. Determinación del objeto de protección genérico en el Título XIX, Libro II CP.–IV. Conclusiones.–V. Bibliografía.

I. LA RÚBRICA DEL TÍTULO XIX: «DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA»

1. **La búsqueda del criterio de agrupación en la rúbrica del Título VII, Libro II, CP anterior**

La función principal que están llamadas a cumplir las rúbricas de los títulos y capítulos del CP es la de determinar, o servir para ello, el

bien jurídico protegido con la incriminación de los comportamientos que allí se prevén (1).

Con esta perspectiva, a partir de la interpretación de la rúbrica del Título XIX, Libro II, CP («Delitos contra la Administración pública») trataré de establecer en lo que sigue si su dicción permite averiguar qué es lo protegido penalmente en el conjunto de delitos ubicados en él, entre los que se encuentra el grupo más reducido de conductas delictivas que ulteriormente estudiaré con más detalle.

A este efecto tomaré como punto de arranque la consideración de la rúbrica del Título VII, Libro II CP anterior, cuyo tener literal era: «De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos», precedente inmediato de la actual del Título XIX. Pretendo extraer de su análisis ciertas conclusiones que, según entiendo, servirán para interpretar posteriormente la rúbrica del Título XIX, Libro II, CP. No me extenderé, sin embargo, en este análisis habida cuenta los numerosos trabajos doctrinales que se han dedicado a su interpretación, normalmente como medio de interpretación sistemática de alguno o algunos de los delitos contenido en uno u otro de los capítulos de ese título (2).

Ya he apuntado que la función principal de las rúbricas de títulos y capítulos es la de determinar, o servir para ello, el bien jurídico protegido o, al menos, el criterio de agrupación observado por la ley. Con esta premisa, era opinión mayoritaria la imposibilidad de encontrar en la rúbrica del Título VII, Libro II, CP anterior un bien jurídico aglutinador de todas las incriminaciones allí situadas. Por esta razón, aunque también por otras, la doctrina se pronunciaba a favor del cambio de titulación.

Así, solía mantenerse que la rúbrica parecía responder a una agrupación que atendiera a la cualidad del sujeto activo, esto es, el funcionario público («Delitos de los funcionarios públicos...»), en lugar de seguir el criterio habitual del bien jurídico protegido (3). Otras críticas

(1) Vid. OCTAVIO DE TOLEDO, *La Ley*, 1996-5, 1514, a lo que añade: «en el peor de los casos, las rúbricas de títulos y capítulos deben servir bien para expresar el criterio de agrupación observado por la ley, que a veces se identificará con el llamado «bien jurídico de la categoría» o bien jurídico genérico del conjunto de las incriminaciones situadas en el título o capítulo correspondiente, o bien, si quiera, para describir sucintamente la caracterización común de las conductas incluidas en ellos».

(2) Vid. OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación*, 135 a 150.

(3) Así, CASABÓ, «Introducción», 190 ss.; QUINTANO, *Compendio*, 161; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Manual*, 148; MARTÍN CANIVELL, «Prevaricación», 1697; decía, finalmente, MIR, S., «Nombramientos ilegales», 309, que la rúbrica del actual Título XIX CP rompe «con una tradición que utilizaba una rúbrica que, apartándose de lo usual en el CP, no aludía al bien atacado por los delitos correspondientes, sino a

tradicionales (aunque sólo sea por su habitualidad) se centraban en la existencia de delitos que, ubicados fuera de este título, eran cometidos también por funcionarios públicos, lo cual significaba un quebranto en la intención de la rúbrica (4); en parecido sentido, que dentro del Título VII había delitos que no eran cometidos por funcionarios públicos como rezaba la rúbrica, sino por particulares (5).

Estas críticas llevaron (6), como he apuntado, a que la doctrina mayoritaria abogara por el cambio en la rúbrica. Las posiciones doctrinales citadas fueron tenidas en cuenta, al menos en cuanto al cambio en la rúbrica se refiere, por el legislador de 1995; la rúbrica del Título dejará de ser «De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos» para convertirse en «Delitos contra la Administración pública» (7).

Sin embargo, esta doctrina mayoritaria fue refutada por algunos autores (8), que vieron en la rúbrica del Título la posibilidad de extraer conclusiones acerca de la existencia de un bien jurídico común a los delitos allí ubicados, en el sentido de bien jurídico de la categoría o criterio de agrupación coherente (9).

los sujetos activos de los mismos: «De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos». Tal proceder entrañaba dos inconvenientes. El primero, obviamente, que no se orientaba al intérprete en la determinación del bien jurídico-penal que ha de servirle de guía. El segundo, que desconocía el hecho de que fuera del Título había no pocos delitos cuyo sujeto activo también había de ser un funcionario público (así los delitos contenidos en la Sec. 2.^a del Capítulo II, Título II, Libro II, titulada «De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes»).

(4) Vid. QUINTANO, *Compendio*, 161. Por su parte, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Manual*, 147, señalaba que la rúbrica «De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes» (Capítulo II, Título II, Libro II) pone de manifiesto que el criterio aglutinador en función del sujeto activo no es absoluto y, por ello, al menos a primera vista, pierde fuerza o sentido la sistemática del Código».

(5) Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Manual*, 148; GARCÍA ARÁN, *Prevaricación judicial*, 24.

(6) Una breve crítica doctrinal a la rúbrica del Título VII CP anterior puede verse en GONZÁLEZ CUSSAC, *Prevaricación de funcionario*, 16 ss.

(7) Adelanto que, en mi opinión, el cambio en la rúbrica no ha supuesto una mejora sino, acaso, al revés. No obstante, creo que el legislador de 1995 tuvo una excelente oportunidad para adecuar el contenido del Título con su rúbrica, dando de esta forma cobertura a las opiniones doctrinales que he expuesto de forma escueta. Esta posibilidad no ha sido aprovechada según veremos a continuación.

(8) A partir del trabajo de OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación*, otros autores asumieron, al menos en parte, sus conclusiones acerca del objeto de protección.

(9) Decía OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación*, 136 y 137, que las conclusiones mayoritarias conformadas a partir de una interpretación exclusivamente gramatical de la rúbrica del Título VII «son claramente insatisfactorias, por cuanto

La idea consistía en integrar en la rúbrica el concepto de «funcionario público» proporcionado por el artículo 119 CP anterior. De esta forma, la rúbrica señalaría los delitos de quienes por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participen del ejercicio de funciones públicas... cuando ejerzan esas funciones (10).

Por tanto, y en conclusión, lo protegido en el Título VII eran las funciones públicas (11). No obstante, se aclaraba que tales funciones no habían de identificarse tan solo con las administrativas, sino también con las desempeñadas en el ámbito ejecutivo, judicial y parlamentario. Pero además, y al mismo tiempo, que este concepto de «funciones públicas» había de interpretarse desde el punto de vista constitucional, imposibilitando, por tanto, un concepto omnicomprendensivo de Administración Pública, que en poco podía casar con la teoría de la división de poderes (12).

En definitiva, si bien la argumentación precedente encontraba finalmente en las funciones públicas un bien jurídico de la categoría, parecía necesario un cambio en la rúbrica del Título VII CP anterior con el fin de hallar este mismo objeto de tutela de manera más sencilla y clara. De otra parte, la idea de localizar en las funciones públicas el bien genéricamente protegido sirve para ofrecer una interpretación a

cierran todo camino de construcción coherente con la materia contenida en el Título VII». En sentido contrario, puede verse, por todos, MIR, S., «Negociaciones prohibidas», 203, cuando señala que «contra lo que suele suceder en el Libro II del Código penal, la rúbrica del título (se refiere al Título VII; «De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos») en que se contiene el delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios no ofrece ninguna indicación que pueda auxiliar en la búsqueda del bien jurídico objeto de ataque en dicho delito». No obstante, entiendo el autor que, del análisis de todos los delitos se pone de manifiesto que en ellos se lesiona alguno de los dos bienes jurídicos siguientes: la pureza de la Administración [...] o el correcto funcionamiento interno de la Administración». El mismo razonamiento lo realiza este último autor en MIR, S., *NEJ*, 345.

(10) *Vid.* OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación*, 136 a 143.

(11) Matizaba OCTAVIO DE TOLEDO, *La Ley*, 1996-5, 1516, diciendo que «la apelación a las «funciones públicas», efectivamente, puede considerarse la ratio de este conjunto de incriminaciones o, a lo más, el «bien jurídico de la categoría». [...] Por ello, aunque sirve para generar la agrupación y para determinar las coordenadas en que ha de desenvolverse la averiguación del bien jurídico protegido por cada subgrupo de incriminaciones o por cada una de éstas, no se identifica con él, aunque lo abarca».

(12) *Vid.* OCTAVIO DE TOLEDO, *La Ley*, 1996-5, 1516. Por otro lado, esta mínima explicación que ahora incluyo está largamente fundamentada en OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación*, 136 a 143. De cualquier forma, concluye el propio autor reconociendo la oscuridad de la rúbrica, achacada a una formulación más vulgar que técnica, que ha ido perdiendo la claridad que tuvo en el momento de su aparición en el CP 1822 debido a las numerosas reformas legislativas posteriores.

la (a mi juicio fallida) rúbrica del Título XIX del Código actual, además de para proponer una nueva titulación.

2. Planteamientos doctrinales y toma de postura respecto a la interpretación de la rúbrica del Título XIX CP 1995

Gran parte de la doctrina ha aplaudido no sólo el hecho de que el legislador variase la rúbrica, sino también el resultado concreto (13). Como he indicado, las críticas vertidas acerca de la rúbrica del CP anterior llevaron al legislador a tomar la decisión, rompiendo con la tradición (14), de modificarla, siendo en el Código actual «Delitos contra la Administración pública» (15).

La nueva rúbrica, se dice, atiende al bien jurídico protegido a través de la preposición «contra» (Delitos contra... la Administración pública) (16). Esta nueva titulación refleja el deseo por indicar en los

(13) Así, por todos, MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, 1559, quienes señalan que «el cambio en la rúbrica operado en este Título, así como su diversa sistemática y contenido, permiten abordar su análisis desde una nueva perspectiva. Este cambio de rumbo responde a la necesidad de adecuar la tutela penal de la Administración pública a parámetros constitucionales»

(14) La rúbrica de este Título (con su numeración correspondiente) no ha variado excesivamente desde la primera codificación penal. Así, en el CP 1822, el Título VI se titulaba «De los delitos y culpas de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos». La rúbrica del Título VIII (para los Códigos de 1848 y 1850) así como del Título VII (en el caso del CP 1870), rezaba «De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos». A partir del CP 1928 dejó de utilizarse en la rúbrica del Título el término «empleado», sustituyéndose por el de «funcionario público»; de esta forma, los títs. V, VIII y VII (Códigos de 1928, 1932 y 1944, respectivamente) se referían a «Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos», si bien el primero de ellos, el de 1928, terminaba con la coletilla «y otros análogos». Puede verse una amplia explicación sobre esta cuestión en VÁZQUEZ-PORTOMEÑE, *Los delitos contra la Administración Pública*, 87 ss. En páginas precedentes (79 a 86) recoge el origen histórico del sistema de responsabilidad penal de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos previo a la primera codificación penal.

(15) En el Título XIX del CP 1995 se incluyen nueve capítulos. Estos capítulos se ocupan de la prevaricación y otros comportamientos injustos (arts. 404 a 406), del abandono de destino y de la omisión del deber de perseguir delitos (arts. 407 a 409), de la desobediencia y denegación de auxilio (arts. 410 a 412), de la infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos (arts. 413 a 418), del cohecho (arts. 419 a 427), del tráfico de influencias (arts. 428 a 431), de la malversación (arts. 432 a 435), de los fraudes y exacciones ilegales (arts. 436 a 438) y, por último, de las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios y de los abusos en el ejercicio de su función (arts. 439 a 445).

(16) Así, PORTERO, «prevaricación de funcionario», 1412; también ROLDÁN BARBERO, «infidelidad», 1413, quien señala que «Sobre la oportunidad de la nueva

propios rótulos el objeto de protección; pero veremos ahora que en este caso la nueva rúbrica no permite extraerlo si queremos atender al Texto Constitucional de 1978 y a las normas posteriores acordes con él (17).

Dos son las razones fundamentales por las que la nueva rúbrica no permite reconocer el bien jurídico del grupo de delitos allí reflejados, que pretende localizarse en la «Administración pública» (18).

De una parte, existen delitos que no sólo atentan contra la actividad administrativa, sino que lo hacen también contra otro tipo de actividades (así la judicial o la parlamentaria). De esta forma, sin ser ahora exhaustivo (19), los delitos ubicados en el capítulo objeto de este trabajo y cuyo epígrafe es «De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función» pueden cometerse no sólo por funcionarios administrativos, sino también por quienes desempeñan actividades judiciales o parla-

terminología del citado título [se refiere el autor al Título XIX] [...] con acierto, se ha armonizado bajo el criterio del bien jurídico la regulación de estos delitos, superándose la antigua concepción, que los aunaba en torno al sujeto activo».

(17) El artículo 1.1 CE. señala que «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho [...]». A partir de esta caracterización del Estado pueden extraerse algunas conclusiones referidas a los límites al ejercicio del *ius puniendi* del mismo. En cuanto al concepto de bien jurídico protegido, distingue OCTAVIO DE TOLEDO, «Función», 7, entre una función política (que se desarrolla en el momento legislativo) y otra dogmática (que se desarrolla en el momento judicial de interpretación y aplicación de la ley). En la primera de las funciones, dice el autor, (pg. 8) que «se trata no ya de descubrir qué interés ampara al Estado con las normas que dicta –eso también–, sino de obligar al Estado a proteger ciertos intereses mediante esas normas y de impedir que tutele determinados otros intereses». El Estado social y democrático de Derecho que propugna la CE. no permite tutelar a la Administración pública como tal; se trataría de un «retroceso» (pg. 12). De este Estado se exige que esté al servicio de los ciudadanos; el objeto de protección no puede ser, por tanto, el propio Estado –ni los organismos que han de cumplir con la función administrativa, sino la actividad misma. Sería necesaria una interpretación de la rúbrica del Título XIX en este último sentido para adecuarla al precepto constitucional (pero, aun así, su contenido no se ajustaría con el que pretende proteger la rúbrica).

(18) Dice OCTAVIO DE TOLEDO, *La Ley*, 1996-5, 1517, que, «debe concluirse, como mal menor, que la rúbrica del Título XIX es totalmente inexpressiva del bien jurídico. Pues lo que expresa, tanto en sí cuanto, sobre todo, en conexión con su contenido, es contrario a la Constitución».

(19) Esta opinión la sustenta OCTAVIO DE TOLEDO, *La Ley*, 1996-5, 1517. Realiza el autor un recorrido por los numerosos delitos del Título que pueden cometerse por jueces u otro personal judicial para acabar señalando que «una conclusión distinta a la apuntada llevaría al absurdo de tener que declarar impunes las conductas a que se refiere todo ese conjunto de ilícitos, cuando quien las ejecutara fuera, por ejemplo, un juez o un magistrado o quienes, de una u otra manera, se relacionan o intervienen en las actividades judiciales desempeñadas por ellos».

mentarias. Por tanto, no sólo se ataca a la actividad administrativa como parece desprenderse de la rúbrica (20).

En segundo lugar, el término «Administración pública» parece indicar que lo protegido es precisamente el organismo (o conjunto de organismos) que tiene la función de administrar, cuando lo que debería protegerse, de acuerdo con las normas constitucionales, es la función misma (21). De cualquier forma, aun entendiendo que el legislador quiso referirse a la «administración pública» en esta segunda acepción (única acorde con la CE (22)), se demuestra que en el Título no sólo se castigan atentados contra la actividad administrativa (23).

Estas críticas doctrinales no permiten observar a la «Administración pública» como bien jurídico. Se hace necesaria, por tanto, una revisión de la rúbrica capaz de aglutinar en ella al grupo de delitos a los que encabeza.

Parto para ello de lo siguiente: una cosa es el intento de justificación del contenido actual del Título XIX (una vez demostrada la ineficacia de la rúbrica vigente), proponiendo para ello otra titulación adecuada ahora para ese contenido, y otra, una visión más amplia, que

(20) No se pronuncia, en esta ocasión, de forma exhaustiva OCTAVIO DE TOLEDO, «tráfico de influencias», 1514, acerca de la rúbrica del Título XIX CP 1995 (aunque deja constancia de su opinión al indicar que los delitos de tráfico de influencias están «situados entre los (mal) llamados «Delitos contra la Administración pública»). Sin embargo, se refiere al «correcto desenvolvimiento de las funciones públicas» como genérico ámbito de protección de estas actuaciones; y que estas funciones públicas abarcan los ámbitos administrativo, judicial y parlamentario (si bien en este artículo el autor no realiza un estudio pormenorizado del delito de tráfico de influencias en sede parlamentaria). Por tanto, aunque de forma expresa no se mencionen ahora los problemas ocasionados con la rúbrica del Título, sigue construyendo el autor sus argumentaciones a partir de la crítica, que él mismo ha formulado, relativa al error en que ha incurrido el legislador de 1995 al cambiar la rúbrica del Título.

(21) En este sentido, dice JUANES, «funcionarios», 1590, que «Coincide la Doctrina al afirmar que la nueva rúbrica del Título XIX, mejora la del texto precedente, pero aún quedan diversas incógnitas, la fundamental es la del bien jurídico protegido [...] Pues bien, el Código Penal en el título examinado protege a los ciudadanos de tales conductas (se refiere el autor a las conductas de prevaricación, malversación, cohecho, etc.) de donde se desprende, a modo de conclusión final, que el bien jurídico protegido es el recto funcionamiento de la Administración, y no la Administración en sí misma». No obstante, aunque estoy de acuerdo con la conclusión, esto es, que lo protegido no puede ser la «Administración» en sí misma, no creo que la nueva rúbrica mejore la anterior.

(22) Dice GONZÁLEZ CUSSAC, «nueva regulación», 14, que «la reforma de 1995 configura la responsabilidad penal de los funcionarios públicos de un modo completamente distinto, en consonancia con la posición que ostentan en un Estado de Derecho».

(23) Esta tesis es la mantenida por OCTAVIO DE TOLEDO, *La Ley*, 1996-5, 1517, y en, del mismo autor, negocios 866 y 867.

implicaría una reforma de este contenido, estableciendo también para ello una nueva rúbrica. En definitiva, se puede tratar de justificar el contenido actual del Título modificando para ello únicamente su rúbrica o, de otra parte, podría modificarse el contenido del Título (proyecto mucho más ambicioso), lo cual implicaría también una reforma de su rúbrica.

A) LA JUSTIFICACIÓN DEL CONTENIDO ACTUAL DEL TÍTULO XIX A PARTIR DE UNA RÚBRICA REVISADA

El intento de justificación a través de un epígrafe distinto de todo el contenido del actual Título XIX es, ciertamente, complicado; y ello, fundamentalmente, por la existencia de delitos que pueden cometerse no sólo por funcionarios administrativos, sino, también, por miembros de la actividad judicial o parlamentaria (24).

Ante estas consideraciones, sería necesaria una rúbrica que pudiera alcanzar, visto lo anterior, la posibilidad de que no fuera un funcionario administrativo sino un miembro de la actividad judicial o incluso legislativa quien cometiese el delito. Estas cuestiones se verían satisfechas en una rúbrica que se refiriese a los delitos contra las actividades públicas en general.

Esta rúbrica presentaría una triple virtud: por una lado, estaría refiriéndose directamente al bien jurídico protegido a través de la fórmula utilizada tradicionalmente para ello (Delitos contra...). Por otro lado, el objeto de protección dejaría de ser la «Administración pública» y pasarían a ser las actividades públicas, comprensivas, sin mayor esfuerzo interpretativo, de las actividades ejecutivas, judiciales y parlamentarias. Pero, además, al añadir que se trata de las actividades públicas *en general*, advertiría sobre la posible presencia, en otros títulos, de diferentes delitos que podrían afectar también a algún aspecto de estas actividades.

Una de las críticas que podría formularse en este punto sería la inexistencia de motivos para recoger en un Título determinados delitos que afectarían a la actividad judicial, administrativa o parlamentaria cuando en el Título siguiente, por ejemplo, se pretende proteger únicamente la actividad judicial. Esta crítica hace preferible esa otra visión más amplia que implicaría una reforma del contenido del Título XIX y no sólo de su rúbrica.

(24) Así, la propuesta, nombramiento o toma de posesión ilegales, el abandono de destino y la omisión del deber de perseguir delitos, la infidelidad en la custodia de documentos o la violación de secretos, etc. Por supuesto también, como ya he indicado, las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios.

B) LA REFORMA DEL CONTENIDO DEL TÍTULO XIX A TRAVÉS DE UNO MÁS AMPLIO, CUYA RÚBRICA SEA CAPAZ DE ABARCAR TODOS LOS COMPORTAMIENTOS CONTRA LAS ACTIVIDADES PÚBLICAS

La propuesta de modificar la rúbrica del Título XIX es sólo un intento de justificar la existencia de todos los tipos delictivos allí recogidos. Pero se trata únicamente de atender a lo que hay. Este cambio provocaría una deficiente relación entre el Título XIX y otros títulos del Código en los que también es el correcto ejercicio de alguna actividad pública el bien jurídico protegido de la categoría. El Título XIX contendría un grupo de delitos que, atacando el bien jurídico «actividades públicas en general», podrían hacerlo a cualquiera de ellas en concreto: la administrativa, la judicial o la parlamentaria. Sin embargo, y por ejemplo, el Título XX protegería únicamente una de esas actividades, la judicial.

No parece lógica la existencia de dos títulos en los que uno abarca al otro y éste es una parte de aquél.

Sería preferible, por tanto, que la modificación no sólo afectase a la rúbrica de un Título, sino a la regulación sistemática de un grupo de delitos que atentarían contra cualquiera de las actividades públicas, recogiendo todos estos delitos en un solo Título. Este último estaría dedicado a los delitos contra las actividades parlamentarias, judiciales y administrativas (25). No obstante, mejor aún que lo anterior sería la

(25) Esta idea ya la propuso OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación*, 237, al sostener la «creación de un título de «delitos contra las actividades legislativa, judicial y administrativa» que, en capítulos separados, recoja, respectivamente, los delitos que afecten a intereses relacionados con cada una de ellas y, en un cuarto y último capítulo, a aquellas cualidades que todas deben poseer al ser ejercitadas». Esta misma propuesta la mantiene años más tarde (*La Ley*, 1996-5) cuando indica que «este título, dedicado a los delitos contra las actividades parlamentarias, judiciales y administrativas [...] acogería las imputaciones que la ley penal ha de aprestar para proteger determinados rasgos o cualidades que, en todo caso, han de observarse o de respetarse en la práctica de cualquiera de esas actividades (por ejemplo la no venalidad), o que son comunes a dos de ellas (por ejemplo, la legalidad en las actividades judicial o administrativa) y, en fin, aquellas que son características de cada una». Tiempo después, apunta ya este autor (negocios, 866) que sería necesario «proceder a una reconstrucción sistemática y de contenido de estos grupos de delitos [se refiere ahora a los contenidos en los Títulos XIX, XX, XXI y XXII] bajo la perspectiva, precisamente, de su relación con el ejercicio de los poderes públicos. Reconstrucción que permitiría excluir alguna rúbrica legal (como la no sólo vacua sino, en ocasiones, contradictoria con el significado de algunos tipos recogidos bajo ella, de «delitos contra la Constitución»), modificar otras (como las inadmisibles de «delitos contra la Administración pública» o «delitos contra la Administración de Justicia»), expurgar y dotar de contenido más adecuado a ciertas agrupaciones (como las de los «delitos contra el orden público»), reubicar en su seno muchas figuras delictivas, alterar los términos de otras, despojar de farragosidad a algunas, evitar repeticiones innecesarias, etc.»

reconstrucción sistemática general y de contenido de los delitos ubicados, entre otros, en los Títulos XIX, XX, XXI y XXII CP bajo la perspectiva, precisamente, de su relación con el ejercicio de los poderes públicos (26).

II. EL CONTENIDO ACTUAL DEL TÍTULO XIX Y EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN CADA UNO DE LOS DELITOS QUE LO COMPONEN

A pesar de toda la argumentación precedente y de la necesidad finalmente de esa reconstrucción sistemática general, me centraré ahora en el contenido actual del Título XIX, Libro II CP 1995.

Habida cuenta que la rúbrica el Título XIX distorsiona la búsqueda de un bien jurídico común a todas las figuras delictivas que en él se encuentran, parece aconsejable intentar determinar por otra vía ese bien jurídico genérico. Este nuevo camino que a continuación trataré de recorrer, consiste en averiguar los más concretos bienes jurídicos protegidos en los distintos grupos de delitos que componen el Título XIX y, en algunos casos, en las singulares figuras delictivas que integran esos grupos, para, seguidamente, comprobar si pueden reconducirse a un concepto general que abarque todos o la mayoría de ellos.

En el CP actual se han suprimido algunas de las figuras típicas que tradicionalmente habían formado parte del respectivo título, mientras

(26) La aludida reconstrucción sistemática y de contenido (indicando la ubicación correcta de cada uno de los delitos relacionados con el ejercicio de los poderes públicos) la realiza OCTAVIO DE TOLEDO, «corrupción», inédito. Así, sugiere la modificación del Título XVII, Libro II CP, dedicado a los «delitos contra la seguridad colectiva». Propone la creación de un nuevo Título, que llevara una rúbrica similar a la de «Delitos contra el correcto ejercicio de los poderes públicos». Este Título contendría un Capítulo I, que incriminaría los delitos consistentes en la práctica incorrecta de los poderes públicos, un Capítulo II «Delitos de corrupción relativos al ejercicio de los poderes públicos» y un Capítulo III «Delitos de obstaculización del correcto ejercicio de los poderes públicos». Por otra parte, apunta el «traslado de los que podrían denominarse (para constituir un título situado entre los dedicados a los «Delitos contra el honor» y los, mal llamados, «Delitos contra las relaciones familiares») «Delitos relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas que reconoce la Constitución» (Capítulo IV. Título XXI, Libro II CP [...]). Finalmente, propone la sustitución del Título «Delitos contra la Constitución» por otro parecido a «Delitos contra la estructura o instituciones políticas establecidas por la Constitución», con el contenido que allí recoge. Esta reconstrucción sistemática y de contenido de estos grupos de delitos puede verse también en OCTAVIO DE TOLEDO, «Programa».

que otras se han incorporado al actual Título XIX. Además, algunos delitos recogidos en el Título VII del CP anterior se han reubicado en otros títulos del CP 1995.

En cuanto a los delitos que ya no se hallan tipificados en el CP actual, encontramos el delito de prevaricación administrativa imprudente (art. 358, párr. segundo, CP anterior); el delito de renuncia o negativa a desempeñar un cargo público obligatorio sin la existencia de excusa legal o una vez desatendida ésta (art. 372, CP anterior); los delitos de anticipación, prolongación y abandono de funciones (arts. 373 a 376, CP anterior); y el delito de malversación imprudente (art. 395, CP anterior) (27).

Entre los delitos que hoy aparecen ubicados en título diferente al actual XIX procedentes del Título VII CP anterior, hallamos el delito de prevaricación judicial (ubicado en el Capítulo I, Título VII, arts. 351 a 357 CP anterior y en la actualidad en el Título XX «Delitos contra la Administración de Justicia», Capítulo I «De la prevaricación», arts. 446 a 449); también la prevaricación de abogados y procuradores (Capítulo I, arts. 360 y 361 CP anterior, y que el CP actual recoge entre los «Delitos contra la Administración de Justicia», si bien en el Capítulo VII, «De la obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional», art. 467); el delito de infidelidad en la custodia de presos (ubicado en el Capítulo II, «De la infidelidad en la custodia de presos», arts. 362 y 363 CP anterior y que en la actualidad se recogen en los arts. 470 y 471, Capítulo VIII, «Del quebrantamiento de condena», Título XX «Delitos contra la Administración de Justicia»); finalmente, el delito de usurpación de atribuciones (Capítulo VII, «De la usurpación de atribuciones y de los nombramientos ilegales», CP anterior, arts. 377 a 380), localizándose en la actualidad en los arts. 506 ss. del Capítulo III, «De los delitos contra las Instituciones del Estado y la división de poderes», Sec. Segunda, «De la usurpación de atribuciones» del Título XXI «Delitos contra la Constitución»).

Veamos ahora la actual configuración del Título XIX, teniendo en cuenta los delitos que han permanecido y que proceden de la regulación anterior así como las figuras que el legislador de 1995 introdujo por vez primera en el Código. Hay que tener en cuenta que, en reali-

(27) Señalan MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, 1561, que «con la despenalización de este tipo de conductas, el Legislador de 1995 opta por un modelo de intervención acorde con los principio de subsidiariedad y fragmentariedad, al transferir a otras ramas del ordenamiento jurídico la sanción de comportamientos de escasa trascendencia desde la perspectiva de los servicios que los poderes públicos prestan a la comunidad. De este modo, la sanción penal queda reservada únicamente para aquellos ataques más graves al modelo constitucional de Administración».

dad, el Título XIX recoge la mayoría de los delitos que anteriormente se tipificaban en el Título VII bajo la rúbrica «De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos».

1. De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos

El Capítulo I, Título XIX, se titula «De la prevaricación (28) de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos» (29). Consta este capítulo únicamente de tres preceptos, artículos 404 a 406. El CP 1995 ha llevado al Título XX la incriminación de la prevaricación judicial (30), ha suprimido la prevaricación administrativa imprudente (31), ha redactado de forma diferente la prevaricación administrativa dolosa, ha cambiado la ubicación y la redacción de la prevaricación de abogados y procuradores (32); finalmente, ha creado tres tipos nuevos de prevaricación en los artículos 320, 322 y 329, localizados entre los delitos sobre la ordenación del territorio, delitos sobre el patrimonio histórico y los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, respectivamente (33).

(28) Para una visión histórica y comparada de este delito de prevaricación, *vid.* TEJERA, *La prevaricación*.

(29) Crítica OCTAVIO DE TOLEDO, *La Ley*, 1996-5, 1514, esta rúbrica, señalando que no cumple su función principal y que «es simplemente descriptiva de su contenido».

(30) Comenta QUERALT, *Derecho penal español. PE*, 772, que «de todos modos, téngase en cuenta que si bien los delitos contra la Administración de Justicia sólo los pueden cometer, de entre los funcionarios, sólo los que prestan sus servicios en dicho Poder, éstos también pueden cometer alguno de los delitos previstos en el Título XIX, p. ej. la desobediencia (art. 410, o el cohecho)». Se puede añadir que también el delito de prevaricación administrativa (art. 404 CP 1995) puede ser cometido por jueces y magistrados, puesto que, como dice OCTAVIO DE TOLEDO, *La Ley*, 1996-5, 1518, «quedan excluidos del artículo 404 los jueces y magistrados en el ejercicio de sus actividades propiamente jurisdiccionales. Pero no significa la exclusión de éstos (también «funcionarios públicos» a efectos penales) cuando actúan en asuntos calificables de no estrictamente judiciales, como subastas o expedientes disciplinarios».

(31) De forma desacertada según QUERALT, «prevaricación administrativa», 434.

(32) Algunos antecedentes históricos de este delito pueden verse en MONTES OLAVARRIETA, *prevaricación de abogados y procuradores*, 11 a 15.

(33) Sobre estas modificaciones en el CP 1995, *vid.* OCTAVIO DE TOLEDO, «norma jeroglífica», 15 y 16 y nota 14. En la nota a pie de página añade el autor que «lo que, pese a tantas transformaciones e innovaciones, no ha hecho es tipificar la prevaricación de fiscales: clamorosa laguna legal que en la actualidad, alarida contra la impunidad que implica».

El primero de los artículos actuales, el 404, incrimina la prevaricación administrativa dolosa, si bien restringe el alcance de este delito con relación al tipo descrito en el CP anterior. La actual redacción castiga al que «a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo» mientras que el CP anterior lo hacía al que «a sabiendas, dictare resolución injusta en un asunto administrativo» (34). Además, no se castiga, en la actualidad, la negligencia o ignorancia inexcusable del funcionario público al dictar una resolución manifiestamente injusta en asunto administrativo (35).

Conviene apreciar que el legislador de 1995 no tuvo en cuenta la configuración de este delito dada por los Proyectos de 1980 y 1992 que, si bien mantenían redacciones diferentes entre ellos, ambos aludían a que la resolución debía causar «grave daño a la causa pública o

(34) Apunta OCTAVIO DE TOLEDO, *La Ley*, 1996-5, 1520 y 1521, que «La sustitución en el precedente tipo doloso de la palabra «injusta» por la palabra «arbitraria», unida a la supresión del anterior tipo imprudente, responde, según creo, al propósito del legislador de restringir el alcance del delito de prevaricación de los funcionarios públicos. Este designio puede comprobarse ya en el Proyecto de Código Penal de 1980 (art. 462), la Propuesta de Anteproyecto de 1983 (art. 391) y el Proyecto de 1992 (arts. 384 y 385), si bien con fórmulas distintas a la finalmente recogida en el Código de 1995. Acaso con ello se haya querido acotar el número, estimado excesivo por el legislador, de acciones penales por prevaricación de los funcionarios públicos y, así, quepa detectar en este terreno una postura defensiva de las administraciones públicas». No obstante, también señala, a continuación, que «la disminución del alcance del tipo doloso de prevaricación de los funcionarios públicos que pueda suponer la sustitución del término «injusta» por el de «arbitraria», es probablemente menor que lo pretendido por sus preconizadores». En este sentido se pronuncian MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, 1567, cuando indican que «El Código penal se ha limitado a introducir algunos retoques de carácter técnico, de poca trascendencia, con la única excepción de la inclusión del término arbitraria. Sin embargo, a nuestro juicio, la sustitución del calificativo «injusta» por el de «arbitraria» no va a permitir interpretar en sentido esencialmente distinto este delito». También MARTÍN CANIVELL, «Prevaricación», 1699; FEJOO, «Delitos contra la Administración pública», 1681, entiende que «este cambio terminológico no afecta esencialmente a la interpretación tradicional del delito de prevaricación».

(35) Dice OCTAVIO DE TOLEDO, *La Ley*, 1996-5, 1520, que «carece de fundamento [la restricción operada], tanto dogmático como político-criminal, por lo que a la prevaricación por imprudencia grave se refiere y, además, tiene menor amplitud que la pretendida por sus mentores, por lo que a la prevaricación dolosa respecta». Sin embargo, GONZÁLEZ CUSSAC, *prevaricación de funcionario*, 69 y 70, proponía, aun antes de la actual configuración del delito, que esta prevaricación quedase limitada únicamente a la forma dolosa, constatando que «no prevarica quien al equivocarse comete una ilegalidad», sino que «prevarica aquel sujeto que conociendo la ilegalidad de la resolución la dicta o quien con total desprecio de las técnicas interpretativas llega a una solución también ilegal». Otras explicaciones las da este mismo autor en GONZÁLEZ CUSSAC, «nueva regulación», 34 a 37 (*vid.*, en contra, OCTAVIO DE TOLEDO, *La Ley*, 1996-5, 1520 y 1521).

a un tercero». Por otra parte, el Proyecto de 1980 ya recogió este delito en su Título X, titulado, como el actual, «Delitos contra la Administración pública».

Se trata, en definitiva, de que el funcionario sirve a los ciudadanos a través del dictado de resoluciones, las cuales han de responder a la legalidad vigente (36). Es por tanto el principio de legalidad el bien jurídico principalmente protegido en estos delitos (37). Que esto es así se constata, precisamente, en que la conducta sancionada en el artículo 404 es la de dictar una «resolución arbitraria» y «a sabiendas de su injusticia». Además, este principio de legalidad está íntimamente relacionado con el de prohibición de la arbitrariedad a los poderes públicos.

Ambos principios se encuentran recogidos en la CE en su artículo 9. Si el apartado primero apunta que los «poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico», el apartado tercero señala que «la Constitución garantiza el principio de legalidad [...] y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos». Estos principios vienen referidos a «los poderes públicos», por lo que no quedan restringidos al poder ejecutivo ni a la administración pública, sino que son extensivos a las actividades judiciales y a las parlamentarias (38). No obstante, tanto el principio de legalidad como el de prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos se recogen, además, de forma específica en otros preceptos constitucionales. Así, para la «Administración Pública», el artículo 103, apartado primero, indica que «La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales, y actúa [...] con sometimiento pleno a la ley y

(36) Dicen LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código penal de 1995*, 177, que «no cabe resolución injusta sin apartamiento de la legalidad, o bien la ilegalidad de la resolución es el primer elemento de su injusticia».

(37) Por todos, OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación*, pp. 314 ss., y, más extensamente, en *La Ley*, 1996-5, 1524.

(38) Conviene recordar que la mayor parte de los delitos del Título XIX, Libro II pueden cometerse no sólo por funcionarios administrativos, sino también por miembros de la actividad judicial o, incluso, la parlamentaria. Con razón afirma OCTAVIO DE TOLEDO, *La Ley*, 1996-5, 1518, que «quedan excluidos del artículo 404 los jueces y magistrados en el ejercicio de sus actividades propiamente jurisdiccionales. Pero no significa la exclusión de éstos (también «funcionarios públicos» a efectos penales) cuando actúan en asuntos calificables de no estrictamente judiciales, como subastas o expedientes disciplinarios. Tampoco significa situar en todo caso fuera del alcance del art. 404 a los parlamentarios que, individual o colegiadamente, pueden dictar resoluciones no directamente vinculadas con la actividad legiferante». Y, siendo así, los principios de legalidad y de prohibición de la arbitrariedad propuestos como bienes jurídicos han de poder referirse, como así sucede, a todas las actividades públicas y no únicamente a la administrativa.

al Derecho». Además, el artículo 106 CE señala que «los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la *legalidad de la actuación administrativa*, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican» (39). Para la Administración de Justicia no se especifica tanto. Sí se confirma el sometimiento «únicamente al imperio de la ley» (art. 117.1 CE). En cuanto a la prohibición de la arbitrariedad, este principio habrá que extraerlo de su «independencia» y su «responsabilidad» (art. 117.1 CE), los cuales, además, constituyen garantía también de la imparcialidad y la objetividad con que han de actuar (40).

Además, por otra parte, el CP 1995 ha introducido los artículos 320, 322 y 329, todos ellos dentro del Título XVI «De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente», del Libro II; Capítulo primero (delitos sobre la ordenación del territorio), segundo (delitos sobre el patrimonio histórico) y tercero (delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente), respectivamente.

Se trata, en todos los casos, de una forma de prevaricación específica agravada (41) con relación a la norma general de prevaricación de funcionarios públicos definida en el artículo 404 CP 1995. Entre este último artículo y los primeros puede comprobarse una similitud en determinados requisitos esenciales: así, que en todos los casos la conducta consiste en dictar una resolución arbitraria, la limitación subjetiva a los funcionarios públicos y, finalmente, que la pena prevista en el artículo 404 CP actual también se contempla en los restantes preceptos (42).

En el artículo 320 se incrimina a la «autoridad o funcionario que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes» (apartado primero) y cuando «por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia» (apartado segundo).

(39) La jurisprudencia ha entendido que en este artículo se protege la vigencia del Derecho a través de la aplicación que se hace del mismo (STS 04.02.02), o el correcto ejercicio de la función pública (STS 04.12.03 y 17.05.2002) sujeta al sistema de valores instaurados en el CE en los artículos 103 y 106 (STS 31.03.04 y 14.11.00). Todas estas sentencias vienen citadas en ÁLVAREZ GARCÍA, *Doctrina penal*, 662.

(40) *Vid.* LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código penal de 1995*, 177.

(41) En este sentido, entre otros, MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho penal*. PE, 734, 738 y 750 y CARMONA SALGADO, *Derecho penal*. PE, 679, 688 y 712. Con relación al artículo 320 CP indica VERCHER, *Ordenación del territorio*, 1945, que «se trata de un tipo especial de prevaricación agravado en razón del bien jurídico protegido».

(42) *Vid.* GÓRRIZ, *prevaricación urbanística*, 122.

En estos supuestos, las penas serán las establecidas en el artículo 404 CP 1995 y, además, la de prisión de seis meses o dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses.

El artículo 322 contiene un tipo de prevaricación específica con una estructura idéntica a la del artículo 320. No obstante, lo que se castiga ahora es que la «autoridad o funcionario, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de derribo o alteración de edificios singularmente protegidos» (apartado primero) y cuando «por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión» (apartado segundo). Las penas son idénticas a las establecidas en el artículo 320 CP 1995.

Finalmente, el artículo 329 CP 1995 incrimina a la autoridad o funcionario público que, «a sabiendas, hubiere informado favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores, o que con motivo de sus inspecciones hubieren silenciado la infracción de Leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen» (apartado primero), y a la autoridad o funcionario que «por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado hubiese resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia» (apartado segundo). En todos los casos, las penas serán las establecidas en el artículo 404 CP 1995 y, además, «la de prisión de seis meses a tres años o la de multa de ocho a veinticuatro meses».

El bien protegido en estos tres delitos de prevaricación es, al igual que en el tipo del artículo 404 CP 1995, tanto el principio de legalidad como la prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos. No obstante, estos bienes jurídicos protegidos han de ponerse en relación con el concreto ámbito en el que opera cada uno de ellos; esto es, la ordenación del territorio (art. 320) (43), el patrimonio histórico (art. 322) y los recursos naturales y el medio ambiente (art. 329). Por tanto, el objeto de protección significado con las expresiones «ordenación del territorio», «patrimonio histórico» y «recursos naturales y medio ambiente», «se acumula al más general tutelado por la prevaricación administrativa común del artículo 404» (44).

(43) En sentido parecido, aunque con matices, dicen RODRÍGUEZ PUERTA/VILLACAMPA, «materia urbanística», 1739 ss., que las conductas incriminadas en el artículo 320 CP «conculcan el principio de legalidad en el ejercicio de las funciones públicas así como ponen en peligro el medio ambiente». Respecto del bien protegido, fundamentalmente en el artículo 319 CP, puede verse CARDENAL MURILLO, «delito urbanístico», pp. 171 ss.

(44) *Vid.*, aunque únicamente referido al artículo 329, OCTAVIO DE TOLEDO, «norma jeroglífica», 20 y 21.

En estos tres delitos de prevaricación específica se prevé, además de la pena del artículo 404 CP 1995, las de prisión o multa. Ello parece el «reflejo de la punición de ofensas a bienes jurídicos distintos» (45).

Por otra parte, los artículos 405 y 406 contienen dos figuras próximas y que estarían englobadas en lo que la rúbrica denomina «[...] y otros comportamientos injustos» (46): los nombramientos ilegales y la aceptación de esos nombramientos por parte del propuesto, nombrado o persona a quien se da posesión del cargo.

El primero de los artículos, el 405 (47), se hallaba ubicado, con algunas diferencias, en el Capítulo VII del CP anterior, junto a la usurpación de atribuciones («De la usurpación de atribuciones y de los nombramientos ilegales»).

El legislador de 1995 tuvo en cuenta las críticas doctrinales que se basaban en la nula relación existente entre la usurpación de atribuciones y los nombramientos ilegales, lo cual impedía su regulación conjunta. De esta forma, la usurpación de atribuciones se recoge en los artículos 506 ss. CP 1995 (Título XXI «Delitos contra la Constitución», Capítulo III «De los delitos contra las Instituciones del Estado y la división de poderes», Sec. II «De la usurpación de atribuciones») (48).

La redacción actual restringe la aplicación del precepto (art. 405) al indicar que ha de realizarse la acción por parte del funcionario «en el ejercicio de su competencia» y, además, «a sabiendas de su ilegalidad», circunstancias que no aparecían en el tipo anterior. La mención

(45) Así, GÓRRIZ, *prevaricación urbanística*, 123. Expresamente, hablan de delitos de carácter pluriofensivo, RODRÍGUEZ PUERTA/VILLACAMPA, «materia urbanística», 1743.

(46) Recuerdo de nuevo la crítica que hace OCTAVIO DE TOLEDO, *La Ley*, 1996-5, 1514, de la rúbrica. Pone de manifiesto que «La calificación, en efecto, de estas conductas [se refiere el autor a los arts. 405 y 406] como «comportamientos injustos» puede, desde luego, aplicarse a ellas, pero también a cualquiera otra de las incriminadas por la ley: desde el homicidio del artículo 138 del Código Penal, a la falta de uso público e indebido de condecoraciones oficiales del artículo 637 del propio Código, pasando por la alteración grave del hábitat de los propágulos de especies o subespecies de flora amenazada, a la que, con tan meridianas expresiones para sus destinatarios, se refiere el artículo 332 del mismo texto legal». Tampoco están de acuerdo con la redacción de la rúbrica MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, 1575, aunque sí con la nueva ubicación del delito del artículo 405, dado que «responde en mejor medida que en el anterior Código penal a su verdadera naturaleza».

(47) Desarrolla este delito CATALÁN SENDER, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios*, pp. 103 ss.

(48) *Vid.* MIR, S., *NEJ*, 345 y los autores allí citados; así, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. PE*, 1976, pp. 524 ss.

a la autoridad en nada lo diferencia del tipo precedente, en el que no se incluía (49).

Este delito puede seguir denominándose «delito de nombramientos ilegales» dado que es la forma tradicional de hacerlo y la nueva redacción, pese a cambiar la ubicación sistemática, lo que pretende es cubrir todo el proceso de incorporación de las personas a un determinado cargo público, esto es, la propuesta, el nombramiento y, ahora, el dar posesión para el ejercicio de un cargo público.

Se trata, en definitiva, de una forma específica de prevaricación, aunque con diferencias en la conducta típica, «en la que el funcionario adopta una resolución –nombra, propone o da posesión de un cargo público–, sin que concurren los requisitos legales para ello» (50). Por tanto, el bien tutelado será también, como en el delito de prevaricación administrativa, el respeto al principio de legalidad que han de tener aquellos que ejercen funciones públicas y la prohibición de la arbitrariedad de todos los poderes públicos.

En cuanto a la aceptación de esos nombramientos (art. 406), constituye una novedad en la legislación de 1995, si bien el Proyecto de 1980 ya la incluía en su art. 442 (51). En este delito, pese a que el sujeto activo puede ser cualquiera, se requiere la intervención de otra persona; un funcionario público competente que propone, nombra o da posesión para el ejercicio de un cargo público. Se trata así de un delito de participación necesaria. En este artículo 406 se constata que el respeto al principio de legalidad no sólo obliga a quien ejerce funciones públicas, sino a cualquier ciudadano, que debe sujetarse en su actuación a los principios de funcionamiento (partiendo de los consti-

(49) Como es sabido, a efectos penales, quien es autoridad también es funcionario público, por lo que la mención expresa a las autoridades (no sólo en este delito sino en otros muchos de este mismo Título) no añade nada nuevo en cuanto a los posibles sujetos activos. Lo único que puede ocasionar son errores en la interpretación de los correspondientes tipos; es por esto por lo que OCTAVIO DE TOLEDO, *La Ley*, 1996-5, 1515, señala que «hay que volverse a plantear la razón de la persistencia en utilizar ambas expresiones. Cuando es así que nadie se equivocaría si empleara sólo la de «funcionarios públicos» en los casos en que quisiera acoger los dos conceptos, y únicamente la de «autoridades» en aquellos otros en que quiera excluir del tipo correspondiente a los demás funcionarios públicos en sentido penal». Finaliza este autor diciendo que el motivo de esta doble inclusión «sólo puede residir en una coyuntural operación «de cara a la galería»: que nadie pueda llegar a pensar que sólo se castiga a los funcionarios y no a sus superiores, a las autoridades. Lo que ocurre es que el Código Penal no existe para hacer propaganda; ni siquiera para demagogias menores».

(50) MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, 1575.

(51) Dice QUERALT, *Derecho penal español. PE*, 781, que se trata de una «figura de novedosa creación que pretende privilegiar, sin razón, un tipo de participación necesaria o de inducción al delito anterior» (se refiere al delito del art. 405).

tucionales) de los poderes públicos cuando entablan relaciones con ellos (52).

2. Del abandono de destino y de la omisión del deber de perseguir delitos

El Capítulo II (arts. 407 a 409), Título XIX, Libro II, se titula «Del abandono de destino y de la omisión del deber de perseguir delitos».

Del Capítulo VI, Título VII, Libro II, CP anterior («De la anticipación, prolongación y abandono de funciones públicas») sólo se prevé en la actualidad lo que el CP anterior regulaba en su artículo 376, párrafo segundo. De esta forma, el hoy artículo 407 incrimina al funcionario que abandona su destino con el propósito de no impedir o no perseguir determinados delitos o de no ejecutar las penas correspondientes. Por tanto, la anticipación y prolongación de funciones públicas así como otro tipo de abandono de destino diferente del indicado [que conformaba el art. 376, párr. primero, CP anterior (53)] dejan de ser punibles penalmente y sólo sancionables en vía administrativa (54); excepto lo establecido en el artículo 409, en el que se incrimina a las autoridades o funcionarios públicos «que promovieren, dirigieren u organizaren el abandono colectivo y manifiestamente ilegal de un servicio público» (apartado primero) o «meramente tomaren parte en el abandono colectivo o manifiestamente ilegal de un servicio público esencial y con grave perjuicio de éste o de la comunidad (apartado segundo)».

No obstante, se han incluido en este Capítulo II otros tipos previstos en diferentes ubicaciones en el CP anterior. Así, el actual artículo 408 castiga la omisión del deber de perseguir delitos de forma

(52) En parecido sentido, MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, 1580.

(53) CATALÁN SENDER, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos*, 115, apunta que la razón de la despenalización de las conductas de mero abandono del destino o de la función (art. 376, párr. primero, CP anterior) está en que «los valores a que respondían dichos delitos han quedado obsoletos en la actualidad y prueba de ello es la no incriminación de estas conductas en otros Ordenamientos Penales de nuestro entorno», además de por «el escaso eco jurisprudencial que venían teniendo con anterioridad al nuevo Código».

(54) Dicen MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, 1580, que el motivo de que el actual CP conserve la tipificación de determinados supuestos de abandono de funciones públicas se debe a la «distinta significación y trascendencia que estas conductas tienen desde la perspectiva del correcto desempeño de la función pública». Por otro lado, la razón de la despenalización de las conductas indicadas se debe, según estos autores, a su escasa trascendencia para el bien jurídico protegido.

parecida a como lo hizo el derogado artículo 359 (Capítulo I, «De la prevaricación») si bien ahora con redacción más precisa (55).

Tanto el delito de abandono de destino con el propósito de no impedir o no perseguir delitos (art. 407 CP 1995), como el de dejar intencionadamente de promover la persecución de delitos de los que tenga noticia el funcionario o de sus responsables, faltando a la obligación del cargo (art. 408 CP 1995), deberían trasladarse, de *lege ferenda*, al Título dedicado a los delitos contra la Administración de Justicia (56). No obstante, recuérdese lo ya indicado en el sentido de que sería preferible la existencia de un solo Título en el que estuvieran reguladas todas las conductas atentatorias contra las actividades públicas; administrativas, judiciales y parlamentarias. En estos artículos el bien tutelado es, en algunos casos, el interés en que las resoluciones judiciales se cumplan o, de forma más general, el buen funcionamiento de la administración de justicia (57). No obstante, también se ha dicho que lo tutelado en el artículo 407 CP 1995 es el principio de legalidad en el ejercicio de las funciones públicas (58). Aun estando de acuerdo en parte con esto último, entiendo que finalmente es el correcto funcionamiento de la actividad judicial lo protegido, por lo que su traslado, con los matices ya apuntados, a otro Título de Código parece necesario.

Por otra parte, el artículo 409 supone una novedad en las codificaciones penales, aunque puede encontrarse algún precedente, en cuanto al párrafo primero («autoridades o funcionarios públicos que promovieren, dirigieren u organizaren el abandono colectivo y manifiestamente ilegal de un servicio público»), en el PCP 1980, en su artículo 448. En cuanto al párrafo segundo, se introdujo en la tramitación parlamentaria y en él se castiga a «las autoridades o funcionarios públicos que meramente tomaren parte en el abandono colectivo o

(55) Señalan MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, 1585, que «este cambio sistemático resulta, «prima facie», de difícil justificación, pues es palmaria la afinidad del precepto comentado con el delito de prevaricación. No obstante, la nueva ubicación puede encontrar fundamento en el parentesco que la presente figura delictiva guarda con el resto de infracciones contempladas en el Capítulo II del Título XIX».

(56) En el mismo sentido, indican PAZ RUBIO/COBIÁN REGALÉS, *Código penal*, 3882, que los artículos 407 y 408 CP 1995 afectan más bien a la Administración de Justicia, debiéndose ubicar, por tanto, en el Título siguiente (Título XX, CP actual, «Delitos contra la Administración de Justicia»).

(57) *Vid.* ORTS, «desobediencia y denegación de auxilio», 341 y 345. En la SAP Zaragoza 18.04.00 se localiza el objeto de tutela en «la Justicia Penal».

(58) MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, 1582 y 1583. En este sentido la STS 06.04.98.

manifiestamente ilegal de un servicio público esencial y con el perjuicio de éste o de la comunidad» (59).

Se trata de un precepto en el que lo protegido es la eficacia con que los funcionarios han de llevar a cabo sus actividades públicas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 103.1 CE, que resulta lesionada cuando el funcionario promueve, dirige u organiza el abandono colectivo y manifiestamente ilegal de un servicio público o meramente toma parte en el mismo, en este último caso con grave perjuicio para el servicio público o para la comunidad.

3. De la desobediencia y denegación de auxilio

El contenido del Capítulo III (arts. 410 a 412), «De la desobediencia y denegación de auxilio (60)», es similar al del Capítulo V (arts. 369 a 372) CP anterior, si bien con algunas variaciones.

El delito de desobediencia, recogido en los dos primeros artículos del Capítulo III, presenta pocas novedades respecto a la regulación anterior, contemplándose en el artículo 410 un tipo básico y uno cualificado en el 411.

El artículo 410 se refiere, en cuanto al sujeto activo, a la autoridad o funcionario público, mientras que su antecesor (art. 369) sólo lo hacía a los funcionarios. Como es sabido, en nada queda modificado el tipo por esta cuestión al estar incluidas las autoridades en el concepto de funcionario público. Por otra parte, este añadido se repetirá en los demás tipos regulados en el Título XIX.

En el artículo 410, apartado primero, es significativo el cambio de la expresión «sentencias» por la de «resoluciones judiciales», término

(59) En el párrafo primero se dice «abandono colectivo y manifiestamente ilegal», mientras que en el segundo se cambia la conjunción copulativa por la disyuntiva, esto es «abandono colectivo o manifiestamente ilegal». De esta forma, MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, 1589 y 1590, apuntan que, de acuerdo con una interpretación teleológica, habría que entender que «el segundo párrafo del artículo 409 se refiere también a abandonos colectivos y manifiestamente ilegales». Sin embargo, con buen criterio señala Feijoo, «Delitos contra la Administración pública», 1682, que ha de respetarse en la interpretación penal el principio de legalidad. De *Lege ferenda*, sería necesaria una reforma del precepto (o corrección de errores, en su caso) para evitar interpretaciones que no se ajustan al principio de legalidad por considerar que la finalidad del legislador ha sido otra a la que finalmente se ha plasmado en el precepto.

(60) Sobre la separación de estos dos delitos hasta el CP 1870 y sobre las diferencias entre ellos en la jurisprudencia, puede verse CATALÁN SENDER, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos*, 147 a 149.

éste más amplio que puede englobar no sólo sentencias, sino providencias y autos (61).

El apartado segundo de este artículo recoge un caso de falta de responsabilidad criminal para el supuesto en que la autoridad o funcionario no cumplan un «mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general». El CP 1995 añadió la expresión «o de cualquier otra disposición general», lo cual alcanza no sólo a la Ley, sino también a reglamentos generales.

El artículo siguiente, 411, presenta una redacción parecida a la del artículo 370 del CP anterior, modificándose la pena de prisión prevista en el CP anterior (e inhabilitación especial) por la de multa en el actual (e inhabilitación especial). Se trata de un tipo derivado del previsto en el artículo anterior cuya realización ya no está conminada con pena de prisión (62). El motivo de la especificidad reside en la perseverancia en no cumplir con lo mandado.

En ambos preceptos parece estar presente la idea de jerarquía recogida en el artículo 103.1 CE. En este sentido, «entre quien dicta la orden y quien la recibe ha de existir una relación jerárquica así establecida por el Derecho administrativo funcional» (63).

Sin embargo, no puede ser el principio de jerarquía el único bien jurídico tutelado en estos artículos (64); al menos no, por ejemplo, cuando un funcionario administrativo desobedece al juez o magistrado integrante del Poder Judicial. Recuérdese que una de las críticas que podían formularse a la actual rúbrica del Título XIX «Delitos contra la Administración pública» es que existen delitos que no sólo atentan

(61) Sin embargo, se entendía que ya con la expresión «decisiones», indicadas a continuación de las «sentencias» en el precedente artículo 369, quedaban recogidos otro tipo de resoluciones; así, las providencias y los autos. *Vid.* ÁLVAREZ GARCÍA, *El delito de desobediencia*, 104 y nota 226.

(62) ÁLVAREZ GARCÍA, *El delito de desobediencia*, 177 a 179, consideraba que la pena del artículo 370 era desproporcionada en relación con la del 369 (hoy arts. 411 y 410, respectivamente) e incluso que podía tratarse de un precepto parcialmente inconstitucional. A pesar de la modificación de la pena, algunos autores siguen considerando el precepto incomprensible; así, MAQUEDA ABREU, *La desobediencia de los funcionarios*, 10. Sobre la proporcionalidad como límite a la prevención general, puede verse, OCTAVIO DE TOLEDO, *concepto*, 286.

(63) *Vid.* QUINTERO OLIVARES, *Comentarios a la PE*, 1593.

(64) Cita ÁLVAREZ GARCÍA, *Doctrina penal*, 682, la STS 14.10.92. La sentencia localiza el bien jurídico protegido en «la buena marcha de la Administración al servicio de los ciudadanos». A partir de lo ya indicado, en todo caso sería «la buena marcha de las actividades públicas al servicio de los ciudadanos». Pero se trataría de un bien genéricamente protegido en todos los delitos del Título XIX, por lo que se hace necesario concretarlo más.

contra la actividad administrativa como parece desprenderse de la titulación, sino que pueden hacerlo también contra otro tipo de actividades, como la judicial o la parlamentaria.

Por otra parte, el artículo 106.1 CE señala la supeditación de las actividades del Poder Ejecutivo al control del Poder Judicial: «Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican».

No obstante, puesto que entre los miembros del Poder Judicial y los integrantes del Ejecutivo no existe una relación de subordinación jerárquica (65), no puede ser el principio de jerarquía el único objeto de tutela. En todo caso, lo protegido será, precisamente y en unos casos, la supeditación del Poder Ejecutivo al control del Poder Judicial.

Algunos autores han localizado el objeto de protección en el ejercicio legítimo de la autoridad. Se trataría de un ejercicio «legítimo» en la medida en que «está orientado a servir los intereses generales, con sujeción a los principios fijados en la Constitución» (66).

Más bien creo que, partiendo del principio de jerarquía, puede argumentarse que este bien jurídico es instrumental al servicio de, al menos, la eficacia del servicio público. Por tanto, cuando sí exista una relación de subordinación, y entonces también de jerarquía, entre los funcionarios administrativos y sus superiores, los bienes jurídicos tutelados serán los principios constitucionales de eficacia y jerarquía consagrados en el artículo 103.1 CE.

Por otra parte, el delito de denegación de auxilio queda tipificado en el artículo 412 (antiguo 371). Consta este artículo de tres apartados, que distingue los siguientes supuestos: cuando el requerimiento procede de la «autoridad competente» y se dirige a un funcionario público (apart. primero); en segundo lugar, cuando el requerido sea autoridad, jefe o responsable de una fuerza pública o un agente de la autoridad (apart. segundo); y, por último, cuando el requirente es un particular que se dirige a una «autoridad o funcionario público» (67).

(65) En este sentido, ROLDÁN BARBERO, «desobediencia», 34, quien matiza que dada la separación entre los poderes, no se trata de subordinación de unos a otros, sino de cumplimiento de los deberes específicos de cada función o poder.

(66) Así, ORTS, *Derecho penal*. PE, 904 y 905; también en «desobediencia y denegación de auxilio», 349 Y 350.

(67) Señala RUBIO LARA, «Denegación», 31, en relación con el apartado tercero del artículo 412 CP actual lo siguiente: «con respecto a la ubicación del delito de denegación de auxilio a requerimiento de particular dentro de los delitos contra la Administración Pública, significar que el atentado directo que hace el funcionario público es a los bienes jurídicos de un particular y con la no evitación de delitos y

No obstante pueden apreciarse algunas modificaciones respecto de la regulación anterior. Cuando el requerimiento procede de una autoridad, ha desaparecido del CP 1995 el tipo cualificado que castigaba al funcionario cuando de su omisión resultara grave daño a la causa pública o a un tercero, fortaleciéndose así el carácter de delito de omisión pura (68). Sin embargo, sí se castiga con pena superior cuando la persona requerida sea autoridad, jefe o responsable de una fuerza pública o un agente de la autoridad (69).

El apartado tercero distingue, a efectos de la pena, entre que la omisión de la autoridad o funcionario requerido por un particular sea para evitar un delito contra la vida de las personas (párr. primero), o se trate de un delito contra la integridad, libertad sexual, salud o libertad de las personas (párr. segundo) o, finalmente, cuando el requerimiento lo fuera para evitar cualquier otro delito o mal (último párr.). La pena en estos supuestos va desde la más grave del párrafo primero a la más leve del último. El artículo 371 CP anterior practicaba una regulación unitaria, en la que no se distinguía, a efectos de la pena, entre los diferentes tipos de delitos para cuya evitación se requería el auxilio.

Por último, el artículo 372 CP anterior (rehusar o negarse a desempeñar un cargo público obligatorio sin que exista excusa legal o cuando ésta es desatendida) se ha suprimido y no se halla tipificado ya en el Código actual. Sin embargo sí se castigan determinados supuestos específicos (70).

Este delito de denegación de auxilio protege la colaboración y la coordinación que debe existir dentro de los diferentes sectores de las administraciones públicas (art. 103.1 CE). Pero también, el auxilio a la Administración de Justicia. Por tanto, en este precepto se presta

otros males también se atenta contra la seguridad ciudadana, como derecho constitucionalmente protegido (art. 104 C.E.). En nuestra opinión, la Administración pública únicamente de forma indirecta se ve afectada por el incumplimiento del funcionario, pues esta abstención no implica un atentado contra la Administración pública, sino únicamente una falta de protección del servicio público de seguridad al que viene obligada en su prestación la propia Administración pública, y por extensión el funcionario». Más adelante (pg. 35) propone que el artículo 412, párrafo tercero, se ubique, junto con otros delitos, en un Título que podría tener la rúbrica «De los delitos contra la seguridad ciudadana».

(68) *Vid.* QUINTERO OLIVARES, *Comentarios a la PE*, 1599.

(69) Dice QUINTERO OLIVARES, *Comentarios a la PE*, 1600, que «el fundamento de la calificación, que ha sido introducida por el CP de 1995, parece ser, de una parte, la idea de que las Autoridades tienen un deber especial de garantizar la colaboración entre Poderes, misión que contribuyen a realizar sus subordinados, aunque no tengan públicamente ese deber».

(70) Señalan en este sentido PAZ RUBIO/COVIÁN REGALES, *Código penal*, 3818, los artículos 511, 512, 527 y 604 del Código penal.

cobertura legal al «deber de colaboración entre los diferentes sectores de la Administración pública y de ésta y los demás poderes entre sí» (71). En definitiva, se trata de proteger la colaboración que debe existir entre los diferentes poderes del Estado y que ninguno de ellos pueda actuar prescindiendo de los otros (72). En estos casos no entra en juego el principio de jerarquía sino que nos encontramos ante situaciones de cooperación obligatorias que resultan de la necesaria coordinación entre poderes (73).

4. De la infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos

El Capítulo IV, «De la infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos», prevé en los artículos 413 a 418 conductas que en el CP anterior aparecían recogidas en dos capítulos diferentes dentro del mismo Título VII, «De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos» (74). Por otra parte, el artículo 368 CP anterior se recoge hoy, con algunas modificaciones, en el Capítulo IX, «De las negociaciones y actividades prohibidas a las funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función» (art. 442) (75), y es, por tanto, particular objeto de estudio en el presente trabajo. Las razones de este cambio en la ubicación sistemática serán comentadas más adelante.

El artículo 413 [anterior art. 364 (76)] presenta algunas variaciones con respecto al CP anterior. Por una parte, se han ampliado las conductas típicas, al añadirse la de *inutilizar* a las ya existentes de

(71) Así, QUINTERO OLIVARES, *Comentarios a la PE*, 1597. *Vid.*, del mismo autor, «desobediencia», 59 ss.

(72) ORTS, «desobediencia y denegación de auxilio», 355 y 356.

(73) MORALES GARCÍA, «denegación de auxilio», 273.

(74) Entienden acertada esta nueva opción sistemática unificadora MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, 1604.

(75) No obstante, no hay que olvidar que existen otras conductas que, aunque recogidas en otros lugares del Código, responden también a las infidelidades documentales. Así, la infidelidad documental de abogados y procuradores, regulada dentro del Título XX, «Delitos contra la Administración de Justicia», en su artículo 465. También el apoderamiento de documentos por parte de funcionario para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro del artículo 198 y la relación de secretos, y a la violación de la correspondencia mediando causa por delito (art. 535), del Capítulo V del Título XXI, «De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales». *Vid.*, ROLDÁN BARBERO, «infidelidad», 1413.

(76) Sobre la regulación en el CP anterior de la revelación de secretos e informaciones por funcionario público puede verse, REBOLLO VARGAS, *La revelación de secretos*.

sustraer, destruir y ocultar (77). Además, la nueva redacción afirma que todas estas conductas pueden ser cometidas de forma total o parcial (78). Por otra parte, esas conductas sólo se pueden realizar sobre *documentos*, desapareciendo la referencia a los *papeles* (79).

En tercer lugar, a efectos de la determinación de la pena, el CP actual no distingue ya entre si hubo o no grave daño a tercero o a la causa pública.

La redacción del artículo 414 es sustancialmente diferente a la del precedente artículo 365. Se trata de un delito común, al poder cometerse tanto por la autoridad o funcionario como por el particular, posibilidad esta segunda introducida por vez primera en el actual Código en el párrafo segundo. En cuanto al párrafo primero, cambia la conducta y el objeto típico. Si en el CP anterior se hacía mención a los papeles o efectos sellados por la autoridad y al quebranto de los sellos o consentimiento para este quebrantamiento, el CP 1995 castiga al funcionario público (o autoridad) que tiene la custodia de documentos respecto de los que la autoridad competente ha restringido su acceso y destruye o inutiliza los medios puestos para impedir el acceso o consiente su destrucción o inutilización.

También se ha producido una modificación en la redacción del artículo 415 respecto del 366.1 CP anterior. Se castiga ahora a la autoridad o funcionario público no comprendido en el artículo 414 que, a sabiendas y sin autorización, accediere o permitiere acceder a documentos secretos cuya custodia le esté confiada por razón de su cargo, mientras que el CP anterior sancionaba al funcionario no comprendido en el artículo 365 que abriere o consintiere abrir sin autorización papeles o documentos cerrados cuya custodia le estuviere confiada (80).

(77) Sobre la introducción de este comportamiento se pronuncia ROLDÁN BARBERO, «infidelidad», 1415, y señala que «el nuevo Código ha introducido la inutilización como modalidad de conducta de la infidelidad material. La inutilización de un documento escrito equivale en la práctica a su destrucción. El nuevo término se justifica sobre todo en relación a los documentos informáticos, donde es perfectamente posible su inutilización sin el acto físico de destruir».

(78) Sin embargo, RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español*. PE, 1146, ya señalaban, en la regulación del CP anterior, que «es indiferente que la destrucción sea total o parcial, siempre que desaparezca una parte esencial del documento; no basta un simple deterioro».

(79) Aunque MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, 1609, entienden que con ello no se restringe el ámbito del delito, dado el concepto de documento a efectos penales que se obtiene del artículo 26.

(80) Sobre la nueva fórmula empleada y el alcance diverso de la nueva conducta típica, se pronuncian MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, 1616.

El párrafo segundo del artículo 366 CP anterior se ha convertido en el 416 actual, aunque con algunas modificaciones. La fundamental es la supresión en el nuevo Código de la mención a los *eclesiásticos*. Puede verse también el error del legislador de 1973 al referirse, en cuanto a las penas, a las señaladas en los tres artículos anteriores cuando, en realidad, eran dos artículos y un párrafo los que se hallaban delante (81).

En cuanto al delito de violación de secretos (82), queda regulado en los artículos 417 y 418 (Capítulo IV, «De la revelación de los secretos e informaciones y de la información privilegiada y su uso indebido», CP anterior, arts. 367 y 368).

La escasa modificación del primero de ellos responde a la reciente introducción en el CP (LO 9/1991, de 22 de marzo) del delito de violación de secretos. Sí es novedosa, sin embargo, la introducción del castigo al particular que aprovechar para sí o para un tercero el secreto o la información privilegiada que obtuviera de un funcionario público o autoridad (art. 418, introducido por primera vez en el CP 1995).

Hay que recordar, finalmente, que el derogado artículo 368 ha experimentado un cambio en su ubicación sistemática (y en su redacción), trasladándose del Capítulo IV, «De la revelación de los secretos e informaciones y de la información privilegiada y su uso indebido», CP anterior, al Capítulo IX, en concreto al artículo 442, objeto singular de este estudio (83); sobre esta cuestión trataré más adelante.

En todas las conductas descritas en los artículos de este capítulo se está protegiendo el buen funcionamiento de las actividades públicas. Para ello, se castigan comportamientos que tienen que ver con la preservación de la integridad o la confidencialidad de documentos e informaciones. En definitiva, el objeto de protección en estos delitos lo constituye la defensa de la integridad de determinados documentos

(81) En este sentido, señalan RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español*. PE, 1145, que «La formulación actual (se refieren los autores al CP 1973) procede del CP 1870, incluso el defecto de redacción del párrafo último del artículo 366».

(82) Algunas cuestiones sobre el secreto médico en la regulación anterior y, concretamente, la actividad psiquiátrica, pueden verse en OCTAVIO DE TOLEDO, «secreto profesional».

(83) Se pronuncia VIZUETA, *Delitos contra la Administración pública*, 40, nota 62, sobre esta cuestión y dice que, en su opinión, «podría defenderse que el uso por parte de autoridad o funcionario público de un secreto o de una información privilegiada, con ánimo de obtener un beneficio económico (art. 442), haya quedado extramuros del actual Capítulo IV, lo que resulta más difícil de justificar es que la regulación del artículo 418, debido a su semejanza con aquel precepto, no haya corrido la misma suerte».

así como la confidencialidad de ciertos secretos o informaciones cuya vulneración pone en peligro el correcto funcionamiento de las actividades públicas, ya sean administrativas, judiciales o parlamentarias (84).

5. Del cohecho

El Capítulo V, «Del cohecho» (85), reúne en nueve artículos (419 ss.) una regulación del delito de cohecho un tanto desordenada, extensa y excesivamente casuística (86). Además, como algún autor ha puesto de relieve, no existe una coincidencia entre el significado que de «cohecho» (87) proporciona la Real Academia y el que tiene según el CP (88).

(84) Dicen MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, 1604, que todas las conductas describen la «vulneración de aspectos instrumentales [...] como la preservación de la integridad o confidencialidad de documentos o informaciones». Además, continúan señalando que esos aspectos instrumentales son «impuestos a los funcionarios públicos como trascendentes y necesarios para la organización social y jurídica de la Administración». Sin embargo, en cuanto a esto último, habrá que tener en cuenta que en los delitos del Título XIX los funcionarios pueden atentar no sólo contra la administración pública (con minúscula), sino también contra la actividad judicial y la parlamentaria,

(85) Respecto de la reforma de los delitos de cohecho que propone el Proyecto 2006 de modificación del CP (arts. 419 a 427), manifiesta su disconformidad OCTAVIO DE TOLEDO, «corrupción», inédito, «al menos, por su incapacidad de solventar los problemas de técnica legislativa de que adolece –de manera grave– la actual normativa, a más de que tampoco resuelve los de política penal que asimismo padece en esta materia el CP vigente».

(86) Califica este Capítulo OCTAVIO DE TOLEDO, «negocios», 869, como «arcaico, casuístico, atormentado, repetitivo, desordenado y descoordinado». Por su parte, ORTS, *Derecho penal. PE*, 919 y 920, ve difícil encontrar un criterio unitario para la interpretación de todos los tipos ubicados bajo la misma denominación dada su variedad; finalmente, JUANES, «funcionarios», 1595, señala que «En conclusión, bajo la rúbrica «de cohecho» se incluyen en verdad conductas delictivas distintas, cuyo único elemento común lo constituye la idea de corrupción del funcionario, a quien se le paga [...] para que ejecute un hecho opuesto al ordenamiento jurídico en la mayoría de los casos, o para que realice incluso un acto válido, al que estaba obligado por razón de su cargo, para cuya consecución recibe una dádiva, o promesa, al margen de su sueldo».

(87) Para una visión histórica y comparada del delito de cohecho *vid.* TEJERA, *El cohecho*. Sobre la regulación del cohecho en el CP anterior puede verse, VALEIJE, *corrupción*; para el actual, OLAIZOLA NOGALES, *cohecho*. Sobre la terminología, CATALÁN SENDER, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos*, 191 y 192.

(88) *Vid.* OCTAVIO DE TOLEDO, «negocios», 869 y 870. No obstante, termina afirmando este autor la vinculación entre las figuras de cohecho y su etimología,

Son significativas las novedades introducidas en el CP actual (89); así, en cuanto a lo que tradicionalmente se denomina «cohecho pasivo (90) propio (91)» (arts. 419 a 421), se aclara ahora que la solicitud o recepción de dádiva o presente o la aceptación de ofrecimiento o promesa puede ser «en provecho propio o de un tercero», resolviendo así las dudas doctrinales sobre lo que sucedía cuando el funcionario no pretendía para sí la dádiva, sino que la solicitaba o recibía en provecho de una tercera persona (92).

Por otro lado, en el artículo 419 se modifica la redacción del CP anterior (art. 385) por lo que se refiere al motivo de la punición. Si antes se decía «por ejecutar un acto relativo al ejercicio de su cargo que constituya delito», el CP actual establece ahora una finalidad: «para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutiva de delito» (93).

La utilización de diferente preposición en los artículos 419 («para realizar») y 420 («por ejecutar») CP 1995 (94) al igual que sucedía en los artículos 385 y 386 CP anterior, puede ser criticada en la actualidad, en la que la disposición del autor a cometer un delito no debería incrementar lo injusto del delito de cohecho (95).

señalando que «el término “cohecho” parece que procede, en efecto, del supuesto latín vulgar *confectare*, equivalente a “arreglar”, “preparar” (DRAE)».

(89) Sobre el cohecho (fundamentalmente el activo) en la legislación penal española y comparada, puede verse, MATA BARRANCO, *corrupción*, pp. 20 a 32.

(90) Opina FEIJOO, «Delitos contra la Administración pública», 1684, que «La tradicional distinción entre “cohecho activo” y “cohecho pasivo” carece ya de sentido, pareciendo más correcto distinguirse a efectos interpretativos, [...] entre cohecho del funcionario y cohecho del particular». En el mismo sentido, MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, 1637.

(91) Sin embargo, RODRÍGUEZ PUERTA, *Cohecho*, 155 ss., señala que, si bien en el CP anterior podía asumirse esta nomenclatura (cohecho propio/impropio), en la actual regulación «las perturbadoras condiciones que impedían distinguir en el delito de cohecho entre el supuesto básico y las modalidades agravadas han desaparecido», por lo que llega a la conclusión de que «no existen razones para mantener la distinción entre cohecho propio e impropio, si con ella se persigue únicamente destacar la distinta significación de las modalidades agravadas de cohecho y la modalidad básica». La misma argumentación puede verse en MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, 1637.

(92) RODRÍGUEZ DEVESA. «Cohecho», 362, entendía que el comportamiento del funcionario que sólo actuaba en provecho de tercera persona era impune.

(93) *Vid.* RODRÍGUEZ DEVESA, «Cohecho», 362.

(94) Lo cual indica que, en el primero de los casos, el sujeto será castigado sin necesidad de que el delito objeto del cohecho se realice, mientras que en el segundo caso sí se realiza.

(95) *Vid.* MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA. *Comentarios a la PE*, 1639, en la que se tacha esta situación de «perturbadora previsión legal», indicando a continuación que «si bien esta calificación podía resultar explicable en otras épocas, en las

Otra diferencia significativa la encontramos en que el artículo 421 (abstenerse de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo) castiga al funcionario con pena de multa e inhabilitación, mientras que su predecesor lo hacía con pena de prisión y multa (arresto mayor y multa del tanto al triplo del valor de la dádiva solicitada, recibida o prometida).

En el artículo 422, que mantiene una redacción parecida a la del artículo 388 CP anterior, se amplía el ámbito de aplicación del cohecho pasivo a determinados sujetos que, no siendo funcionarios públicos a efectos penales (por faltarles el requisito de la habilitación para ello) sí participan en el ejercicio de la función pública (96).

Los artículos 423 y 424 regulan el cohecho cometido por un particular (97). A diferencia de lo que ocurría en el artículo 391 CP anterior, en el actual 423 se distingue, a efectos de la pena, entre el supuesto en que el particular corrompe (o lo intenta) al funcionario público a través de las dádivas, regalos, ofrecimientos o promesas y aquel otro en que el particular atiende a la solicitud del funcionario, supuesto este último en el que se atenúa la pena.

En el artículo 424 (98) (cuando el soborno del particular al funcionario lo es en una causa criminal a favor del reo), se introducen, con respecto al CP anterior, otras posibles relaciones con el reo que también provocarán el castigo. Así, no será sólo el cónyuge sino también «otra persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad» y, además, se introduce el parentesco por adopción.

Una cierta novedad (99) es la del artículo 427, en virtud del cual el particular que de forma ocasional haya accedido a la solicitud de dádiva por parte del funcionario y denuncie el hecho (antes de la apertura del correspondiente procedimiento y siempre que no hallan trans-

que delito de cohecho se entendía como medio para la comisión de otros delitos, esta concepción del delito comentado ha perdido hoy toda su vigencia».

(96) *Vid.* una crítica al artículo 422 CP 1995 en OCTAVIO DE TOLEDO, «negocios», 876 y 877.

(97) Argumentos a favor de la punición del cohecho activo impropio podemos verlos en FEIJÓO, «Delitos contra la Administración pública», 1685.

(98) Se trata en este caso de un tipo privilegiado debido a la situación del responsable del hecho, que actúa en una situación anímica que lleva a la ley a disminuir su conminación penal. Así, MESTRE DELGADO, *Derecho penal. PE*, 575.

(99) Puede verse, no obstante, la regulación del CP 1928 en la que, si la iniciativa partía del funcionario, únicamente se castigaba a éste si el particular, hubiera o no aceptado la solicitud, denunciaba el hecho. Si no lo hacía, el particular era castigado como encubridor del delito en que había incurrido el funcionario.

currido más de diez días desde la fecha de los hechos), quedará exento de pena (100).

Por último, los artículos 425 y 426 incriminan el denominado cohecho pasivo impropio. El segundo de éstos es similar al 390 CP anterior. Sin embargo, en el CP anterior no constaba la previsión del actual artículo 425, en el que el funcionario (innecesaria, de nuevo, la referencia a la autoridad, aunque el legislador vuelve a utilizarla ahora) solicita dádiva o presente o admite ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo o como recompensa del ya realizado. Estos artículos impiden aceptar al principio de imparcialidad como bien jurídico protegido en todos los delitos de cohecho, como expongo a continuación.

Son varias las posiciones en relación con el bien protegido en los delitos de cohecho (101). Así, la confianza de la sociedad en el correcto funcionamiento de la Administración (102) o la Administración como institución (103). Sin embargo, es habitual hoy en la doctrina científica localizar el objeto de protección de estos delitos en el respeto del principio de imparcialidad en el desempeño de la actividad o actividades públicas (104) una vez superada la teoría de deber del cargo, que aglutinaba las diferentes modalidades de cohecho en torno al deber de probidad que debía presidir la actuación del funcionario (105).

Sin embargo, no puede ser la imparcialidad lo protegido en el conjunto de artículos recogidos bajo la rúbrica «Del cohecho». Ello se debe, fundamentalmente y como he avanzado, a que existen algunos tipos de cohecho en los que la imparcialidad no se vulnera o no se pone en peligro. Así, cuando el funcionario solicita dádiva o presente

(100) Por lo que se refiere a esta excusa personal de exclusión de la pena, entiende MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. PE*, 996 y 997, que no está justificado este precepto. Con este sistema puede atraparse «a algún funcionario corrupto pero se deja impune al gran corruptor (empresario importante, o a intermediarios profesionales, etc.) que puede utilizarlo cuando le convenga [...]». Vid., también, las críticas a este precepto en GARCÍA ESPAÑA, *corrupción administrativa*, pp. 116-118. Por otra parte, como señala FABIÁN, *corrupción*, 122, este artículo 427 «eleva a eximente la atenuación prevista en el artículo 21.4 del CP, limitándola al ámbito del cohecho activo».

(101) Puede verse algunas propuestas realizadas por la doctrina en, por ejemplo, CARDENAL MONTRAVETA, *cohecho*, 304.

(102) Vid. CÓRDOBA RODA, *cohecho*, 176.

(103) La crítica realizada por OCTAVIO DE TOLEDO, *La Ley*, 1996-5, 1517, a la rúbrica del Título XIX, Libro II CP 1995 (lo protegido sería en todo caso la función administrativa y no la Administración como organismo o conjunto de organismos) puede hacerse también ahora. En un Estado democrático lo protegido no puede ser la Administración.

(104) Así, por ejemplo, MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, 1632 y VALEIJE, *cohecho*, pp. 354 ss.

(105) MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, 1632.

o admite ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio del cargo (art. 425.1 CP 1995) o cuando el funcionario admite dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente (art. 426 CP actual) (106).

En todos los delitos de cohecho así como en los de tráfico de influencias, malversación, fraudes y exacciones ilegales y en las negociaciones y actividades prohibidas [conjunto de delitos relacionados tradicionalmente con la corrupción (107)] puede observarse una nota genérica común: el abuso del cargo con fines ajenos a los públicos (108) o, dicho de otra forma, «la preocupación por evitar la actuación pública en interés privado o el reflejo del interés privado en la actuación pública» (109).

Además, en todos los tipos de cohecho se persigue la existencia de un interés económico por parte del funcionario. Lo que se trata de evitar es el enriquecimiento ilícito que puede llegar a lograr el funcionario inmiscuyendo intereses privados en los públicos.

El bien jurídico protegido en estos delitos, una vez desechado el principio de imparcialidad, es la no venalidad del ejercicio de la actividad pública. El funcionario expone a la venta el ejercicio de su actividad para intentar conseguir un beneficio económico privado que nada tiene que ver con la actividad pública que desempeña. El enriquecimiento injusto del funcionario puede atajarse, precisamente, protegiendo la exposición a la venta del ejercicio de las actividades públicas (110).

Por tanto, si bien la ausencia de interés privado en las funciones públicas puede ser un criterio de agrupación de todas las figuras de cohecho (pero también de otros delitos, como los ya mencionados de tráfico de influencias, malversación, fraudes y exacciones ilegales y negociaciones y actividades prohibidas), el objeto de protección lo constituye la no venalidad del ejercicio de las funciones públicas.

(106) Además, como añade OCTAVIO DE TOLEDO, «negocios», 872, «no puede inferirse la exigencia de imparcialidad en su actuación de una norma (el art. 103 CE) exclusivamente referida a la administración pública. Habrían de traerse a colación los artículos de la Constitución 117.1, respecto a los jueces, y 124.2, respecto a los fiscales; sin que resulte posible [...] encontrar una norma similar respecto a los parlamentarios».

(107) MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, 1632.

(108) MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, 1632.

(109) *Vid.* OCTAVIO DE TOLEDO, «negocios», 870. El autor indica lo anterior refiriéndose exclusivamente a los delitos de cohecho, pero entiendo que puede hacerse extensivo a los demás delitos citados en el texto.

(110) La idea del enriquecimiento injusto y de la no venalidad del ejercicio de las funciones públicas la expuso ya OCTAVIO DE TOLEDO, «negocios», pp. 871 y 872.

6. Del tráfico de influencias

La LO 9/1991 de 22 de marzo introdujo por vez primera el delito de tráfico de influencias en el Capítulo XIII, Libro II CP anterior (111). La actual regulación alberga este delito en el Capítulo VI, «Del tráfico (112) de influencias», del Título XIX, en los artículos 428 a 431. Con anterioridad a 1991 ya la doctrina se había pronunciado por la necesidad de introducir estos delitos en el CP, puesto que no todos los comportamientos podían quedar subsumidos en los tipos entonces existentes destinados a castigar los delitos de funcionarios (113).

Los artículos 428 y 429 –antiguos arts. 404 bis a) y b)–, que prevén un tipo básico y otro agravado, ya no requieren que se produzca efectivamente una resolución de la que se derive un beneficio económico (114). Es suficiente para que se produzca la consumación la influencia del funcionario o autoridad «para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero». No obstante, de obtenerse el beneficio que se perseguía, la pena para el sujeto activo se agravará (115).

El artículo 430 CP 1995, en el que se incrimina a «los que, ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los artículos anteriores, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remunera-

(111) Indica CATALÁN SENDER, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos*, 223, que este delito tenía ya un precedente en el CP 1928 (inspirándose éste en el Proyecto de 1912 y éste, a su vez, en el Código Penal italiano de la época), donde al regular el delito de cohecho se contemplaba y castigaba un limitado tráfico de influencias; fue con la reforma de 1991 del CP cuando verdaderamente adquirió carta de naturaleza este delito. Puede verse también CASAS BARQUERO, «Tráfico de influencias», 167 y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «evolución legislativa», 223, y CABELLO, «Razón», pp. 83 ss.; además, sobre la regulación en la LO 9/1991, la tramitación parlamentaria del CP 1995 y el propio CP 1995, GARCÍA ARÁN, *tráfico de influencias*, pp. 19 y 20.

(112) Apunta OCTAVIO DE TOLEDO, «tráfico de influencias», 1522, que «a nadie deja de llamar la atención que, alusiva la rúbrica del Capítulo al «tráfico de influencias», realmente sólo sean conductas de tráfico, es decir, de comerciar o negociar con dinero y mercancías» las del «artículo 430 y, además, que ello lo sea, precisamente, no con las influencias mismas, sino con el mero ofrecimiento de llegar a ejercerlas»; de la misma opinión, MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, 1680.

(113) *Vid.* GARCÍA PLANAS, «tráfico de influencias», pp. 26 a 29; sobre cuestiones concursales en la actualidad, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. PE*, 1013 y MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, pp. 1686 a 1688.

(114) *Vid.*, para la situación anterior al CP 1995, RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. PE*, 1207; también, MUÑOZ CONDE, *Apéndice a Derecho penal. PE*, 1990, pp. 8 ss.

(115) En este sentido, FEIJOO, «Delitos contra la Administración pública», 1686.

ción, o aceptaren ofrecimiento o promesa», no parece que tenga que ver directamente con el ejercicio de la función pública, salvo su referencia a la misma como objeto de influencia (116). Así, no es necesario para la consumación de este delito «ni siquiera que se intente influir en los funcionarios públicos» [...], «ni que la oferta de influencia sea aceptada, ni que la solicitud de remuneración sea atendida» (esto último cuando se trata del ofrecimiento de influir con solicitud de remuneración) (117). Es, por tanto, difícil encontrar un bien «jurídico» y no, simplemente, conductas moralmente reprochables. No obstante, algunos autores lo han localizado en el «prestigio de la Administración» (118) o en «el buen nombre de la Administración» (119). Sin embargo, creo que, en todo caso, sería preferible localizar el objeto de tutela en el prestigio o el buen nombre de las actividades públicas, englobando de esta manera no sólo la actividad administrativa y, quizá, la judicial, sino también la parlamentaria. De cualquier forma, sería deseable, de *lege ferenda*, prescindir de esta modalidad delictiva en el CP puesto que no existe un verdadero interés jurídico para su permanencia sino, únicamente, razones morales (120).

En cuanto al bien jurídico tutelado en los artículos 428 y 429, conviene recordar que con este delito, así como con la mayor parte de los ubicados en el Título XIX «Delitos contra la Administración pública», no sólo se atenta contra la actividad administrativa, sino también contra la judicial y la parlamentaria. Por tanto, el objeto de protección que se halle no puede circunscribirse a la función administrativa, sino que ha de poder referirse también a las otras dos (121). Tampoco puede locali-

(116) Así, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. PE*, 1014.

(117) Así, OCTAVIO DE TOLEDO, «tráfico de influencias», 1522.

(118) Vid. MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, 1689.

(119) Vid. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. PE*, 1014

(120) En este sentido, MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, 1990, quienes apuntan que «estamos ante una figura delictiva, que ejerce una función meramente simbólica, exponente del recurso al Derecho penal para tranquilizar la conciencia colectiva; pobre y distorsionada misión para el Derecho penal, convertido en ocasiones en *prima ratio* no ya jurídica sino moral». Además, dice OCTAVIO DE TOLEDO, «negocios», 1522, que estas conductas resultan, sin embargo, «altamente inconvenientes desde distintos puntos de vista y, desde luego, discriminatorias o calificables de explotadoras. Y que, en todo caso, debieran estar previstas en los códigos deontológico y reglamentos disciplinarios profesionales».

(121) Por tanto, el bien jurídico tutelado no puede hallarse en la «función pública o administrativa», señalando luego que «se vulnera con la conducta aquí sancionada el mandato constitucional de que la Administración debe servir con objetividad a los intereses generales (art. 103.1 C.E.) y no a los individuales y espúreos de los gobernantes o funcionarios que forman parte del entramado de la misma. Es, en fin, la imparcialidad (art. 103.3 C.E.) [...] el bien jurídico tutelado» (así, CATALÁN SENDER, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos*, pp. 226 y 227). Los

zarse en «la pureza y rectitud de la Administración y, por extensión, de los servidores públicos» (122); y ello, fundamentalmente, porque ni la «pureza» de la «Administración» ni su «rectitud» (o la de los servidores públicos que la integran) constituyen bienes «jurídicos», sino que vienen referidos a cuestiones morales, como ya he indicado.

La incriminación de los delitos de tráfico de influencias de los artículos 428 y 429 CP 1995 pretende evitar la interferencia de intereses particulares, no públicos, en la toma de decisiones públicas. Se pretende impedir la utilización de las funciones públicas para lograr intereses privados. Visto desde este punto de vista, los bienes jurídicos que se protegen son los de objetividad, imparcialidad, independencia e igualdad (123). Para evitar la interferencia de intereses particulares en los públicos, el funcionario ha de actuar de forma desinteresada o desapasionada (esto es, con objetividad); además, ha de faltarle cualquier designio anticipado o de prevención a favor o en contra de alguien o de algo (esto es, ha de actuar con imparcialidad); no ha de admitir intervención ajena (de forma independiente); finalmente, ha de actuar respetando la igualdad de todos los ciudadanos, sin que los intereses de unos sean tenidos en cuenta por encima de los de otros (124).

Además, estos bienes jurídicos hallados pueden observarse en relación con todas las actividades públicas; las administrativas, las judiciales y las parlamentarias. En este sentido, aunque la CE no es el único lugar en el que pueden encontrarse los bienes jurídicos a proteger penalmente, sí puede constituir un buen punto de partida para ello (125). El artículo 9 CE contiene las claves para encontrar los bienes jurídicos hallados en el delito de tráfico de influencias. El apartado primero señala que «los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico»; el apartado segundo indica que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas [...]»; finalmente, el apartado tercero del artículo 9 CE dice que «La Constitución garantiza el principio de legalidad [...] y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos».

apartados primero y tercero del artículo 103 CE sólo vienen referidos a la actividad administrativa y no a otras actividades públicas, por lo que su referencia no puede servir, o no únicamente, para determinar el bien protegido.

(122) Vid. CATALÁN SENDER, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos*, 227.

(123) Así, OCTAVIO DE TOLEDO, «negocios», 1516.

(124) Vid. también, OCTAVIO DE TOLEDO, «negocios», 1516.

(125) Vid. OCTAVIO DE TOLEDO, «observancia», 1503.

Por tanto, el apartado segundo del artículo 9 CE proclama el principio de respeto de la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley (que el art. 14 CE también apunta) por parte de todos los poderes públicos (ejecutivo, legislativo y judicial). De otra parte, si los poderes públicos están sujetos a la legalidad (apartado primero) y, además, está prohibida la arbitrariedad de los mismos (apartado tercero), los principios de objetividad e imparcialidad con que han de actuar estos poderes públicos se encuentran, aunque sea implícitamente, en los citados principios. No obstante, para el caso de la actividad administrativa y la judicial y fiscal, alguno de estos principios se recoge, de forma explícita o no, en otros artículos de la CE. Así, referido a la actividad administrativa, el apartado primero del artículo 103 CE (Título IV «Del Gobierno y de la Administración») indica que «la Administración Pública sirve *con objetividad* los intereses generales [...]», mientras que el apartado tercero de este artículo dice que «la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos [...] y las garantías para la *imparcialidad* en el ejercicio de sus funciones». En cuanto a la actividad judicial, estos principios se ven reflejados cuando el artículo 117 CE («Título VI «Del Poder Judicial») apunta la *independencia* de Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial que, además, están *sometidos al imperio de la ley*. Finalmente, los fiscales han de ejercer sus funciones «con sujeción, en todo caso, a los principios de legalidad e *imparcialidad*» (art. 124 CE, apartado segundo) y, además, tienen como misión *promover los derechos de los ciudadanos* (art. 124, apartado primero, CE).

En definitiva, tanto la independencia como la objetividad y la imparcialidad con que han de actuar aquellos que ejercen funciones públicas, así como el respeto a la igualdad de los ciudadanos, son principios predicables de todas las actividades públicas; así, de las administrativas, judiciales y fiscales. De otra parte, estos mismos principios, salvo el de imparcialidad, inspiran la actuación de las actividades parlamentarias.

Por otra parte, algunos autores han señalado la afinidad de las conductas de tráfico de influencias con el delito de cohecho, por cuanto se trata también de «evitar la desviación del interés general hacia fines particulares» (126) y, en este sentido, indican los principios de imparcialidad y objetividad como los bienes jurídicos tutelados en ambos delitos (127). Sin embargo, recuérdese que el objeto tutelado pro-

(126) Así, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*. PE, 1010.

(127) Vid. CUGAT, *La desviación del interés general*, pp. 104 ss. y MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, 1680, quienes apuntan, además, que la diferencia entre el delito de cohecho y el de tráfico de influencia está en que «a

puesto en los delitos de cohecho no es la imparcialidad sino la no venalidad en el ejercicio del cargo. Una de las razones para no ver en el principio de imparcialidad el bien tutelado es la existencia de tipos en el cohecho en los que de ninguna manera se vulnera o pone en peligro la imparcialidad; así cuando el funcionario solicita dádiva o presente o admite ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio del cargo (art. 425.1 CP 1995) o cuando el funcionario admite dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente (art. 426 CP 1995).

Además, como algún autor ha destacado (128), la remisión que «hace el artículo 430 a los “artículos anteriores”, debe entenderse limitada a una parte de los artículos 428 y 429. De manera tal que, como consecuencia, los supuestos de hipotético concurso [con el cohecho] quedan directa y únicamente sujetos a la previsión del cohecho que hace el artículo 419 del Código Penal; en tanto que los supuestos concernientes al ofrecimiento de influir sobre la base de relaciones personales, quedan comprendidos en el artículo 430, sea o no el sujeto activo un funcionario público (en quien, acaso, quepa apreciar la agravante 7.^a del art. 22 del Código Penal)». Y concluye señalando este mismo autor que «ello habla a favor de que los bienes jurídicos afectados por los delitos de cohecho y por los relativos al tráfico de influencias son en algo diferentes: en aquéllos se tratará de la no venalidad en el ejercicio del cargo, como antecedente de la legalidad, no arbitrariedad, objetividad, imparcialidad, independencia e igualdad; mientras que en éstos se trata, ya directamente, de estos valores».

7. De la malversación

La regulación del delito de malversación ha supuesto una modificación sustancial respecto a la del CP anterior (129). El Capítulo VII, «De la malversación» (arts. 432 a 435), varía, para empezar, la propia rúbrica; el Capítulo X CP anterior se titulaba «De la malversación de

diferencia de lo que ocurre en el delito de cohecho, en el tráfico de influencias se incriminan aquellos supuestos en los que se persigue situar al funcionario en una posición parcial respecto a su futura decisión utilizando medios distintos a los dádivas o presentes para influir en su proceso de motivación».

(128) OCTAVIO DE TOLEDO, «negocios», 1523.

(129) Para una visión de los antecedentes legislativos (también antes de la codificación), ENTRENA FABRÉ, *malversación*, pp. 15 ss.; OLESA, «malversación por sustracción de caudales», pp. 621 ss.; por otra parte, FEIJOO, «Delitos contra la Administración pública», 1686, entiende que estas modificaciones «deben valorarse en general de forma positiva. Sobre todo porque en la actualidad el delito de malversación goza de una unidad sistemática de la que carecía en la regulación anterior».

caudales públicos». Esta modificación en el epígrafe responde al intento por adecuar la rúbrica con el contenido real de los tipos, al no consistir siempre el objeto material del delito en caudales públicos (130), sino, en ocasiones, también en bienes pertenecientes a los particulares (131).

Pero no sólo la rúbrica del capítulo se ha modificado. Se ha producido una reestructuración que va más allá de lo que supone la omisión en la rúbrica del objeto del delito (132). Además, ha desaparecido la imposición de penas privativas de libertad en atención a la cuantía de lo sustraído, penas que podían llegar hasta los veinte años de reclusión cuando lo apropiado superaba los 2.500.000 pesetas, lo que podía resultar atentatorio al principio de proporcionalidad de las penas

Se han suprimido las modalidades contempladas en los artículos 395, 397 y 398 CP anterior (133). El artículo 395 castigaba (con diferentes penas según el valor) al funcionario que «por abandono o negligencia inexcusables diere ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos públicos» siempre que el valor de dichos caudales o efectos superase las 30.000 pesetas. Esta supresión traslada este tipo de situaciones al ámbito disciplinario, excluyendo de aplicación a la normativa penal.

Desaparece también el artículo 397 que sancionaba, con mayor o menor pena según resultare o no daño o entorpecimiento del servicio, al funcionario «que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados» (134). El legislador ha tenido en cuenta las críticas referidas a la menor gravedad de esta infracción así como a la circunstancia de que la alteración del destino de los caudales viene impuesta en ocasiones por exigencias de la gestión del servicio público (135).

(130) Sobre el significado del término «caudales públicos», MORALES GARCÍA, *delitos de malversación*, pp. 117 ss.; También, CASTRO MORENO, *malversación de caudales*, pp. 153 a 156.

(131) Así, MORALES PRATS/MORALES GARCÍA, *Comentarios a la PE*, 1692.

(132) Las novedades más importantes pueden verse, de forma resumida, en MORALES GARCÍA, *delitos de malversación*, 28, y ROCA AGAPITO, *El delito de malversación*, pp. 68 ss.

(133) MORALES PRATS/MORALES GARCÍA, *Comentarios a la PE*, 1693, opinan favorablemente respecto a esta supresión; así, dicen que «el Capítulo dedicado a los delitos de malversación queda, pues, prácticamente vaciado de la carga autoritaria que las figuras aludidas imprimían, en tanto su existencia como delitos autónomos difícilmente podía explicarse sin recaer en la imposición de deberes administrativos-funcionariales que los mismos destilaban [...]».

(134) Sobre el artículo 397 CP anterior, MIR, C., «malversación», pp.75 ss. y CUAREZMA, «La naturaleza», pp. 197 ss.

(135) *Vid.* ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, «Malversación de caudales», 181.

Finalmente, queda suprimido el artículo 398, en el que se incriminaba al funcionario público que «debiendo hacer un pago como tenedor de fondos del Estado no lo hiciera», así como al que «requerido por orden de autoridad competente, rehusare hacer entrega de una cosa puesta bajo su custodia o administración».

Por otro lado, se ha incluido el artículo 434 en las previsiones operadas por el legislador de 1995. De esta forma, se tipifica el comportamiento del funcionario que «con ánimo de lucro propio o ajeno y con grave perjuicio para la causa pública, diere una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier Administración o Entidad estatal, autonómica o local u Organismos dependientes de alguna de ellas» (136). Sin embargo, se plantea un problema de delimitación respecto a las restantes figuras de malversación, que habrán de solventarse acudiendo a la interpretación del mismo sin rebasar el principio fundamental de legalidad (137).

Por último, además de los tipos que han resultado suprimidos y de aquel otro incluido por vez primera en la legislación penal, los comportamientos punibles que subsisten se han visto modificados con respecto a la regulación anterior.

(136) Para la distinción entre la modalidad de uso de caudales públicos del artículo 433 CP y la de uso de bienes muebles o inmuebles públicos del artículo 434 CP, puede verse, CASTRO MORENO, «modalidades de malversación de uso», pp. 23 ss.

(137) Es fundamental, en este caso, la idea aportada, entre otros, por ENTRENA FABRÉ, *malversación*, 93, en la que indica que «su inclusión en nuestro ordenamiento constituye un ejemplo más de cómo un interés esencialmente dirigido a acallar determinados escándalos políticos, conduce a la redacción precipitada de nuevos tipos penales, con sus consiguientes deficiencias técnicas, ya que resulta, en algunos aspectos, de difícil acoplamiento en el esquema tradicional de los delitos de malversación [...]». Los escándalos políticos a los que se hace mención son los del denominado «caso Juan Guerra»; las actas del debate parlamentario así parecen demostrarlo. *Vid.*, en cuanto a esto último, MUÑOZ CUESTA, «malversación», 1571, quien entiende que «esta conducta creemos ha sido introducida en el Código Penal con motivo de la utilización de dependencias públicas para gestionar asuntos particulares, habiendo tenido como antecedente el enjuiciamiento del uso de un despacho oficial al margen de la función pública a que debía ser destinado, causa que en su momento fue objeto de atención por todos los medios de comunicación»; *Vid.*, también, ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, «Malversación de caudales», 200, y FEIJOO, «Delitos contra la Administración pública», 1687, cuando indica que «Los problemas de corrupción que dominaban la vida política durante la tramitación parlamentaria han motivado la aparición de un precepto de estas características. El objeto del mismo es combatir formas sutiles y modernas de explotar los bienes de la Administración para fines particulares cerrando lagunas de punibilidad en relación a hechos que habían causado y causan una considerable conmoción pública. La «picaresca» había superado las posibilidades de reacción del Derecho penal».

La actual regulación del delito de malversación queda reducida a los artículos 432 a 435, configurándose un delito de nuevo cuño en el artículo 434 como ya ha quedado apuntado.

Queda, por tanto, de la siguiente forma. El artículo 432 contiene un tipo básico en su párrafo primero, donde se recoge el comportamiento del funcionario que «con ánimo de lucro, sustrajere (138) o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo». Se recogen también varios tipos agravados en el apartado segundo cuando la malversación «revisitiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público» (139), cuando las cosas malversadas «hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico» o, finalmente, cuando «se tratara de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública». En el apartado tercero se regula un tipo privilegiado cuando la sustracción no alcance la cantidad de cuatro mil euros.

Es novedad respecto a la regulación anterior la mención expresa al «ánimo de lucro», tanto en la conducta activa del funcionario que sustrae como en la omisiva, donde la sustracción es llevada a cabo por un tercero, superándose de esta forma la cuestión que se planteaba con el derogado Código sobre si el ánimo de lucro debía concurrir o no en el delito de malversación.

En el artículo 433, que sustituye al derogado artículo 396, se han producido diferentes modificaciones; así, en primer lugar, la expresión «a usos propios o ajenos» se ha sustituido por la de destinar los caudales o efectos a «usos ajenos a la función pública». Esta variación ha sido valorada de forma diversa por la doctrina (140). En segundo lugar, a efectos de la determinación de la pena, ya no se hace referencia al

(138) Dice FELJOO, «Delitos contra la Administración pública», 1686, que «El legislador ha hecho caso omiso de las críticas que había recibido la redacción anterior por utilizar inapropiadamente desde 1848 el verbo típico sustraer en lugar de hacer alusión con mejor técnica legislativa a la apropiación». Luego, sin embargo, considera «que se debe valorar positivamente la desaparición del casuismo que caracterizaba a la anterior regulación del tipo básico (art. 394). En este sentido el legislador no ha hecho oídos sordos a las críticas doctrinales».

(139) Sobre si basta uno de ellos, o si la agravación descansa sobre la concurrencia conjunta de los dos datos, esto es, la especial gravedad y el daño o entorpecimiento, *Vid.* ORTS, *Derecho penal. PE*, 933.

(140) Dice ENTRENA FABRÉ, *malversación*, pp. 78 y 79, que en el concepto de «usos ajenos a la función pública» no cabe incluir «aquel uso afecto a una finalidad pública pero diversa de la inicialmente prevista, ya que esta conducta estaba prevista en el artículo 397 CP 73 y en la actualidad debe reputarse atípica y, en su caso, constitutiva de una infracción disciplinaria o responsabilidad contable». Señalan MORALES PRATS/MORALES GARCÍA, *Comentarios a la PE*, 1704, que esta expresión, más

daño o entorpecimiento al servicio público, abandonando de esta forma la técnica legislativa de los delitos cualificados por el resultado. En tercer lugar, la pena para el caso de que concurran todos los elementos del delito se ve aumentada en los supuestos de reintegro de los caudales o efectos desviados, dada la introducción de la pena de días-multa (junto a la de suspensión de empleo o cargo público) y disminuida para los casos de apropiación definitiva o reintegro tardío, al aplicarse las penas del artículo anterior (432), más reducidas que las del artículo 394 CP anterior. Finalmente, si bien el término para reintegrar el importe de lo sustraído sigue siendo de diez días, el CP actual sustituye el término «sumario» del CP anterior por el de «incoación del proceso», expresión más amplia que abarca otro tipo de procedimientos.

En cuanto al artículo 435 (141), mantiene en esencia el contenido del derogado artículo 399 (142), aunque mejor estructurado. Se trata de la aplicación de los artículos anteriores (432, 433 y 444) a determinados sujetos que no tienen la condición de funcionario público, por muy amplia que ésta quiera entenderse. No obstante, la ausencia de esta cualificación no impide (en mi opinión sí en la regulación anterior, precisamente por no ser funcionarios y exigirlo así la propia rúbrica del Título) en este caso, que lo protegido, sin perjuicio de lo que diré más adelante, sea la actividad pública. Al tratarse de sujetos encargados de fondos, rentas o efectos de las Administraciones públicas, o designados legalmente como depositarios de caudales o efectos públicos o administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, la actividad pública se ve igualmente afectada por sus comportamientos; por tanto, en estos casos descritos por el legislador, se equipara el funcionario público con el particular que, en determinadas circunstancias, va a realizar funciones públicas.

Por otra parte, la determinación del bien jurídico protegido en los delitos de malversación no parece una cuestión fácil. Existen conductas en las que el funcionario se apropia de forma definitiva de caudales o efectos, mientras que en otros tipos el sujeto activo sólo realiza un uso indebido de los mismos; en el artículo 435 CP 1995 sujetos activos no son autoridades o funcionarios sino determinados particulares; objetos materiales del delito son los caudales o efectos públicos pero

acertada, «favorece, desde luego, las tesis de servicio público en detrimento de la denostada teoría de los delitos de infracción de deber».

(141) Sobre el delito de malversación impropia, CASTRO MORENO, *malversación de caudales*, pp. 86 ss.

(142) Para el estudio de la autoría y la participación en este delito de malversación impropia, DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Inducción o autoría mediata».

también, en ocasiones, bienes muebles o inmuebles. En definitiva, la doctrina no se pone de acuerdo en cuál sea el bien protegido (143); y todo ello a pesar de las numerosas sentencias del Tribunal Supremo, que convierten a la malversación en el «delito estrella» de entre los «Delitos contra la Administración pública» (144).

Parte de la doctrina (145) ha localizado el bien protegido en el deber de fidelidad o lealtad que tiene el funcionario para con la administración pública (146), sobretudo en la regulación del CP anterior. No obstante, algunos autores han apuntado un doble objeto de protección; además de señalar lo anterior, entienden que estos delitos pueden tener también una trascendencia en el ámbito patrimonial (147) o, de forma algo diferente, que es el patrimonio público lo fundamentalmente lesionado (148). Otros entienden que la protección del patrimonio público ha de entenderse de forma instrumental, de manera que el bien jurídico protegido en la malversación sería la actividad que el Estado lleva a cabo en favor de los administrados (149). Finalmente, algunos autores mantienen que el bien protegido es la Hacienda Pública misma, en su vertiente de gasto (150).

(143) Sobre el bien jurídico tutelado puede verse, ENTRENA FABRÉ, *Malversación*, pp. 25 a 37 y CATALÁN SENDER, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios*, pp. 243 a 246.

(144) Dice CATALÁN SENDER, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios*, p. 244, que «si analizamos la jurisprudencia, deduciremos fácilmente que nos encontramos ante el delito estrella de entre los relativos a los delitos contra la Administración Pública, esto es, el que más cifra de criminalidad arroja en la praxis, junto actualmente al delito de prevaricación».

(145) Así, SUÁREZ MONTES, «Malversación de caudales», pp. 867 y 868, y BLECUA FRAGA, «Malversación», p. 748.

(146) Sobre la infracción del deber y su crítica puede verse FERRÉ OLIVÉ, «Corrupción», pp. 17 y 18.

(147) Por ejemplo, OLESA MUÑIDO, «malversación por sustracción de caudales», p. 632, y también SUÁREZ MONTES, «Malversación de caudales», pp. 867 y 868, puesto que después de cifrar el objeto de tutela en los delitos de malversación en los deberes concretos que incumben al funcionario público, admite luego que, en último término, el bien protegido es el acervo público. En parecido sentido, CASTRO FELICIANO, «fondos públicos», p. 448, quien señala que lo protegido son los diversos intereses económicos de las Administraciones Públicas.

(148) Dice CASTRO MORENO, *La malversación de caudales*, pp. 54 y 55, que «no es de extrañar que, tanto la jurisprudencia como algunos autores, cuando tratan la cuestión, se refieran al delito de malversación como «pluriofensivo» o «híbrido»; si bien, insisto, a mi modo de ver, el aspecto predominante (sic) y fundamental estriba en la lesión del patrimonio público».

(149) Así, por ejemplo, CRESPO BARQUERO, *Código Penal de 1995*, 1714, y MUÑOZ CUESTA, «Malversación», 1570.

(150) Así, por ejemplo, BLECUA FRAGA, «Malversación», 764, aunque sin excluir la infracción del deber.

En mi opinión, para establecer el bien jurídico tutelado en los delitos de malversación ha de partirse del patrimonio público. Aunque son varias las razones para observar en el patrimonio público un inicial objeto de protección (151), sólo me detengo en alguna de ellas. Ya he indicado la supresión en el CP actual de los artículos 397 y 398 CP anterior. En ellos se incriminaba la aplicación pública de caudales a diferente destino y la retención indebida de fondos, respectivamente. En ninguna de estas figuras existía un menoscabo patrimonial (152), «lo que atenúa en gran medida las diferencias que bajo la anterior regulación podían existir entre los tipos de malversación y los de carácter patrimonial» (153). Por otra parte, también he apuntado que en el artículo 432 se exige, tras la entrada en vigor del CP 1995, «ánimo de lucro», de la misma forma que en el artículo 434, incluido por vez primera en el Código. Este nuevo elemento parece avalar el contenido patrimonial de los nuevos tipos (154). Además, en este mismo sentido, puede apreciarse la supresión del nuevo Código del artículo 395 CP anterior, en el que se incriminaban conductas imprudentes en las que, por tanto, no existía ánimo de lucro (155). Por otra parte, la mayoría de la doctrina entiende que la malversación es un delito especial impropio (156), señalando que si falta la condición de autoridad o funcionario público del sujeto activo podrán aplicarse, según el caso, diversas conductas patrimoniales como el robo, la estafa, el hurto o, fundamentalmente, la apropiación indebida. Finalmente, en relación al principio acusatorio, el Tribunal Supremo ha entendido correcto condenar por delitos patrimoniales como la estafa o la apropiación indebida cuando el sujeto había sido acusado únicamente por un delito de malversación; y todo ello puesto que existe homogeneidad de tales infracciones (157).

No obstante, a pesar de entender que es el patrimonio público el punto de partida en la localización del bien jurídico tutelado en los

(151) Estas y otras razones pueden verse, extensamente, en CASTRO MORENO, *La malversación de caudales*, pp. 35 a 46.

(152) Vid. MATA BARRANCO/ETXEBARRÍA, *Malversación*, pp. 30 y 31.

(153) Vid. CASTRO MORENO, *La malversación de caudales*, p. 37.

(154) Vid. MORALES PRATS/MORALES GARCÍA, *Comentarios a la PE*, 1694 y ROCA AGAPITO, *El delito de malversación*, p. 73.

(155) Vid. OLIVEROS, «Malversación», pp. 270 y 271.

(156) Así, CATALÁN SENDER, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios*, pp. 251 y 252; ENTRENA FABRÉ, *Malversación*, p. 127.

(157) Vid. CASTRO MORENO, *La malversación de caudales*, pp. 44 y 45 así como la referencia a la STS 06.07.1998 (nota 82) en la que se dice que «el delito de apropiación indebida y el de malversación de caudales públicos se han estimado de naturaleza homogénea por la jurisprudencia, por lo que cabe la acusación por uno de tales delitos y la condena por el otro».

delitos de malversación, creo que este inicial objeto de tutela ha de ponerse en relación con una de las actividades públicas que lleva a cabo el Estado; o, más concretamente, una de las dos actividades más relevantes que realiza la Hacienda Pública

En este sentido, entiendo que es necesario atender a lo que expone el artículo 31 CE. Así, el apartado primero señala: «Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio». El apartado segundo de esta norma constitucional indica: «El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía».

El artículo 31 CE queda localizado en el Título I, «De los derechos y deberes fundamentales», Capítulo II, «Derechos y libertades», Sec. 2.^a «De los derechos y libertades de los ciudadanos». Del apartado primero de este artículo puede extraerse un derecho y un deber de todos los ciudadanos. El derecho lo es a «un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso tendrá alcance confiscatorio», mientras que el deber de los ciudadanos es a contribuir «al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica». Pero, además, como ha puesto de manifiesto algún autor (158), el artículo 31 CE indica también las dos actividades más relevantes que lleva a cabo la Hacienda Pública: de una parte, la obtención de recursos a través del sistema tributario (justo e inspirado en los principios de igualdad y progresividad sin que sea confiscatorio en ningún caso) y, de otra, como establece el apartado segundo del artículo, la aplicación de esos recursos (y de otros) al gasto público (un gasto público que realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía).

De estas dos actividades, ingresos y gastos, que habrán de reflejarse en los presupuestos de las haciendas públicas (159), sólo me interesa en este momento una de ellas; la referida al gasto público (160).

(158) *Vid.* OCTAVIO DE TOLEDO, «observancia», 1504.

(159) *Vid.* OCTAVIO DE TOLEDO, «observancia», 1504.

(160) Hay que recordar, por otra parte, que el incremento de determinadas partidas no implica, necesariamente, el aumento del gasto público. Así sucede, por ejemplo, en la Resolución de 21 de julio de 2006, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de julio de 2006, por el que se revisan las cuantías de las retribuciones e indemnizaciones correspondientes al desempeño de la función de jurado. En este caso se acordó el incremento de esas cuantías pero también

Tanto las administraciones públicas, como la Administración de Justicia como las actividades parlamentarias han de contar con un presupuesto de gastos. Lo que sucede, según creo, en los delitos de malversación es que el sujeto activo atenta contra el presupuesto de gasto público que tiene la Administración, Entidad, Organismo, etc., al cual pertenece; y lo hace sustrayendo los caudales o efectos públicos que tiene a su cargo por razón de sus funciones (art. 432), destinando a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones (art. 433), dando una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier Administración o Entidad estatal, autonómica o local y Organismos dependientes de alguna de ellas (art. 434) o, finalmente, cuando se trate de particulares que cumplen determinadas actividades públicas, realizando cualquiera de los comportamientos ya citados (art. 435).

En definitiva, creo que el objeto de protección en los delitos de malversación que inicialmente establecía en el patrimonio público ha de concretarse en el presupuesto de gasto público que tienen todas las administraciones, Entidades, organismos, etc. En los tipos de malversación no se atenta contra cualquier aspecto del patrimonio público; así, no contra la obtención de recursos, como sucede en el delito fiscal del artículo 305 CP 1995 o en el delito del artículo 310 CP 1995 (161), por ejemplo, sino contra otra de las actividades más relevantes de la Hacienda Pública como es la aplicación de esos recursos al gasto público.

Una vez localizado el bien jurídico protegido en el presupuesto de gasto público, puede apreciarse que este objeto de tutela es el mismo que el establecido en parte de los ubicados en el Título XIV CP 1995 «De los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social».

Así, en los denominados delitos de fraude de subvenciones públicas (art. 308 CP 1995) también es el gasto público el bien jurídico protegido (162). Es por ello que, de *lege ferenda*, parece coherente

se añada que «la revisión de las cuantías a que se refiere e presente Acuerdo no implicará incremento de gasto público, por lo que deberán adoptarse las mediadas limitativas que resulten precisas» (BOE del miércoles 26 de julio de 2006, número 177).

(161) Dice OCTAVIO DE TOLEDO, «observancia», p. 1506, que el bien jurídico común a todos los delitos relativos a los ingresos tributarios de las haciendas públicas es el «derecho de crédito del que es titular, entre otros derechos económicos, la Hacienda Pública (las haciendas públicas)». No obstante, señala a continuación que las características de este derecho de crédito habrán de «singularizarse en cada caso correspondiente a cada modalidad de tributo».

(162) *Vid.*, por todos, MORALES PRATS, *Comentarios a la PE*, pp. 1042 y 1043. No obstante, lo que señala este autor literalmente es que «el artículo 308 en realidad tipifica un conjunto de conductas cuyo denominador común es el de constituir actos

que los delitos de malversación pasen a localizarse junto con los de fraude de subvenciones en el Título XIV, Libro II, CP 1995. Esta propuesta fue ya sostenida por algunos autores, señalando que en el Título XIV, Libro II, CP 1995, se incluyen conductas que afectan tanto al presupuesto de ingresos (por ejemplo, el delito fiscal) como al presupuesto de gastos (por ejemplo, el delito de fraude de subvenciones); y que junto a estos últimos deberían localizarse los delitos de malversación (163). Además, en el CP militar los delitos de malversación se recogen en el Título IX, Libro II, bajo la rúbrica «Delitos contra la Hacienda en el ámbito militar».

8. De los fraudes y exacciones ilegales

La rúbrica del Capítulo VIII, «De los fraudes y exacciones ilegales» (arts. 436 a 438), coincide con la del Capítulo XI, Título VII CP anterior (arts. 400 a 403).

Las reformas operadas por el primero de los artículos que previenen en la actualidad este delito son, fundamentalmente, de mejora técnica (164). Así, el tipo actual ya no se refiere a que el funcionario intervenga en *alguna comisión de suministros, contrata, (o) ajustes*, sino que habrá de hacerlo en *cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública* (165). Desaparece, por otra parte, la referencia a los *especuladores*. Finalmente, la mención al *Estado, provincia y municipio* se sustituye por *cualquier ente público* (166).

atentatorios a la Hacienda Pública en su vertiente de gasto Público (actividad pública de fomento de actividades)». Sin embargo, entiendo que indicar que lo protegido es la Hacienda Pública en su vertiente de gasto o centrar el objeto de protección en el gasto público implica lo mismo. Dentro del contexto del Título XIV «De los delitos contra la Hacienda Pública [...]» parece coherente señalar a la indicada Hacienda Pública como objeto tutelado, especificando, a continuación, que es sólo un aspecto el realmente protegido; el gasto público.

(163) Así, BLECUA FRAGA, «Malversación», p. 64; también QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. PE*, 555. De hecho, el análisis de los delitos de malversación no lo realiza el autor en el orden del Código penal, esto es, dentro de los delitos de funcionarios, sino a continuación de los delitos de fraude de subvenciones.

(164) Dice FEIJOO, «Delitos contra la Administración pública», p. 1687, que «se eliminan las anteriores críticas referidas al excesivo casuismo y prolijidad y se mejora en precisión técnica»

(165) En contra de esta nueva redacción, sin embargo, CATALÁN SENDER, «fraude funcional», pp. 75 y 76.

(166) Hay que recordar que el artículo 401 CP anterior (tipo básico de fraude) ha cambiado su ubicación (y también sus términos) y se ha trasladado a los artículos 439 y 440 dentro del Capítulo IX; dada su actual ubicación será objeto de estudio más adelante.

El artículo 437 tiene su inmediato precedente en los artículos 402 y 200 a 204 CP anterior, y en él se incriminan todas las conductas que consisten en obtener una ventaja patrimonial bajo la apariencia del desempeño de funciones públicas. Se castiga ahora no sólo al funcionario que exige mayores derechos, tarifas por aranceles o minutas en cuantía mayor a la legalmente señalada (el CP anterior hablaba sólo de *derechos*), sino al que los exija cuando no sean debidos.

Finalmente, el artículo 438 mantiene la agravación específica del funcionario que comete un delito de estafa o de apropiación indebida, refiriéndose a estos delitos de forma expresa y no como sucedía en el precedente artículo 403 en el que sólo se hacía referencia a su ubicación (Capítulo IV, Secs. 2.^a y 4.^a, Título XIII, Libro II). La pena en estos casos será la señalada en esos delitos en su mitad superior más la inhabilitación especial para empleo o cargo público. Esta pena, ciertamente superior a la del CP anterior, responde también a la mayor pena con que hoy se castigan los delitos de estafa y apropiación indebida.

En cuanto al bien jurídico protegido en estos delitos, creo que puede hacerse una distinción inicial entre el delito de fraude del artículo 436 CP 1995 y los de exacciones ilegales (art. 437) y estafa y apropiación indebida agravada por el abuso del cargo (art. 438 CP 1995).

El delito previsto en el artículo 436 CP supone la realización por parte de la autoridad o funcionario de determinadas conductas defraudatorias. Así, el sujeto activo (el funcionario competente para intervenir en una contratación pública o en la liquidación de efectos o haberes públicos) se concierta con los interesados para defraudar a cualquier ente público o bien utiliza cualquier otro artificio para lograr la misma finalidad. En definitiva, se trata de evitar con la incriminación de estas conductas que el funcionario cause un perjuicio a un ente público; un perjuicio que necesariamente habrá de tener carácter económico o patrimonial (167) a la vista del tipo de actos o de liquidaciones en que interviene el funcionario por razón de su cargo y de que, en todo caso, el tipo penal exige «una voluntad defraudatoria, esto es, un intento de menoscabo o daño en el patrimonio público» (168).

(167) Así MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, p. 1715, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. PE*, 1006, y MORILLAS, *Derecho penal español. PE*, p. 924. Este último autor cita la STS 16.02.1995, en la que se concreta el término defraudar como equivalente a perjudicar económicamente el patrimonio de la entidad a la que el funcionario presta sus servicios.

(168) CATALÁN SENDER, «fraude funcional», pp. 75 y 76 y, del mismo autor, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios*, p. 307.

De nuevo aparece el patrimonio público como objeto de protección penal, al igual que sucediera al analizar los delitos de malversación. Tanto en el delito de fraude analizado como en los de malversación (169), se trata de evitar la causación de un perjuicio económico. No obstante, la conducta típica del artículo 436 CP 1995 no consiste en una sustracción directa o indirecta de caudales o efectos públicos, sino en determinadas conductas defraudatorias (170).

Pero el patrimonio público sólo supone en el delito de fraude, como en los de malversación, un inicial objeto de tutela, que tendrá que concretarse posteriormente.

En realidad, el funcionario que realiza cualquiera de las conductas típicas del delito de fraude, sólo atenta contra una de las dos actividades más importantes de las haciendas públicas (171); concretamente, la referida al gasto público (art. 31 CE) (172). Por tanto, es el presupuesto de gasto público (173), que tienen tanto las administraciones públicas, como la de justicia como las actividades parlamentarias, el bien jurídico protegido en el delito de fraude.

Al analizar el delito de malversación llegué también a esta conclusión y, por ello, de *lege ferenda*, propuse la ubicación de este delito junto con los de fraude de subvenciones, localizados éstos en el Título XIV, «De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social», Libro II, CP, por tener ambos un mismo bien jurídico protegido. De igual forma, puesto que el delito de fraude del artículo 436 CP 1995 también tiene como objeto de protección el gasto público, sería preferible su ubicación, de *lege ferenda*, junto a los citados delitos de fraude de subvenciones del Título XIV, Libro II, CP.

Pero el capítulo en estudio contempla otras conductas (la de los arts. 437 y 438 CP 1995) en las que ni el patrimonio público ni, finalmente, el presupuesto de gasto público es el bien jurídico protegido. Es por ello por lo que algunos autores se refieren a este Capítulo VIII

(169) Sobre la estrecha relación entre el delito de fraude del artículo 436 CP 1995 y los de malversación, puede verse, MESTRE DELGADO, *Derecho penal. PE*, p. 575; MORILLAS, *Derecho penal español. PE*, p. 924, y MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, p. 1715.

(170) Así, MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, p. 1715.

(171) *Vid.* OCTAVIO DE TOLEDO, «observancia», p. 1504.

(172) Sobre el artículo 31 CE y sus implicaciones, puede verse la explicación que realizo a propósito del delito de malversación, que sirve también para el estudio del bien jurídico del artículo 436 CP 1995.

(173) Señala MORILLAS, *Derecho penal español. PE*, p. 924, que la defraudación que se produce en el delito del artículo 436 CP 1995 ha de tener carácter patrimonial, «esencialmente dirigido al gasto público».

diciendo que contiene «figuras delictivas relativamente dispares entre sí» (174). Sin embargo, sí existe un nexo de unión entre uno y otros; todos ellos son delitos de defraudación económica cometidos por funcionarios que abusan de sus cargos (175). Lo que ocurre es que mientras en el delito del artículo 436 lo defraudado es el patrimonio público o, más concretamente, el presupuesto de gasto público, en los delitos de exacciones ilegales (art. 437) y de estafa y apropiación indebida agravada por el abuso del cargo público (art. 438), lo defraudado es el patrimonio privado o particular.

Así, tanto en el delito del artículo 437 como en el del 438 se castiga el abuso del cargo por parte del funcionario que trata de obtener de un particular cantidades de dinero a través del engaño (176). En el delito de exacciones ilegales ello sucede cuando el funcionario hace creer al particular que tiene determinadas obligaciones (el funcionario exige derechos, tarifas por aranceles o minutas que no son debidos o en cuantía mayor a la legalmente señalada), generalmente como contraprestación de algún servicio público (177). De otra parte, la obtención de cantidades de dinero de un particular (178) a través del engaño se obtiene, en el delito del artículo 438, a través de la agravación específica del delito de estafa y de apropiación indebida cuando el sujeto activo es un funcionario y se constata un abuso del cargo (179).

En definitiva, los tres delitos contenidos en el Capítulo VIII suponen una defraudación económica realizada por un funcionario público abusando de su cargo. Sin embargo, mientras que en el primero de

(174) MORILLAS, *Derecho penal español*. PE, p. 923.

(175) Así, MESTRE DELGADO, *Derecho penal*. PE, p. 588.

(176) Dicen MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, pp. 1717 y 1718, que el alcance del delito de exacciones ilegales tal y como se contempla en el CP 1995 «asemeja la figura delictiva analizada al delito que, en derecho comparado, recibe la denominación de «concusión», destinado a sancionar los abusos en el ejercicio del cargo consistentes en obtener de los administrados cantidades de dinero, u otras ventajas patrimoniales, a través de la constricción o el engaño». Para la distinción entre las exacciones ilegales y la estafa o el cohecho, *vid.* MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*. PE, pp. 1006 y 1007, y VALEIJE, «concusión», pp. 6523 ss.

(177) *Vid.* MORILLAS, *Derecho penal español*. PE, p. 926.

(178) Como apunta ORTS, *Derecho penal*. PE, p. 939, citando la STS 03.05.1990, «si la estafa o la apropiación indebida afecta a caudales públicos nos encontraremos ante un delito de malversación de caudales públicos». En este caso, el bien jurídico protegido no será ya el patrimonio privado sino el público, con los matices ya expuestos al analizar el bien tutelado en los delitos de malversación.

(179) En estos casos no es de aplicación la circunstancia agravante genérica del artículo 22.7 CP «prevalerse del carácter público que tenga el culpable», al ser el artículo 438 ley especial respecto de la estafa y la apropiación indebida. En este sentido, por todos, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*. PE, p. 1007, y ORTS, *Derecho penal*. PE, p. 939.

ellos se protege el patrimonio público desde el punto de vista presupuestario del gasto, en los dos restantes lo protegido es el patrimonio de los particulares (180). Por eso, mientras el artículo 436 debiera correr la misma suerte de ubicación sistemática que los delitos de malversación (situarse entre ellos y, en su caso, todos entre los delitos del Título XIV, Libro II, CP), los previstos en los artículos 437 y 438 debieran ser incluidos entre los delitos del Título XIII («Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico»), Capítulo VI («De las defraudaciones»); especialmente el artículo 438, cuya morfología y sentido es pareja a la de, por ejemplo, los artículos 167, 198 ó 204 CP.

9. De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función

El Capítulo IX, Título XIX, Libro II CP 1995 está compuesto actualmente por los artículos 439 a 444.

En casi todos los delitos del Capítulo IX se tutelan los principios de imparcialidad y objetividad (181) con que han de desempeñarse las

(180) Dice MORILLAS, *Derecho penal español. PE*, p. 923, que el bien jurídico protegido en los delitos que componen este Capítulo VIII «sigue siendo la Administración Pública, su correcto funcionamiento, a través del respeto a los principios de objetividad e imparcialidad; aunque no cabe duda que junto a este bien prioritario se conjugan otros intereses protegidos como el propio patrimonio público [...] a través del artículo 436, y el patrimonio de los particulares, por medio de los artículos 437 y 438». En mi opinión, en todo caso y por lo ya expuesto, el bien jurídico protegido sería el correcto funcionamiento de las actividades públicas (y no sólo de la administrativa). Estos delitos pueden ser cometidos no únicamente por funcionarios administrativos; también por integrantes de la actividad judicial y, en el caso del artículo 438, la parlamentaria.

(181) Refiriéndose al artículo 439, apuntan estos mismos bienes tutelados ORTS, *Derecho penal. PE*, p. 940, y MORILLAS, *Derecho penal español. PE*, p. 930; la imparcialidad «de la Administración en los negocios privados» se recoge en MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. PE*, p. 1008, y en CATALÁN SENDER, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios*, p. 358, quien cita al autor anterior, mientras que el principio de imparcialidad en el ejercicio de la función pública puede verse en CASTRO MORENO, *Negociaciones prohibidas*, p. 6. Finalmente, localiza el bien jurídico protegido CÓRDOBA RODA, *Comentarios*, p. 2103, en la imparcialidad de las autoridades y funcionarios públicos. En relación con el artículo 441 apunta ORTS, *Derecho penal. PE*, p. 942, que «la objetividad con la que han de servirse los intereses generales pasa a primer plano, en el delito previsto en el artículo 441. Objetividad que puede verse trastocada si un funcionario o autoridad desarrollan actividades profesionales en las esferas pública y privada a un tiempo, con el riesgo de que los intereses dimanantes de la segunda se superpongan y se les otorgue preferencia respecto a los de la primera». Además, como dicen MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a*

actividades públicas, sean éstas administrativas, judiciales o parlamentarias. En algunos casos estos principios únicamente se ponen en peligro; esto sucede en el delito de participación indebida del funcionario en negocios (art. 439), cuando el funcionario realiza una actividad profesional o de asesoramiento «en asunto en que deba intervenir» en el futuro por razón de su cargo (una parte del art. 441) y en el delito de sollicitación sexual (art. 443). En otras ocasiones estos principios de imparcialidad y objetividad no se ponen en peligro, sino que se lesionan; así sucede en el delito de uso indebido de secreto o información privilegiada (art. 442). Finalmente, si bien cuando el funcionario realiza una actividad profesional o de asesoramiento en asunto en que ya «haya intervenido por razón del cargo» (otra parte del art. 441), el especial conocimiento que tiene del asunto puede conllevar un riesgo para los citados principios de imparcialidad y objetividad, ese riesgo es mucho más remoto y, por tanto, no necesitado, por esta única razón, de intervención del Derecho Penal.

Sin embargo, tanto la igualdad (182) como el riesgo de obtención de un beneficio ilícito pueden encontrarse en todos los tipos del capítulo. No obstante, en cuanto al citado en segundo lugar, la clase de beneficio que se trata de obtener varía: es de tipo económico o patrimonial en los artículos 439 a 442 CP 1995 (lo cual viene indicado expresa o implícitamente en la redacción de los preceptos), mientras que tiene un contenido sexual en el artículo 443. De otra parte, el principio de igualdad que patrocina la Constitución (art. 9.2) se lesiona en todos los delitos del Capítulo IX. Se trata de un principio de igualdad entendido en un doble sentido. De una parte, igualdad de los ciudadanos en relación con el ejercicio de la actividad pública. De otra, igual-

la PE, 1724, «el bien jurídico tutelado en este delito [art. 441] debe cifrarse en el respeto del principio de imparcialidad en el ejercicio de funciones públicas. No obstante, las conductas incriminadas en el artículo 441 CP, suponen desde esta perspectiva una mera puesta en peligro del citado principio. [...] Se observa así, que el delito comentado no requiere que el funcionario se haya dejado influir en su actividad pública por intereses privados, sino únicamente que ello pueda ser posible atendida la duplicidad, pública y privada, de la actividad profesional que desempeña». No obstante, hay que tener en cuenta que cuando el funcionario realiza la actividad privada en un asunto en el que «haya intervenido» ya por razón de su cargo, no se pone en peligro la imparcialidad, como digo en el texto. También señala el principio de imparcialidad, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*. PE, p. 1008. Sin embargo, añade que lo que quiere conseguirse es la imparcialidad de la «Administración en los negocios privados», cuando lo que debería decir, en mi opinión, es la imparcialidad de aquellos que ejercen funciones públicas (y no sólo la de administrar), en los negocios privados.

(182) De forma general, para los artículos 439 a 441 CP 1995, entiende MORILLAS, *Derecho penal español*. PE, p. 930, que se ven afectados los principios de objetividad, imparcialidad e igualdad.

dad de todas las personas ante la ley, sin que pueda prevalecer en algún caso la condición de funcionario público. Está presente, por tanto, la idea de que en estos delitos se castiga el aprovechamiento de la función pública para obtener beneficios privados; en definitiva, la idea de mezcla de intereses privados donde sólo debiera existir un interés público. Se trata de salvaguardar la igualdad de oportunidades de los ciudadanos (particulares o funcionarios) a la hora de obtener determinados beneficios económicos (183).

No obstante, tanto el riesgo de obtención de un beneficio de tipo sexual (relacionado con la libertad sexual de las personas) como la igualdad en el delito de solicitación sexual pueden englobarse, creo, dentro del bien jurídico que es la «no venalidad del ejercicio de la función pública». Además, en este delito se protege también la libertad sexual de las personas. La actuación del funcionario puede venderse a cambio de un interés privado consistente en el mantenimiento de una relación de tipo sexual con determinadas personas. Es precisamente esta exposición a la «venta» de las actividades públicas o la no venalidad del ejercicio de estas funciones lo que el legislador trata de proteger principalmente en el artículo 443 CP 1995 (además de la libertad sexual).

La no venalidad del ejercicio del cargo público, bien jurídico hallado en el delito del artículo 443 CP actual, permite la ubicación, de *lege ferenda*, del delito de solicitación sexual en un capítulo que podría llevar la rúbrica «Del cohecho, la solicitación sexual y la corrupción en las transacciones comerciales internacionales», localizando los artículos 443 y 444 en una segunda Sección. Sin embargo, atendiendo a una propuesta de reconstrucción sistemática y de contenido de los delitos relacionados con el ejercicio de los poderes públicos, podrían situarse los delitos de cohecho, solicitación sexual y corrupción en las transacciones comerciales internacionales (dado el mismo bien jurídico que se protege en todos ellos) en el Capítulo II «Delitos de corrupción relativos al ejercicio de los poderes públicos» de un título cuya rúbrica fuera algo así como «Delitos contra el correcto ejercicio de los poderes públicos».

Una vez localizado el delito de solicitación sexual en el lugar indicado, el Capítulo IX, Título XIX, Libro II CP quedaría conformado por delitos en los que existen dos bienes jurídicos protegidos comunes: de una parte, el principio de igualdad y, de otra, debido al riesgo de un enriquecimiento económico o patrimonial ilícito, el patrimonio de terceros.

(183) En este sentido, MIR, S., *Nombramientos ilegales*, 324.

10. De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales

La LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, ha introducido un capítulo, el X, titulado «De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales» (184).

Esta reforma reunió en dos artículos lo que venía regulándose en tres aunque sin variar por ello su contenido ni su redacción. Así, el delito de solicitación sexual por parte de funcionario público, que se recogía en el Capítulo IX en los artículos 443 a 445 hasta la entrada en vigor de la reforma de 2003 del CP, sigue localizándose después en ese Capítulo IX pero únicamente en los artículos 443 y 444.

Además, en esta reforma se crea el Capítulo X, Título XIX y se aprovecha para localizar en el artículo 445, que quedaba entonces sin contenido, el delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales (185).

(184) Dice la Exposición de Motivos de esta ley que el origen de esta decisión ha de buscarse en el convenio de «lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales», aprobado por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico. Puede verse una reflexión sobre los motivos de la introducción del hoy artículo 445 en el CP 1995 en FABIÁN CAPARRÓS, «Corrupción de los servidores públicos extranjeros», pp. 121 ss.

(185) Se incrimina en el artículo 445, párrafo primero, a «Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a las autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales en el ejercicio de su cargo en beneficio de éstos o de un tercero o atendieran a sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales [...]». En el segundo párrafo se indica que «si el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de estas actividades, el juez o tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 de este Código».

Diferente redacción parece que tendrá este artículo en el Proyecto 2006 de modificación del CP 1995. Por ahora, establece que:

«1. Los que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a los funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales, en beneficio de estos o de un tercero, o atendieran a sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados con las penas de prisión de dos a seis años y multa de doce a veinticuatro meses, salvo que

La conducta típica en este delito coincide con la de cierto tipo de cohecho y puede consistir en ofrecer, entregar o prometer una dádiva o un presente a un funcionario público extranjero o de una organización internacional o atender a sus solicitudes. Por tanto, esta norma sólo se ocupa de la persona que corrompe o intenta corromper, pero no sanciona al funcionario extranjero o miembro de una organización internacional que solicite o acepte las dádivas o promesas ofrecidas por el particular (186).

El bien jurídico protegido en este delito, como en los de cohecho de los artículos 419 ss. CP 1995, es la no venalidad del ejercicio de la función pública (187), por lo que debería trasladarse su previsión en

el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso se impondrá multa del tanto al duplo del montante de dicho beneficio.

Además de las penas señaladas se impondrá al responsable la prohibición de contratar con las administraciones públicas e intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública de siete a doce años.

Las penas previstas en los párrafos anteriores se impondrán en su mitad superior si el objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad.

2. Cuando el delito fuere cometido en el marco o con ocasión de las actividades de una persona jurídica y procediese la declaración de su responsabilidad penal de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este código se le impondrán las penas de prohibición de contratar con las administraciones públicas e intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública de diez a quince años y multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso se impondrá multa del duplo al décuplo del montante de dicho beneficio.

3. A los efectos de este artículo se entiende por funcionario público extranjero: a) Cualquier persona que ostente un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, tanto por nombramiento como por elección. b) Cualquier persona que ejerza. c) Cualquier funcionario o agente de una organización internacional pública.»

La definición de funcionario público extranjero se procede del artículo 1 ap. 4 del Convenio de la OCDE. En este sentido, ya apuntaba en su día, entre otros, CEREZO DOMINGUEZ, *Corrupción administrativa*, 458, que «serán los Tribunales españoles los que tendrán que proporcionar una definición de funcionario público extranjero, no contenida en el artículo 24.2 del Código Penal. En todo caso, deberá definirse conforme a lo indicado en el ap. 4 del artículo 1 del Convenio de la OCDE».

(186) *Vid.* RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, p. 1736, quien indica que «la única explicación posible, aunque no satisfactoria, de la falta de mención de la conducta del funcionario, podría encontrarse en la dificultad de perseguir y castigar a sujetos –funcionarios extranjeros o de organizaciones internacionales– que actúan fuera de España. Si bien no debe olvidarse que es posible la comisión de este delito también cuando el funcionario extranjero o el organismo internacional al que pertenece tiene representación en España y actúa por tanto dentro de nuestras fronteras».

(187) La explicación de por qué es la no venalidad del ejercicio de la función pública el objeto de tutela en el delito del artículo 445 puede verse en las argumentaciones que al respecto hice referidas a los delitos de cohecho de los artículos 419 ss. CP 1995.

el CP junto con los delitos de cohecho (188) (y de sollicitación sexual, como he indicado).

III. DETERMINACIÓN DEL OBJETO DE PROTECCIÓN GENÉRICO EN EL TÍTULO XIX, LIBRO II CP

A partir de la nueva rúbrica del Título XIX, Libro II, CP 1995 («Delitos contra la Administración pública»), ya no puede argumentarse que el criterio de agrupación de las infracciones que bajo la misma se recogen sea el referido al funcionario público como sujeto activo del delito puesto que, como queda expuesto, en varias ocasiones este sujeto activo es un particular. Tampoco que lo protegido sea, pese a la literalidad de la rúbrica, la «Administración pública» (189); y ello por las razones que expuse al criticar la propia rúbrica del Título XIX. Así, resumiendo, porque el sustantivo compuesto «Administración pública» parece indicar que lo protegido es el conjunto de organismos que tienen la función de administrar y no la función administrativa misma y, de otra parte, porque muchos de los delitos del Título pueden cometerse no sólo por funcionarios administrativos, sino también por aquellos que ejercen la actividad judicial o la parlamentaria (190).

No es posible tampoco admitir que el criterio aglutinador sea la «infracción de los deberes del cargo» (191) o la «fidelidad» o el «pres-

(188) La relación existente entre los delitos de cohecho y los de corrupción en las transacciones comerciales internacionales puede verse en NIETO MARTÍN, *Transacciones comerciales internacionales*, pp. 47 ss.

(189) Dicen LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código penal de 1995*, p. 176, que «la Administración Pública como objeto de protección no se corresponde ni con el conjunto orgánico ni con su dignidad o prestigio, sino con la función pública como actividad de prestación a los administrados». Y que «en todo caso, la mención a la función pública genérica requiere de la concreción en cada uno de los tipos acerca de los aspectos que resultan específicamente afectados, sobre la base de los principios que inspiran cada sector de la función administrativa». En mi opinión, aunque puede entenderse que es la función pública como actividad de prestación a los administrados el bien genéricamente protegido (siempre que se entienda que la función pública engloba las actividades administrativas, judiciales y parlamentarias), parece que estos autores conciben la «función pública» como la actividad de administrar exclusivamente, cuando es obvio que muchos de los delitos del Título XIX pueden cometerse por quienes ejercen la función judicial o parlamentaria.

(190) Vid. OCTAVIO DE TOLEDO, *La Ley*, 1996-5, p. 1517.

(191) Decía OCTAVIO DE TOLEDO, *La Ley*, 1996-5, p. 1516, que «democráticamente consideradas las funciones públicas, no se ejercen en beneficio del Estado, sino que existen, como el Estado mismo, y se desempeñan en beneficio de los ciudadanos. Su protección, entonces, no puede estribar exclusivamente en la preservación de los

tigio» de la Administración (192). En un Estado social y democrático de Derecho, la actividad pública no se legitima por sí misma sino que es un instrumento al servicio de los ciudadanos (193).

Entiendo que el cambio en la rúbrica del Título hay que interpretarlo en «clave constitucional» (194). Son varios los preceptos constitucionales que recogen la manera en que han de desempeñarse todas las actividades públicas. Así, se indica que «los poderes públicos están sujetos tanto a la Constitución como al resto del ordenamiento jurídico» (apartado primero del art. 9 CE) y que realizan sus funciones en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho (art. 1.1 CE). El apartado segundo del artículo 9 CE establece que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas» y, finalmente, el apartado tercero del artículo citado señala que «la Constitución garantiza el principio de legalidad [...] y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos».

Estas formas de actuación y de funcionamiento de los «poderes públicos», esto es, tanto de aquellos que desempeñan funciones administrativas, como judiciales o parlamentarias, están referidas, por tanto, a todos ellos. No obstante, existen otros preceptos constitucionales aplicables únicamente a alguna de las actividades públicas en concreto.

Dentro del Título IV CE, «Del Gobierno y de la Administración», el artículo 103 recoge algunos preceptos aplicables exclusivamente a la administración pública. El apartado primero dice que «la Adminis-

deberes del funcionario con el Estado; éstos en ocasiones se establecerán para procurar directamente el mejor servicio a los ciudadanos, pero las más de las veces su conexión directa será con el mantenimiento de una organización eficiente y adecuadamente constituida para ofrecer ese servicio en los respectivos campos (administrativo, judicial, parlamentario) de actividad, es decir, se relacionará inmediatamente con la protección de un instrumento medial respecto al fin común tanto de la propia organización cuanto de los ilícitos penales: el servicio a los ciudadanos». *Vid.*, también, la crítica de FERRÉ OLIVÉ, *Corrupción*, pp. 17 y 18. No obstante, apunta GARCÍA ESPAÑA, *Corrupción administrativa*, p. 87, que «aunque los deberes del cargo no pueden elevarse a la categoría de bien jurídico protegido [...] hay que tenerlos en cuenta no sólo por la necesaria referencia a su infracción en la inmensa mayoría de los delitos contenidos en ese título, sino también para alcanzar la concreción del bien jurídico [...] sólo a través del correcto ejercicio de todos los deberes de cargo tendentes a la consecución del interés general se logra el efectivo ejercicio de la función pública».

(192) *Vid.* REBOLLO VARGAS, *Bien jurídico protegido*, p. 554.

(193) *Vid.* MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, p. 1560. Apunta también esta misma idea GÜIDI CLAS, Elisa María, *Prevaricación Judicial*, p. 120. Como indica QUERALT, *Prevaricación administrativa*, p. 418 «el deber de fidelidad del funcionario para con él [con el Estado] y, de otra, la obediencia férrea ciudadana, propios de un planteamiento autoritario [...] quedan desterrados».

(194) REBOLLO VARGAS, *Bien jurídico protegido*, p. 553.

tración Pública sirve con objetividad a los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho». El apartado tercero *in fine* subraya que la ley regulará las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de las funciones administrativas. Además, el artículo 106.1 CE señala que «los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican».

La actividad judicial se regula específicamente en el Título VI CE, «Del Poder Judicial». Su artículo 117.1 señala que «la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley».

Teniendo en cuenta todo lo anterior (esto es, los preceptos constitucionales referidos a la forma de actuación de los poderes públicos y, de otra parte, aquello que no puede constituir el objeto genérico de protección), puesto que una de las críticas a la actual rúbrica del Título XIX es que los delitos allí recogidos no sólo atentan contra la actividad administrativa, sino también contra la actividad judicial y la parlamentaria, el grupo de delitos recogidos en este título ha de proteger el correcto ejercicio o el buen funcionamiento de las actividades públicas, tanto la administrativa, como la judicial y la parlamentaria, sujetas todas al Derecho (195).

Este objeto de tutela puede desprenderse del análisis de todas las figuras delictivas del Título XIX. No obstante, habrá que recordar que sólo supone un bien jurídico de la categoría puesto que cada uno de los concretos delitos lesionará o pondrá en peligro un bien jurídico más específico, aunque siempre dentro del bien general del correcto ejercicio de las actividades públicas (196). De esta forma, todos los bienes jurídicos tutelados en los delitos que componen el Título XIX

(195) En este sentido, por todos, MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, p. 1561. También REBOLLO VARGAS, *Bien jurídico protegido*, p. 553. De otra parte, lo protegido no puede ser «el normal funcionamiento de las Administraciones Públicas» (STS 04.05.02, citada por ÁLVAREZ GARCÍA, *Doctrina penal*, p. 679) por las razones ya indicadas.

(196) Matiza OCTAVIO DE TOLEDO, *La Ley*, 1996-5, p. 1516, señalando que este objeto de protección (el buen funcionamiento de las actividades públicas) «tomada sin mayor concreción, configura un objeto de tutela tan amplio que haría de todos los delitos a ellas directamente referidos delitos de peligro potencial o abstracto; pues, evidentemente, su magnitud impediría a la ley penal crear tipos que exigieran su destrucción o amplio menoscabo o lesión. Por ello, aunque sirve para generar la agrupación y para determinar las coordenadas en que ha de desenvolverse la averiguación del bien jurídico protegido por cada subgrupo de incriminaciones o por cada una de éstas, no se identifica con él, aunque lo abarca». En el mismo sentido

quedan englobados en el más genérico buen funcionamiento de las actividades públicas.

Así (excluyendo ahora aquellos delitos ubicados en el Título XIX pero que, de *lege ferenda*, deberían trasladarse a otros títulos del CP), el principio de legalidad y la prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos (arts. 404-406), la eficacia con que los funcionarios han de llevar a cabo sus actividades públicas (art. 409), el sometimiento del Poder Ejecutivo al control del Poder Judicial o el principio constitucional de eficacia consagrado en el artículo 103.1 CE (arts. 410 y 411), la colaboración y la coordinación que debe existir entre todos los Poderes del Estado (art. 412), la defensa de la integridad de determinados documentos así como la confidencialidad de ciertos secretos o informaciones cuya vulneración pone en peligro el correcto funcionamiento de las actividades públicas (arts. 413-418), la no venalidad del ejercicio de las actividades públicas (arts. 419-427, 445 y 443-444), la imparcialidad y el respeto por la igualdad (arts. 428 y 429) y la igualdad y el patrimonio de terceros (arts. 439 a 442).

Por otra parte, la no inclusión en el Título XIX de algunas figuras típicas que tradicionalmente habían formado parte de sus predecesores, la reubicación en otros sitios de algunos delitos incluidos en este lugar, así como la incorporación al actual Título XIX de determinados nuevos delitos, permiten constatar la existencia de un bien protegido que tiene que ver con el buen funcionamiento de las diferentes actividades públicas.

Así, la supresión de algunas figuras (prevaricación imprudente, la renuncia o negativa a desempeñar un cargo público obligatorio sin la existencia de excusa legal o una vez desatendida ésta, los delitos de anticipación, prolongación y abandono de funciones y el delito de malversación imprudente) parece significar la intención del legislador penal por reservar la sanción penal a los ataques más graves a la actividad pública, entendida a partir de los principios constitucionales vistos. De otra parte, la inclusión de algunos delitos ubicados en el Título VII CP anterior fuera del Título XIX CP actual puede servir también para constatar que los atentados son contra el buen funcionamiento de las actividades públicas.

No obstante, otros delitos, como la prevaricación judicial, si bien atentan también contra el correcto funcionamiento de una actividad pública, se han trasladado al título siguiente «Delitos contra la Administración de Justicia». Ya señalé que sería preferible la existencia de

se pronuncian REBOLLO VARGAS, *Bien jurídico protegido*, p. 554, y CARDENAL MONTRAVIETA, *Cohecho*, pp. 302 y 303.

un solo Título aglutinador de una serie de figuras delictivas cuyo objeto de tutela fuesen las actividades públicas. En la regulación actual no parece coherente la existencia de un Título, el XIX, en que el bien jurídico protegido es el correcto ejercicio de las actividades públicas, recogiendo allí tanto la actividad administrativa como la judicial y la parlamentaria, junto con otros títulos (por ejemplo, el Título XX) en que los comportamientos atentan contra una de esas actividades en concreto. En definitiva, de *lege ferenda*, debería el legislador establecer un Título que verdaderamente recogiese todas las conductas atentatorias contra las diferentes actividades administrativas, judiciales y parlamentarias o, mejor aún, realizar una reconstrucción sistemática de todos los delitos relacionados con el ejercicio de los poderes públicos.

Finalmente, la inclusión en el Título XIX de nuevos tipos penales avala también la existencia del objeto de tutela citado del grupo de delitos allí ubicados. Si la presencia de delitos cometidos por particulares constituía un elemento distorsionador a la hora de establecer el bien jurídico protegido en el grupo de delitos bajo la rúbrica del Título VII CP anterior «Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos», la presencia de delitos cometidos por particulares en el nuevo Título XIX no plantea ese problema; la agrupación no se realiza en torno al sujeto activo sino al adecuado ejercicio de una o más actividades públicas. De esta forma, han podido incluirse en el Título XIX CP, por vez primera en el Código penal, los delitos de aceptación o toma de posesión de un cargo público a sabiendas de carecer de los requisitos legales establecidos para ello (art. 406), la destrucción o inutilización de los medios puestos para impedir el acceso a documentos por parte de un particular (art. 414.2) y el delito de aprovechamiento del secreto o de la información privilegiada obtenido de un funcionario (art. 418).

IV. CONCLUSIONES

1. La rúbrica del Título VII, Libro II CP anterior era «De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos». Esta titulación parecía responder a una agrupación en torno a la cualidad del sujeto activo (esto es, el funcionario público) en lugar de seguir el criterio habitual del bien jurídico protegido. Existían también delitos que, ubicados fuera de este título, eran cometidos por funcionarios públicos o, de otra parte, dentro del Título VII había delitos que

eran cometidos por particulares y no por funcionarios como indicaba la rúbrica.

Pero tampoco la modificada rúbrica del Título XIX, «Delitos contra la Administración pública», Libro II CP 1995 permite localizar fácilmente un bien jurídico común a los delitos allí ubicados. En primer lugar, porque los términos «Administración pública» parecen indicar que lo protegido es el conjunto de organismos que tienen la función de administrar y no la función administrativa misma. Por otra parte, porque muchos de los delitos del título pueden cometerse no sólo por funcionarios administrativos, sino también por aquellos que ejercen la actividad judicial o la parlamentaria.

2. Son varios los preceptos constitucionales que recogen la manera en que han de desempeñarse todas las actividades públicas: así, el artículo 9.1 CE («los poderes públicos están sujetos tanto a la Constitución como al resto del ordenamiento jurídico»), el artículo 9.2 CE («corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas») y el artículo 9.3 CE («la Constitución garantiza el principio de legalidad [...] y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos»). Estas formas de actuación y de funcionamiento de los poderes públicos, esto es, aquellos que desempeñan funciones administrativas, judiciales o parlamentarias, están referidas, por tanto, a todos ellos. Además, existen otros preceptos constitucionales aplicables únicamente a alguna de las actividades públicas en concreto. En cuanto a la actuación de la administración pública, el artículo 103.1 CE dice que «la Administración Pública sirve con objetividad a los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho». El artículo 103.3 CE *in fine* establece que la ley regulará las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de las funciones administrativas. Además, el artículo 106.1 CE expresa que «los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican». Por otra parte, en cuanto a la actividad judicial, el artículo 117.1 CE señala que «la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley».

Teniendo en cuenta todo lo anterior, el grupo de delitos recogidos en este Título XIX ha de proteger el correcto ejercicio o el buen funcionamiento de las actividades públicas, la administrativa, la judicial

y la parlamentaria, sujetas todas al Derecho. No obstante, este objeto de tutela sólo supone un bien jurídico de la categoría, en el sentido de que cada uno de los concretos delitos allí ubicados lesionará o pondrá en peligro un bien más específico.

Así, estos bienes jurídicos tutelados son (excluyendo ahora aquellos delitos ubicados en el Título XIX pero que, de *lege ferenda*, deberían trasladarse a otros títulos del CP), el principio de legalidad y la prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos (arts. 404 a 406 CP), la eficacia con que los funcionarios han de llevar a cabo sus actividades públicas (art. 409 CP), el sometimiento del Poder Ejecutivo al control del Poder Judicial o el principio constitucional de eficacia consagrado en el artículo 103.1 CE (arts. 410 y 411 CP), la colaboración y la coordinación que debe existir entre todos los Poderes del Estado (art. 412 CP), la defensa de la integridad de determinados documentos así como la confidencialidad de ciertos secretos o informaciones cuya vulneración pone en peligro el correcto funcionamiento de las actividades públicas (arts. 413 a 418 CP), la no venalidad del ejercicio de las actividades públicas (arts. 419 a 427, 445 y 443 a 444), la imparcialidad y el respeto por la igualdad (arts. 428 y 429 CP) y el principio de igualdad y el patrimonio de terceros (arts. 439 a 442).

Por otra parte, la no inclusión en el Título XIX CP 1995 de algunas figuras típicas que tradicionalmente habían formado parte de sus predecesores, la reubicación en otros sitios de algunos delitos incluidos en este lugar, así como la incorporación al actual título de determinados nuevos delitos, permiten constatar también la existencia de un bien protegido que tiene que ver con el buen funcionamiento de las diferentes actividades públicas.

3. A pesar de todo lo indicado, en la regulación actual no parece coherente la existencia de un Título, el XIX, en que el bien jurídico protegido es el correcto ejercicio de las actividades públicas, recogiendo allí la actividad administrativa, la judicial y la parlamentaria, junto con otros títulos (por ejemplo, el Título XX CP) en que los comportamientos atentan contra una de esas actividades en concreto. En definitiva, de *lege ferenda*, debería el legislador crear un título que verdaderamente recogiese todas las conductas atentatorias contra las diferentes actividades administrativas, judiciales y parlamentarias o, mejor aún, realizar una reconstrucción sistemática global de todos los delitos relacionados con el ejercicio de los poderes públicos.

V. BIBLIOGRAFÍA CITADA

(Las referencias bibliográficas se hacen en las notas a pie de página del texto mediante las palabras o abreviaturas aquí resaltadas en **negrita**, seguidas del numeral indicativo de la paginación de la obra citada)

- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, Editorial Bosch, Barcelona, 1987.
- (Dtor.) *Doctrina penal de los Tribunales españoles*, tirant lo blanch, Valencia, 2007.
- BLECUA FRAGA, Ramón, «La aplicación pública de caudales a diferente destino como delito de **malversación** (Estudio del artículo 397 del Código penal)», *ADPCP*, 1985-38.
- CABELLO MOHEDANO, Francisco, «**Razón**, bien jurídico y conducta típica en el delito de tráfico de influencias», en González Rus, Juan José, (Coord), *Estudios penales y jurídicos* (Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero), Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 1996.
- CARDENAL MONTRAVETA, Sergi, «Concepto, modalidades y límites del delito de **cohecho**», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.^a época, número 10, 2002.
- CARDENAL MURILLO, Alfonso, «Bien jurídico y **delito urbanístico**. Objeciones a una consideración formal», en Octavio de Toledo y Ubieto, Emilio, Gurdíel Sierra, Manuel y Cortés Bechiarelli, Emilio (Coords), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruíz Antón*, tirant lo blanch, Valencia, 2004.
- CARMONA SALGADO, Concepción, en Cobo del Rosal, Manuel (Coord.), *Derecho penal español. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2005.
- CASABO RUIZ, José, «**Introducción** al estudio de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos», *Escritos penales*, Valencia, 1979.
- CASAS BARQUERO, Enrique, «**Tráfico de influencias**», *Estudios penales en memoria del prof. Agustín Fernández Albor*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1989.
- CASTRO FELICIANO, «Delitos contra la Administración pública. La deslealtad en la administración de **fondos públicos**», en Gimeno Sendra, Vicente, Queralt Jiménez, Joan, Martín Pallín, José Antonio y Marchena Gómez, Manuel (Dtores.), *Estudio y aplicación práctica del Código penal de 1995. Tomo II. Parte Especial*, Editorial Colex y Centro Superior de Estudios, Madrid, 1997.
- CASTRO MORENO, Abraham, *La malversación de caudales en el Código penal de 1995*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001.
- «La distinción entre las dos **modalidades de malversación de uso**: análisis crítico de los distintos criterios», *AP*, 2001-1.
- «**Negociaciones prohibidas** a los funcionarios públicos y autoridades en Derecho penal», *La ley Penal*, 2005-22.

- CATALÁN SENDER, Jesús, «Nuevos perfiles del delito de **fraude funcional** en el Código penal de 1995», *AP*, 1998-1.
- *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, Bayer Hnos., S.A., Barcelona, 1999.
- CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel, «La adaptación del sistema jurídico-penal español a las propuestas internacionales sobre **corrupción administrativa**», *AP*, 2001-2
- CÓRDOBA RODA, Juan, «El **cohecho** de funcionarios públicos», *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez Vitoria*, Bosch, Barcelona, 1983.
- en Córdoba Roda, Juan y García Arán, Mercedes (Dtores.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*. Tomo II, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004.
- CRESPO BARQUERO, Pedro, en Serrano Butragueño, Ignacio (Coordinación editorial), *Código penal de 1995. (Comentarios y jurisprudencia)*, Comares, Granada, 1999.
- CUAREZMA TERÁN, Sergio, «**La naturaleza** del artículo. 397 CP y la distinción con el peculato propio (Comentario de la STS Sala 2.^a, de 9 de julio de 1991)», *PJ*, 1991-24.
- CUGAT MAURI, Miriam, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Editorial Cedecs, Barcelona, 1997.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, «**Inducción o autoría mediata** en malversación impropia. Comentario de jurisprudencia», *La Ley*, 1986-4.
- «**La evolución legislativa** del delito de tráfico de influencias», *Actualidad jurídica Aranzadi*, 1995-23.
- ENTRENA FABRÉ, Rafael, *El delito de malversación*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.
- ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, Xavier, «**Malversación de caudales** públicos», *Delitos contra la Administración pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997.
- FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, «**La corrupción de los servidores públicos extranjeros** e internacionales (Anotaciones para un Derecho Penal Globalizado)», en Ferré Olivé, Juan Carlos (Edición a cargo de), *Fraude y corrupción en la administración pública. Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*. Vol. III, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2003.
- *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- FELJOO SÁNCHEZ, Bernardo, «**Delitos contra la Administración pública**: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas», *La Ley*, 1997-2.
- FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, «**Corrupción** y delitos contra la Administración Pública», en Ferré Olivé, Juan Carlos (Edición a cargo de), *Fraude y corrupción en la administración pública. Delitos financieros, fraude y*

- corrupción en Europa*. Vol. III, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2003.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes, *La prevaricación judicial*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990.
- *Los delitos de tráfico de influencias en el Código Penal de 1995*, Junta de Andalucía, Sevilla, 1996.
- GARCÍA ESPAÑA, Elisa, *El premio a la colaboración con la justicia. Especial consideración de la corrupción administrativa*, Editorial Comares, Granada, 2006.
- GARCÍA PLANAS, Gabriel, El nuevo delito de tráfico de influencias, *PJ*, 1993-29.
- GONZÁLEZ CUSSAC José Luis, *El delito de prevaricación de funcionario público*, Tirant lo blanch, Valencia, 1994.
- «La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995: la prevaricación», en González Cussac, José Luis (Dtor), *Los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.
- GÓRRIZ ROYO, Elena, *Los delitos de prevaricación urbanística*, Tirant monografías, Valencia, 2004.
- GÜIDI CLAS, Elisa María, *La Prevaricación Judicial en España y en el Derecho comparado*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2006.
- JUANES PECES, Ángel, «Delitos de los funcionarios públicos», *La Ley*, 1998-5.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Manual de Derecho penal, Parte Especial III*, Akal, Madrid, 1992.
- LÓPEZ GARRIDO, Diego, y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, impreso en Closas-Arcoyen, S.L., Madrid, 1996.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa, *La desobediencia de los funcionarios públicos*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 1998.
- MARTÍN CANIVELL, Joaquín, «Prevaricación», *La Ley*, 1996-1.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, en Vives Antón, Tomás Salvador, Orts Berenguer, Enrique, Carbonell Mateu, Juan Carlos, González Cussac, José Luis, Matínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho penal. Parte Especial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.
- MATA BARRANCO, Norberto J. de la, *La respuesta a la corrupción pública. Tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella*. Editorial Comares, Granada, 2004.
- MATA BARRANCO, Norberto J. de la y ETXEBARRÍA, Xavier, *Malversación y lesión del patrimonio público. Apropiación, distracción y desviación por funcionario de caudales públicos*, Editorial Bosch, Barcelona, 1995.
- MESTRE DELGADO, Esteban, en Lamarca Pérez, Carmen (Coord), *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, Colex, Madrid, 2005.
- MIR PUIG, Carlos, «De la malversación de caudales públicos: propuesta de una nueva interpretación del artículo 397 del Código penal», *CPC*, Madrid, 1991.

- MIR PUIG, Santiago, «**Negociaciones prohibidas** a los funcionarios», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo XVII, Seix Editor, Barcelona, 1982.
- «Nombramientos ilegales», *Nueva Enciclopedia Jurídica (NEJ)*, Tomo XVII, F. Seix Editor, Barcelona, 1982.
- «**Nombramientos ilegales**, negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función», en González Cussac, José Luis (Dtor), *Los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.
- MONTES OLAVARRIETA, Leónidas, *De la prevaricación de abogados y procuradores*, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1963.
- MORALES GARCÍA, Óscar, «Fondos reservados, revelación de secretos y **denegación de auxilio** (A propósito de los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo)», *AP*, 1996-1.
- *Los delitos de malversación. Apropiación, utilización temporal y administración desleal de caudales públicos*, Aranzadi, Navarra, 1999.
- MORALES PRATS, Fermín, en Quintero Olivares, Gonzalo (Dtor), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 6.ª edición, Aranzadi, Navarra, 2007.
- MORALES PRATS, Fermín, y MORALES GARCÍA, Óscar, en Quintero Olivares, Gonzalo (Dtor), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 6.ª edición, Aranzadi, Navarra, 2007.
- MORALES PRATS, Fermín, y RODRÍGUEZ PUERTA, María José, en Quintero Olivares, Gonzalo (Dtor), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 6.ª edición, Aranzadi, Navarra, 2007.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo, en Cobo Del Rosal, Manuel (Coord.), *Derecho penal español. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2005.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte Especial*, Sevilla, 1976.
- «Los nuevos delitos de tráfico de influencias, revelación de secretos e informaciones y uso indebido de información privilegiada. Comentarios a la Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo, por la que se reforma el Código penal», en *Apéndice a Derecho penal. Parte Especial*, Tirant lo blanch, Valencia, 1990.
- *Derecho penal. Parte Especial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007.
- MUÑOZ CUESTA, Javier, «El delito de **malversación**», *La Ley*, 1996-5.
- NIETO MARTÍN, Adán, «La corrupción en las **transacciones comerciales internacionales**, en Nieto Martín, Adán (Coord), *Estudios de Derecho penal. Trabajos preparatorios del Grupo español de la Asociación Internacional de Derecho penal con ocasión del XVII Congreso Internacional de Derecho penal. Pekin 2004*. Ediciones del Instituto de Derecho penal europeo e internacional de la Universidad de Castilla La Mancha y Grupo español de la AIDP, Ciudad Real, 2004.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, *La prevaricación del funcionario público*, Editorial Civitas, Madrid, 1980.
- «Algunas reflexiones sobre el tratamiento jurídico del **secreto profesional**», *La Ley*, 1983-1.

- *Sobre el concepto de Derecho penal*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de publicaciones, Madrid, 1984.
 - «**Función** y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos», *ADPCP*, 1990-43.
 - «El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código Penal», *La Ley*, **1996-5**.
 - «Los delitos relativos al **tráfico de influencias**», *La Ley*, 1998-5.
 - «Derecho penal, Poderes públicos y **negocios** (con especial referencia al delito de cohecho)», en Cerezo Mir, José, Suárez Montes, Rodrigo, Beristain Ipiña, Antonio, Romeo Casabona, Carlos (Editores), *El Nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos, Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999.
 - «Un ejemplo de **norma jeroglífica**: el artículo 329 CP –Algunas cuestiones (y ciertas respuestas) sobre la consumación, tentativa, autoría, participación y pena referidas al artículo 329 CP (y figuras afines)–», *RDPP*, Aranzadi, 2000-1.
 - «Los delitos relacionados con la **observancia**, a efectos tributarios, de la actualización y el orden en la contabilidad mercantil y en los libros y registros fiscales (art. 310 CP): revisión del bien jurídico y características comunes», *La Ley*, 2003-2.
 - «Poderes públicos y **corrupción** (delitos contra el correcto ejercicio de los poderes públicos y alcance de la noción jurídico-penal de la corrupción)», en el Libro homenaje a la profesora María del Mar Díaz Pita, **inédito**.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, HUERTA TOCILDO, Susana, MARTÍN LORENZO, María, VENTURA PUSCHEL, Arturo, y ZAMBADE JIMÉNEZ, José Luis, *Programa abreviado para el curso académico 2006/2007. Derecho Penal II (Parte Especial)*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2006.
- OLAIZOLA NOGALES, Inés, *El delito de cohecho*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.
- OLESA MUÑOIDO, Francisco Felipe, «El delito de **malversación por sustracción de caudales** o efectos públicos en el vigente Código Penal Español», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Octavio Pérez Vitoria*, Tomo I, Editorial Bosch, Barcelona, 1983.
- OLIVEROS ROSELLÓ, José, «La **malversación** en el Código penal de 1995», en González Cussac, José Luis (Dtor.), *Los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1996.
- ORTS BERENGUER, Enrique, en Vives Antón, Tomás Salvador, Orts Berenguer, Enrique, Carbonell Mateu, Juan Carlos, González Cussac, José Luis, Matfnez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho penal. Parte Especial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.
- «Consideraciones sobre los delitos de abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos y de **desobediencia y denegación de auxilio**», en González Cussac, José Luis (Dtor.), *Los delitos de los funcionarios*

- públicos en el Código penal de 1995*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1996.
- PAZ RUBIO, José María, y COVIÁN REGALES, Miguel, en Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido (Dtor), *Código penal, Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo III, Arts. 386 a disposiciones finales, Editorial Trivium, Madrid, 1997.
- PORTERO GARCÍA, Luis, «El delito de **prevaricación de funcionario público**», *La Ley*, 2000-4.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan, «Delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal. Una aproximación desde la nueva regulación de la **prevaricación administrativa**», en Gimeno Sendra, Vicente, Queralt Jiménez, Joan, Martín Pallín, José Antonio y Marchena Gómez, Manuel (Dtores.), *Estudio y aplicación práctica del Código penal de 1995. Tomo II. Parte Especial*, Editorial Colex y Centro Superior de Estudios, Madrid, 1997.
- *Derecho penal español. Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2008.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Compendio de Derecho penal, Parte Especial*, Tomo II, Adaptado al programa de Oposiciones a la Escuela Judicial, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1958.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «El delito de **desobediencia** y la desobediencia justificada», CPC, 1980.
- (Dtor), *Código penal*, Aranzadi, Pamplona, 2002.
- (Dtor), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 6.^a edición, Aranzadi, Navarra, 2007.
- REBOLLO VARGAS, Rafael, *La revelación de secretos e informaciones por funcionario público*, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales, Barcelona, 1996.
- «Notas y consecuencias de una lectura constitucional del **bien jurídico protegido** en el T. XIX, L. II del Código penal español (Delitos contra la Administración pública)», en Nieto Martín (Coord), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam*. Vol. II, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha/Ediciones de la Universidad de Valladolid, Cuenca, 2001.
- ROCA AGAPITO, Luis, *El delito de malversación de caudales públicos*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1999.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María, «**Cohecho**», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo IV, F. Seix Editor, Barcelona, 1982.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español. Parte Especial*, 18.^a edición, Dykinson, Madrid, 1995.
- RODRÍGUEZ PUERTA, M.^a José, *El delito de Cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Aranzadi, Navarra, 1999.
- en Quintero Olivares, Gonzalo (Dtor), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 6.^a edición, Aranzadi, Navarra, 2007.
- RODRÍGUEZ PUERTA, M.^a José, y VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, «La responsabilidad penal del funcionario público en **materia urbanística**», en Quintero Olivares, Gonzalo y Morales Prats, Fermín (Coords), *El Nuevo*

- Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Navarra, 2001.
- ROLDÁN BARBERO, Horacio, «La **infidelidad** en la custodia de documentos», *La Ley*, 1996-3.
- «El delito de **desobediencia** funcional», *La Ley*, 1996.
- RUBIO LARA, Pedro Ángel, *Denegación de auxilio por funcionario público* (Código penal, art. 412, párrafo tercero), CESEJ-Ediciones, Madrid, 2006.
- SUÁREZ MONTES, Rodrigo Fabio, «El delito de **malversación de caudales públicos**», *RGLJ*, 1996, Tomo LII.
- TEJERA, Diego Vicente, *El cohecho*, Memoria leída por el Fiscal de la Audiencia de Matanzas en la solemne apertura de los Tribunales, el día 1 de septiembre de 1924, Imprenta La pluma de oro, Matanzas, 1925.
- *La prevaricación*, Memoria leída el día 1 de septiembre de 1925 por el Fiscal de la Audiencia de Matanzas en la solemne apertura de los Tribunales, Imprenta y papelería de Rambla, Bouza y Cía., Habana, 1926.
- VALEIJE ÁLVAREZ, Inma, «Aspectos problemáticos del delito de **concusión** (diferencias con el cohecho)», *RGD*, 1994-597.
- «Consideraciones sobre el bien jurídico protegido en el delito de **cohecho**», en AA.VV. *Estudios penales y criminológicos*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1995.
- *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996.
- VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando, *Los delitos contra la Administración Pública. Teoría general*, Instituto Nacional de Administración Pública y Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2003.
- VERCHER NOGUERA, Antonio, «La especial forma de prevaricación de los delitos contra la **Ordenación del Territorio**», *La Ley*, 1997-1.
- VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, *Delitos contra la Administración pública: estudio crítico del delito de cohecho*, Editorial Comares, Granada, 2003.

Los reos refugiados «a sagrado»: estudio jurídico sobre la inmunidad eclesiástica en el Antiguo Régimen (1)

PEDRO-ALEJO LLORENTE DE PEDRO

Doctor en Derecho. UNED

SUMARIO: Introducción.–1. Visión histórica de los delitos que quedaban fuera del derecho de asilo. 1.1 La polémica sobre si los reos condenados pueden adquirir inmunidad eclesiástica. 1.2 El problema de los soldados desertores refugiados a sagrado.–2. La reducción de los lugares de asilo. 2.1 La problemática de las «iglesias frías». 2.2 El Breve de 1772 fijando iglesias determinadas para acoger el derecho de asilo. 2.3 La vida de los retraídos en las iglesias.–3. Actuaciones con los reos sujetos a inmunidad eclesiástica. 3.1 La «extracción del sagrado» y la conformación del «pleito de inmunidad». 3.2 El tratamiento penitenciario con los reos acogidos a inmunidad. Apéndices documentales.

INTRODUCCIÓN

Una de las manifestaciones más interesantes cuando se analiza, en el ámbito penal, el Antiguo Régimen (periodo comprendido hasta los albores del constitucionalismo, a primeros del siglo XIX), es la existencia de reos que no eran juzgados ni sentenciados, debido a que después de cometido un delito se refugiaban en una iglesia consiguiendo la protección de las autoridades eclesiásticas.

Se trataba de una de las aplicaciones del derecho de asilo, conjunto de normas de la jurisdicción canónica dirigidas por un lado a

(1) Nota del Autor: Dada la dilatada extensión que tendría este artículo, he preferido publicar ahora su aspecto jurídico y dejar para una posterior publicación la continuación a este que será el régimen que llevaron los retraídos en los presidios africanos, lugar al que muchos fueron allegados durante el Antiguo Régimen.

evitar posibles desviaciones del denominado entonces «brazo secular» (la jurisdicción ordinaria) y, sobre todo, para reafirmarse ante él.

Efectivamente. Contra la relevancia que en todos los órdenes iba adquiriendo la Corona, el derecho de asilo representaba uno de los límites a su actuación, aunque su mantenimiento para la Iglesia no fuera sino una fuente de problemas. En última instancia reflejaba la tensión entre los dos grandes poderes del Antiguo Régimen, Iglesia y Estado, recelosos cada uno a perder prerrogativas que supusieran merma en su poder.

Nítidamente describía Francisco Llobet el plano de igualdad y el deber de cooperación iglesia-estado en ese período histórico: «Dos poderes ha establecido Dios en el mundo para la dirección y gobierno del género humano: el poder soberano, y la autoridad eclesiástica, el Imperio, y el sacerdocio, el Gobierno temporal y el espiritual. Los dos son inmediatamente emanados de Dios, distinguiéndolos entre sí e independientes. De la concordia de estos dos poderes penden sus propias ventajas, y las de los hombres que les están sujetos. Quando los dos corren acordes el Mundo va bien gobernado y la Iglesia florece; mas si tienen guerra entre sí, su mala inteligencia produce unos efectos totalmente contrarios...» (2).

Este mismo autor explicaba los remotos orígenes del derecho de asilo: «...el derecho de asilo es casi tan antiguo como el mundo. Moyses, y después de el Josue señalaron ciudades de refugio a los que reos de un homicidio involuntario, se veían obligados a evitar el rigor de las leyes, o el odio implacable de un vengativo. El tabernaculo, y templo de gerusalen, y los altares erigidos por los Patriarcas, ofrecían a los infelices reos refugio seguros contra las pesquisas de los magistrados...».

Hasta el siglo XVIII la desprotección por las autoridades eclesiásticas al derecho de asilo únicamente provenía cuando el presunto delito cometido estuviera en la lista de los que no tenían acceso a este beneficio. En el XVIII la normativa incidió en 1.º: limitar los lugares de refugio; 2.º: aparición de normas procesales como la «extracción de sagrado y conformación del pleito de inmunidad» y 3.º: en el diferenciado régimen penitenciario otorgado a estos sujetos. Aún en el XIX quedaban residuos de tan peculiar institución dándose disposiciones que, rogadas por el Estado, buscaban la aceptación del todavía enorme poder religioso cristiano.

(2) AHN, Consejos, leg. 2065: «Estudio en 14 de mayo de 1773, por D. Francisco Llobet y Mas, monge limosnero y decano del real Monasterio de nuestra señora de Gerri, doctor en Sagrados canones, academico numerario de la Real academia de ciencias Naturales, y artes de Barcelona, examinador synodal del obispado de Urgel...».

La evolución de la materia tendió a acotar tres cuestiones fundamentales que son las que desarrollaré en esta investigación, definidas espléndidamente en una Real Cédula de 1760: «...el fundamento de ambas Jurisdicciones es la qualidad de la persona, si es ó no lega, la del lugar adonde se acogio el delinquente, si es ó no sagrado, y la del delito, si es ó no de los exceptuados...» (3).

Respecto a la primera pregunta de la Real Cédula anterior se contesta fácilmente indicando que sólo podían ser acreedores a la inmunidad eclesiástica los seculares. Esto es, no alcanzaba al gremio de la iglesia: «...se exceptuan los Clérigos, y Religiosos, y personas eclesiásticas, los quales no gozan de inmunidad, por ningun delito, ni causa, por costumbre recibida, y así pueden ser sacados de la Iglesia por su Juez eclesiástico...» (4).

Las otras respuestas a la Real Cédula encajan en los epígrafes siguientes.

1. Visión histórica de los delitos que quedaban fuera del derecho de asilo

Como cuestión preliminar, indicar que toda esta materia estaba atribuida en exclusiva a la legislación eclesiástica. Las leyes estatales que hubieran regulado normas referentes a inmunidad estaban informalmente derogadas si chocaban con preceptos contrarios de derecho canónico: «...aunque por derecho civil imperial de las Auténticas y real de una ley de Partida está dispuesto, que los adulteros, raptores de las vírgenes, homicidas, y deudores, no gocen de la inmunidad de la Iglesia: empero lo contrario se ha de decir, porque gozan de ella... respecto de que este derecho está corregido por el canónico, á que se ha de estar en esta materia...» (5).

Lógicamente hubo delitos excluidos del derecho de asilo en los que la jurisdicción real u ordinaria podía sacarles directamente de la iglesia, ermita, hospital o casas de clérigos donde tomaron refugio. Eso sí, debía tenerse la total certeza de que el delito cometido estaba en el catálogo de los exceptuados, ya que, *in limine*, la presunción operaba a favor de otorgar la inmunidad.

El monje limosnero Llobet ya citado, señalaba cronológicamente tipos delictivos excluidos durante la Edad Media y principios de la Edad Moderna exponiendo cómo la materia fue regulándose a través

(3) Real Cédula de 4 de octubre de 1760. *Vid.* Novísima Recopilación: nota 10 a la Ley 5, Título 4, Libro 1.

(4) *Vid.* HEVIA BOLAÑOS, J.: «Curia Philipica». Ed. Madrid 1747, p. 213.

(5) HEVIA BOLAÑOS, J.: *op. cit.* p. 218.

de varias decretales papales, como inadmitir el asilo a quienes talaran los campos de noche (Papa Inocencio III en 1212), matar o herir gravemente en la iglesia o en su cementerio (Papa Gregorio IX en 1235) o por ser hereje o judío convertido al cristianismo que volviera a apostatar (Papa Juan XXII, siglo XIV) (6).

Estas decretales y otras disposiciones semejantes se incorporaron en el Fuero Real Ley 8, Título 5, Libro 1: «La Iglesia no defiende a robador conocido; ni hombre que de noche quemare mies, ó destruir yere viñas ó árboles, ó arrancare los mojones de las heredades; ni hombre que quebrantare la Iglesia ó su cementerio, matando ó hiriendo en ella, por pensar que será defendido por la Iglesia». El mismo texto se reprodujo en la Novísima Recopilación, Cuerpo de leyes acabado por Reguera Valdelomar en 1805 (7) en la Ley 1, Título 4, Libro 1, lo que da idea de su vigencia por dilatado tiempo.

A la pregunta «Quando reus gaudeat (goza) immunitate Ecclesiae?. Casus in quibus delinquens non gaudet immunitate Ecclesiae», respondía D. Antonio Gomez (8) el gran penalista castellano del siglo XVI: no tienen derecho de asilo el «publicus latro» (ladrón público o famoso, que se consideraba al salteador de caminos y al que cometió

(6) AHN, Consejos, leg. 2065: «Estudio en...» *op. cit.* S/F: «...Inocencio III en el año 1212 dirigió a Guillermo I, rey de Escocia una carta, por la qual a mas de los ladrones publicos quedan excluidos del asilo los que de noche talaren los campos... Gregorio IX en su Decretal del año 1235 dirigida a los arzobispos de Toledo, y de Compostela excluyó del mismo privilegio a los que mataren a alguno en la iglesia, o en su cementerio, o le hirieren de manera, que quede inutilizado en alguna parte del cuerpo...en el siglo XIV, Juan XXII excluyó tambien del asilo a los hereges, o sospechosos de heregia, y a los judios, que una vez abrazada la Religion cristiana apostataren de ella. A fines del siglo XVI promulgó Gregorio XIV la Bula que empieza cum *alias nonnulli*, por la qual abrogó las concesiones hechas por el o por sus predecesores, y prohibió que se atendiese a ser de una misma naturaleza, o mayor la gravedad de los delitos, para conceder, o negar el asilo: si que solo se debia probar lo que el prescribia en su constitucion, por la qual daba mayor ampliacion a los Canones antiguos.»

(7) *Vid.* mi obra «Aspectos del revisionismo penal y penitenciario de la Ilustración Española» en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares* Madrid 2007, en p. 87 referencias sobre la elaboración de la Novísima Recopilación.

(8) TOMÁS Y VALIENTE, F.: «Obras Completas». T. 5. Madrid 1997, p. 276: en 1552 publica Antonio Gomez, acaso el mejor penalista castellano durante varios siglos, sus *Variarum resolutionum iuris civilis, communis et regii, libri III*, dedicado por entero a la materia penal. A mi modo de ver, es la obra penal más importante y completa de la literatura castellana, lo que podríamos llamar el «mos italicus» castellano. Antonio Gomez, catedrático en Salamanca, y por ello, conde, se convirtió para los juristas castellanos en la autoridad por nadie superada, y solo igualada por Gregorio Lopez y Covarrubias; conoce a fondo la doctrina de la tradición romanista italiana, también las leyes del derecho castellano y alude con frecuencia a casos penales en que intervino personalmente.

tres o más hurtos); quien anda de noche robando o quemando mieses [«...nocturnus depopulator (saqueador) agrorum vel messes devastat...»]; los que cometen el delito en la iglesia y aquellos culpados de asesinato [«...homicidium vel delictum proditoriè, (traición) vel alevosè...» (9)]. Todos estos casos generales les matizaba en virtud de distintas circunstancias.

La doctrina fue incorporando todo un cuerpo jurídico muy preciso de los delitos excluidos del asilo, merced a varias Decretales (10) y bulas del papado, como señaló Hevia Bolaños en «Curia Philipica» (11)

La ampliación e interpretación de los delitos exceptuados del derecho de asilo siempre necesitaba Bulas o Breves que lo permitieran. Para varios delitos se otorgó el Breve 14 de noviembre de 1737 (12):

(9) GOMEZ, A.: «Commentariorum, variorumque resolutionum, Juris Civilis, Communis, et Regii. Tomus III: De Delictis.» S/L, S/F (ed. latina probablemente la de 1780), pp. 221-223.

(10) Las Decretales pueden definirse como la Constitución o disposición pontificia emanada a ruego o consulta de una institución laica o eclesiástica; también eran las leyes eclesiásticas que constituyen el cuerpo básico del Derecho Canónico, reunidas por San Raimundo de Peñafort entre 1230-1234, por orden de Gregorio IX. *Vid.* MARTÍNEZ RUIZ, E.; SANZ BREMON, A.: *Diccionario de Historia Moderna de España. 1. La Iglesia* Madrid 1998, p. 107.

(11) «...no goza de inmunidad el que quema ó derriba la Iglesia, ó comete sacrilegio en lugar sagrado, pues la ofende: mas al contrario goza cometiendo el sacrilegio fuera de la Iglesia. Y lo mismo aunque mate al Clérigo, como sea fuera de ella, porque al Templo sacro, no á la persona fue concedida...no gozan los que sacan las Monjas de los Monasterios, ni los que en la Iglesia comenten adulterio, ó roban, ó fuerzan en ella las vírgenes...no goza el que mata ó hiere en la Iglesia, ó Cementerio, ó en ella comete otros delitos semejantes, ó mas graves y no leves, ni menores con esperanza de valerse de su inmunidad...los que delinquen cerca de la Iglesia con esperanza de retraerse en ella...no goza el que estando en la Iglesia, sale á cometer el delito, y cometido, luego se vuelve a ella...el que desde la Iglesia mata, ó hiere al que está fuera de ella, ó el que tal hace al que está dentro...los Hereges, el apóstata de la Fé, y renegado, el perseguidor de las Imágenes...el que comete delito de lesa Magestad humana, y traycion contra el Rey, y contra el Reyno...el que comete pecado nefando, y sodomia...el que mata segura, y alevosamente...el parricida...el que mata por dineros, por veneno...el que hiere con animo de matar, aunque no se siga la muerte...el que sobre caso pensado diere bofeton, ó palos á persona noble...el simple ladron, si solo cometió un hurto, el ladron famoso, salteador de caminos ó que anda de noche robando, ó quemando mieses, heredades, montes ó casas, con dolo y malicia, y con ella arranca los mojonos...no gozan los siervos, y esclavos...» *Vid.* Hevia Bolaños, J.: *op. cit.* pp. 213-219.

(12) Este Breve vino a consecuencia del Concordato entre España y el papado de 26 de septiembre de 1737, cuyo artículo 2 disponía: «para mantener la tranquilidad del público e impedir que con la esperanza del asilo se cometan mas graves delitos... dará su Santidad ...á los Obispos las órdenes para establecer, que la inmunidad local no sufrague á los salteadores ó asesinos de caminos, aun en el caso de un solo y simple insulto, con tal que en aquel acto mismo se siga muerte ó mutilación de miembro...y para impedir la frecuencia de los homicidios extenderá su Santidad la disposicion de

«...atendiendo a desterrar y exterminar el perjudicial y abominable delito de homicidio (13) ...que en adelante no les valga á los asesinos y salteadores de caminos la inmunidad local de las Iglesias, ni aun por un tan solo y único crimen como se hubiese seguido la muerte...o resultado mutilación...del mismo modo que no les vale a todos aquellos que han incurrido en el crimen de Lesa Magestad, quedando privados del derecho del asilo...» (14).

Ahora bien, pese a la aparente claridad de estas normas, la extracción del reo del sagrado exigía una casuística complejísima, casuística contenida en la Bula «In Supremo Justitiae solio» de 1734, que se apoyaba en otras dos Bulas anteriores: «Cum alias» y «Ex quo Divina».

1.1 LA POLÉMICA SOBRE SI LOS REOS CONDENADOS PUEDEN ADQUIRIR INMUNIDAD ECLESIAÍSTICA

Hevia Bolaños citaba también otro supuesto muy interesante para el presente estudio: «no gozan de inmunidad los condenados por delito á servicio de galeras, ú otro forzoso, pues son siervos de la pena, lo qual se entiende estando ya condenados por sentencia executable...»

Como vemos era un precepto pensado esencialmente en caso de fugas mientras se les trasladaba hasta el lugar de cumplimiento de la pena. De aplicarse tajantemente esta pauta, parecería no pudiera ocurrir la inmunidad eclesiástica a los condenados a galeras o presidios pero no es cierto por varias razones: 1.^a Porque no todos los empleados en trabajos forzados venían producto de sentencia condenatoria, como por ejemplo los vagos y los gitanos. 2.^a Porque muchos llegaban a los presidios directamente remitidos «a sagrado» procedentes de «iglesias o recintos sagrados» de la península. 3.^a Porque otros se refugiaban en las iglesias africanas después de cometer un delito y

la bula que comienza In supremo Justitiae solio...» (Esta Bula fue la de Clemente XII, expedida el 29 de enero de 1734, que excluía para esos delitos a los residentes en Roma). *Vid.* Novísima Recopilación: notas 4 y 5 de la Ley 4, Título 4, Libro 1.

(13) Para el delito de homicidio se siguió posteriormente diferenciando supuestos: «Benedicto XIV en su Constitución de abril del año 1750 declaró sobre los homicidas voluntarios, que solo aquellos deben gozar del derecho de asilo, que se hallaren empeñados por accidente en alguna pendencia; que si alguno quedare muerto en el duelo, el que huviere cometido la accion y se huviere acogido a la iglesia no debe gozar de inmunidad, sino que debe ser entregado al brazo seglar, que si en la misma refriega alguno quedare herido, sin espera a que muera aquel de quien huviere recibido la herida debe ser sacado de la iglesia y trasferido a carceles publicas, hasta que el estado del herido decida de su vida o de su muerte; que si convaleciere debe su agresor ser restituido al asilo; mas si llegare a morir debe quedar el reo en poder del brazo Seglar para ser castigado con la pena que le corresponda...» *Vid.* LLOBET, F.: «Estudio...» *op. cit.* en AHN, Consejos, leg. 2065.

(14) Novísima Recopilación: nota 4 de la Ley 4, Título 4, Libro 1.

como debían ser procesados por éste, se entendía podía existir inmunidad, y por fin, y sobre todo, porque las instituciones eclesiásticas tenían especial interés en que siguiera practicándose el derecho de asilo como muestra de la reafirmación de su poder, poder que la monarquía estaba deseando reducir.

Fernandez de Retes abundaba en los conceptos para excluir de inmunidad a los «galeotes y a otros condenados a servicio personal» interpretando lo dispuesto en la Ley 9, Título 24 del Libro 8 de la Nueva Recopilación que decía: «...y mandamos a preladados, clerigos, eclesiásticos no acojan, ni defiendan, ni amparen a los dichos galeotes en las iglesias...» La interpretación dada por Retes era: «como la pena de galeras sea moderna...la Constitucion de la Santidad Gregorio 14 en año Domini 1591 Cum alias non nulli predecesoris nostri...lo señalo...y se extiende a los condenados a la milicia y presidio pues es servicio personal a los que estan condenados en sentencia pasada a cosa juzgada o rematados porque mientras pende apelacion o suplica no tienen estado de forzados ni S.M. derecho adquirido. Y asi se habra de ventilar la causa de inmunidad no como forzados sino como reos...» (15).

1.2 EL PROBLEMA DE LOS SOLDADOS DESERTORES REFUGIADOS A SAGRADO

La desertión, delito perfectamente susceptible de inmunidad, siempre atrajo a sagrado a muchos soldados sabedores que atrapándoles en otras circunstancias serían pasados por las armas (16). Este delito fue tan habitual que hubiera resultado imposible contenerles a todos en las iglesias.

En 1708, en plena guerra de Sucesión, había muchos soldados desertores con esta cualidad, único medio para eludir la pena de muerte. Puesto que se necesitaban efectivos para continuar las acciones bélicas, significaban un lastre inútil. Por ello se ordenó, para que volvieran a filas, su extracción: «...por via economica, solo para el fin de que buelvan a servir en sus Cuerpos y Exercitos, haziendo caucion

(15) FERNANDEZ DE RETES, J.: «Conveniencia y concordia de ambas jurisdicciones en materia de inmunidad *quo ad loca*, que no ha lugar en los condenados por sentencia pasada en juzgado a servicio personal de galeras o presidio: practica de la ley 9, título 24, libro 8 *regia compilationis* versiculo penultimo en dos causas que estan pendientes en el Tribunal eclesiastico...por el Dr. D. Jose Fernandez de Retes, fiscal de S.M. en el crimen de esta Corte y chancilleria de Valladolid». S/F (mediados siglo XVIII), S/P. BN: Mss 9961.

(16) *Vid.* mi artículo: «La desertión militar y las fugas de los presidiarios en el Antiguo Régimen: especial estudio de su incidencia en los presidios norteafricanos» en Anuario 2006 de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares. Pp. 111-115.

juratoria los Ministros o Cabos que los sacaren, de que no los castigaràn, ni haràn otra vejacion alguna; y si hecha esta caucion, no los quisieren entregar los Ecclesiasticos, podràn sacarlos, y restituirlos à sus Cuerpos de donde huvieren desertado, previniendo no se les castigue, por averlos sacado de la Iglesia...y en el uno y otro modo con que fueren sacados, no embarazarà para que sean castigados, si cometieren nuevos delitos, sin que puedan alegar la Iglesia fria...» (17).

Se buscó para la desertión una cobertura legal basada en el derecho romano con el objetivo de que se les extrajera rápidamente de donde estuvieran refugiados y volvieran a servir en el ejército. En concreto: «...no gozan de inmunidad los siervos y esclavos, que por temor del mal tratamiento de sus dueños se retraen...los condenados a galeras, ú otro forzoso, por la misma razon que los esclavos, pues son siervos a la pena...» (18). Luego tratándoles como «siervos a la pena» podían ser extraídos para un servicio suave que no se considerara «maltrato» como el oficio castrense.

Y así, fue asentándose la doctrina de «que por via economica puedan ser sacados de las iglesias los desertores a fin de servir en los Exercitos a la manera que por repetidos textos canonicos estan obligados los R.R. obispos a restituir a los Dueños los esclavos que se refugian a las yglesias». Pero, lógicamente, siempre otorgando la pertinente caución: «de no imponer pena de muerte ni otra corporal al reo, pudiendose estender hasta el destino al servicio de las armas o arsenales, y presidios, pero sin calidad de gastadores, ni aplicacion a bombas», como se explica en una Consulta de la Sala de Alcaldes de 1775 (19) que comenta otras de 1708 y 1758, añadiendo: «...de modo que el servicio de las armas, no se reputa por una de aquellas penas, de que segun el espiritu de los canones, y leyes, debe libertar el asilo: lo qual, sobre ser fundado en autoridad, lo persuade tambien la razon y buena politica, porque a la verdad que cosa mas opuesta a ella, que protexer la bagancia, y el vicio...una triste esperiencia enseña que los refugiados mas prudentes, y quietos, son por lo menos unos hombres ociosos expuestos a caer en precipicios por huir de las manos de la

(17) AGM, 2.^a Sección, 9.^a División, leg. 34: Real Orden 7 de marzo de 1708: «El Rey. Por quanto con motivo de la repetida desercion, que se experimente en los Soldados refugiados à la Iglesia, he venido en declarar, que puedan ser sacados de ella...sin que puedan alegar la Iglesia fria, pues siendo el fundamento de esta, la reintegracion del despojo que ha padecido, y no gozando de inmunidad el desertor, no se despoja à la Iglesia, en extraerle, y assi no queda fundamento para reintegracion, especialmente quando el sacarle no es para castigo, ni pena, pues no se debe entender serlo, el que continùe en mi servicio, donde faltà...»

(18) HEVIA BOLAÑOS, J.: *op. cit.* p. 217.

(19) AHN, Consejos, leg. 2065: 23 de diciembre de 1775.

justicia y a quienes la misma ha dejado en plena y absoluta libertad, y aun en proximo peligro de arrojar a ellos...».

En la específica Ordenanza de desertores de 1765 se comprueban las indudables ventajas penales de quienes tuvieron oportunidad de refugiarse a sagrado respecto a los que no lo consiguieron (20) pues incluso en la variedad más agravada, «desertar a los moros», se conmutaba la pena de muerte por presidio; eso sí, perpetuamente. La inmunidad eclesiástica fue aprovechada también para denunciar las malas condiciones de vida en el ejército, hasta que Carlos III reaccionó severamente por entender podía producir un menoscabo importante en la disciplina (21).

2. La reducción de los lugares de asilo

La amplitud o restricción de un derecho como el que examino se mide en función de que pudiera practicarse en múltiples lugares, pues de otro modo perdía su natural eficacia. La interpretación localista del derecho de asilo fue extensiva: no sólo podían refugiarse en el interior de las iglesias, sino también en sus edificios anexos y en su propio

(20) AGM, 2.^a Sección, 9.^a División, leg. 25: 4 de mayo de 1765: «casos señalados de pena comun al tiempo de guerra y al de paz: artículo 7, los que huvieren cometido el delito de desercion en los casos y circunstancias agravantes que prescriben los seis articulos precedentes, y fueren aprehendidos con Iglesia, seran destinados (con retencion de inmunidad) a presidio perpetuo...casos de simple desercion cuya pena es limitada al tiempo de Paz: el desertor de primera vez aprehendio con Iglesia, se mantendrá entretenido en el Quartel, por espacio de seis meses, doblandosele el tiempo de su enganchamiento. El que desertare segunda vez, y fuere aprehendido sin Iglesia, sufrirá la pena de muerte, passado por las armas. Al que haviendo desertado segunda vez, se aprendiere con Iglesia, se le destinara a servir toda su vida en los Regimientos fixos de Oran y Ceuta».

(21) AGM, 2.^a Sección, 9.^a División, leg. 25: «Real Decreto 13 de noviembre de 1765: ...los Soldados que se retirassen à la Iglesia à deducir desde ella sus queexas, ademas de ser extraídos, y aplicados por via de correccion à trabajos de las Plazas, por el tiempo que les falte à cumplir, pierdan el derecho à las pretensiones, aunque sean fundadas...el soldado que promoviere especies, sufrirá pena de Baquetas, si es arrestado sin iglesia, y se le destinará à trabajos de la Plaza como presidiario, por el termino que restare su empeño; y si huviere tomado Iglesia, será extraído baxo caucion, y se le aplicará (por via de correccion) à trabajos de la Plaza por el tiempo que le faltare a cumplir... caso de refugiarse diez soldados de una Compañia, despues de su extraccion, se proceda a una Sumaria contra los Oficiales...à fin de saber si en el cuidado de su tropa han zelado...quando Soldados huviesen convenido refugiarse, y fueren aprehendidos sin tomarla, mando...echen suertes para sufrir pena de Baquetas de cada diez uno, y que à los que les toque, se les excluya del servicio, y aplique a las obras como presidiarios por seis años: bien entendido, que esta aplicacion, y la pena de baquetas ha de comprehenderse sin entrar en suerte los promotores del convenio; y los que quedaren libres del sorteo continuarán el servicio amonestados...».

cementerio. Fue extendiéndose también a ermitas, hospitales llevados por órdenes religiosas, conventos y casas de clérigos. Incluso cuando salía en procesión el Santo Sacramento, lo que no era infrecuente, podía un presunto malhechor cobijarse en él, impidiendo con esa acción que fuera detenido y normalizando su nuevo estado en el templo donde finalizaba la comitiva.

2.1 LA PROBLEMÁTICA DE LAS «IGLESIAS FRIAS»

Esta amplia extensión de lugares susceptibles de asilo fue otra de las cuestiones que la Corona se empeñó en reducir. Las llamadas «iglesias frías», eran las radicadas en lugares solitarios como ermitas, iglesias rurales y santuarios abandonados, siendo habitual cuando los reos hubieran sido apresados en ellas invocar inmunidad eclesiástica que obligaba a remitirlos a una iglesia principal.

En Ceuta se obtuvo, en torno a 1737, una Concordia entre el obispo y el gobernador de la plaza que prescribía el modo de extraer a estos reos. Una Real Resolución de ese año recogía la concordia y prefijaba la forma de actuación con quienes alegaban «iglesia fría» siguiéndose el recurso de fuerza y representando el Auditor de la Plaza (cargo militar equivalente a abogado) las pretensiones regalistas (Ver apéndice documental núm. 1).

Ceuta fue el origen del cambio. Se produjo su generalización al resto de España con un Breve de 1737 anulando definitivamente la inmunidad de este tipo de lugares, consecuencia del Concordato de ese mismo año cuyo artículo 3 disponía: «Habiéndose introducido la práctica de que los reos aprehendidos fuera del lugar sagrado aleguen inmunidad, y pretendan ser restituidos á la Iglesia, por el título de haber sido extraídos de ella ó de lugares inmunes en qualquier tiempo, huyendo de este modo el castigo á sus delitos, cuya práctica se llama con el nombre de Iglesias frías, declara su Santidad que en estos casos no gocen de inmunidad...» (22).

Muy prolijamente quedaron detallados los anexos de cada iglesia excluidos del derecho de asilo como refleja la introducción a un Breve de 1773 (23).

(22) Novísima Recopilación: Ley 4, Título 4, Libro 1. Concordato de 26 septiembre 1737 y el Breve de 14 de noviembre de 1737.

(23) AHN, Consejos, leg. 2065: Introducción al Breve de 12 de septiembre de 1773: «...excluyendo de inmunidad algunas partes exteriores de qualquier iglesia, á las Capillas, y Oratorios de casas particulares, ó de otras personas principales...á las Capillas de los Reales, y Castillos...las torres de las campanas, separadas de las iglesias, las iglesias caídas, y profanadas, y á los jardines, y huertas, que no estubiesen cercadas de paredes, y unidas a ellas: además de esto se excluyó á las casas de trato, y

2.2 EL BREVE DE 1772 FIJANDO IGLESIAS DETERMINADAS PARA ACOGER EL DERECHO DE ASILO

La acotación más drástica de los sitios de acogida llegó durante la Ilustración española con un Breve de 1772. Su gestación comenzaría año y medio antes, con una carta del marqués de Grimaldi (Secretario de Despacho de Estado) al conde de Aranda (Presidente del Consejo de Castilla) en 1771 estimando que gracias a las excelentes relaciones que atravesaba España con la Santa Sede era el momento de solicitarlo (24).

Prevía información de los fiscales (25) y adhiriéndose a su dictamen, el Consejo manifestó: «...una de las sumas del mal experimentado pende de la extension del derecho de asilo a una multitud inmensa de edificios, y lugares agenos del concepto de templos...se ha ocasionado tanto mal y osadia para delinquir, a vista de la facilidad de los refugios...V.M. podrá mandar hacer instancia a su Santidad a fin de que en los dominios de V.M. de Europa, America, Africa y Asia, quedara reducido el derecho de asilo...a la santa yglesia cathedral y a otra parroquia, la mas antigua: que en las demas ciudades, villas o lugares en donde hubiere iglesia colegiata, ella sola goze del derecho de asilo

de habitacion, unidas á las iglesias, ó á otras casas religiosas, aunque tengan entre sí comunicacion interior: á las casas habitadas por Sacerdotes, y otros Eclesiásticos, que estén contiguas á la Iglesia; exceptuando solamente las casas en que vivan los Párrocos, y que por dentro tengan inmediata comunicacion con la Iglesia Parroquial...»

(24) AHN, Consejos, leg. 2065: «Expediente en virtud de Real Orden de S.M. sobre atajar los perjuicios que se ocasionan por la facilidad de refugiarse a Sagrado los que cometen delitos»: 13 de febrero de 1771: «...noticioso el Rey de que muchos reos logran la impunidad de sus delitos por la facilidad que tienen de refugiarse a lugares sagrados, y el grave perjuicio que esto dimana a la quietud y seguridad publica, pensó hace algunos años poner el indispensable remedio, y aun se hizo encargo a Roma para que se intentara la solicitud. Viendo S.M. quan poco a proposito era el Ministerio Pontificio que habia entonces para conseguirla, resolvió no se presentase escrito alguno formal hasta tiempo mas oportuno: y considerando ahora que acaso podrá serlo el actual Pontificado, quiere se trate este punto en el Consejo y que pidiendo informes a las Salas del Crimen de las Chancillerias, teniendo presente la practica de Valencia...»

(25) AHN, Consejos, leg. 2065: «Los fiscales informan en 19 de febrero de 1771...considerando no como lugar inmune las viviendas de los sacerdotes o de los regulares, los claustros y los porticos, pues estas y otras oficinas son verdaderamente profanas, y su inmediacion al templo, no las constituye como parte integrantes del templo...la multitud de asilos que hay en los lugares populosos, en los quales ocurre el maior numero de robos homicidios y delitos graves; de manera que donde debia estar mas expedito el exercicio de justicia, allí es donde los delinquentes encuentran multiplicados los asilos y fundan su confianza para delinquir asegurados con la experiencia de la cercania de los asilos: por lo qual de acuerdo con la autoridad eclesiastica con vendria reducir, y moderar el numero a la cathedral donde la hubiere; a la colegiata en falta de aquella y finalmente a la parroquia matriz, o mas antigua...»

y que en todo el resto goce solamente una de ellas, y esa sea la principal o mas antigua. Que en estas dichas iglesias ningun delinvente pueda gozar de la inmunidad sin que se verifique haver entrado efectivamente dentro del umbral del templo...que deban quedar excluidas las paredes exteriores, puertas, cerrojos, y aldabas, atrios y cementerios de las iglesias» (26).

La resolución de Carlos III sobre este expediente fue el encargo al embajador de Roma, D. Jose Moñino, quien basándose en esta Consulta inició conversaciones ante el Papa Clemente XIV con resultado positivo (aunque no logró todo lo solicitado, Vid apéndice documental núm. 2), distinguiéndole el rey, por lo eficaz de su gestión, con el título de conde de Floridablanca, título con el que pasaría a la posteridad.

El Breve fue el siguiente: «Breve de Su Santidad sobre la reduccion de Asilos en todos los dominios de España, y de las Indias cometida á los Ordinarios Eclesiásticos, expedido á instancia de S.M.» Contiene relación de antecedentes, algunos ya citados, y expresa: «...habiendole parecido al religiosísimo, y carísimo en Cristo hijo nuestro Cárlos...que de ningun modo son suficientes para contener á los pueblos sujetos á su dominio, por sus particulares costumbres constándole...quan poco, ó casi nada han conducido (las bulas y disposiciones anteriores) á la pública quietud...y se eviten tantos perjuicios contra la caridad cristiana, bien y tranquilidad pública, é integridad de las costumbres...Nos, pues, queriendo condescender con la justa instancia, y deseo de un Rey tan piadoso, religioso, y amantísimo de las buenas costumbres...motu proprio (27), con madura deliberacion...encargamos, cometemos, y mandamos...deban y estén obligados (los obispos) á señalar una, ó, á lo mas, dos Iglesias, ó lugares sagrados, segun la poblacion...de suerte, que en las dichas Iglesias, ó sagrados...se habrá de guardar la inmunidad eclesiástica segun la forma de los sagrados Cánones...y ninguna otra Iglesia, ó lugar sagrado, santo, ó religioso, se deberá tener por inmune; aunque por derecho, ó costumbre lo haya sido ántes...y queremos que á las Iglesias y lugares, que ya no gocen de inmunidad local, se les tenga el conveniente respeto, culto, y veneracion debida en lo por venir... Dado en Roma... con el sello del pescador, el dia 12 de Setiembre de 1772, año quarto de nuestro Pontificado...».

A primeros del 1773, se emitía la Real Cédula de cumplimiento del Breve citado: «Real Cédula de S.M. y Señores del su Consejo,

(26) AHN, Consejos, leg. 2065: Dictamen del Consejo a 27 de marzo de 1771.

(27) La cláusula «Motu proprio» aparece con la finalidad de poner de manifiesto que las disposiciones que allí se incluyen han surgido del deseo expreso del pontífice. Vid. MARTÍNEZ RUIZ, Bremon Mayans y otros en «Diccionario... op. cit. T. I La Iglesia», p. 191.

encargando a los Tribunales Superiores, Ordinarios Eclesiásticos, y Justicias de estos Reynos cuiden la execucion del Breve de su Santidad sobre reduccion de asilos de estos Reynos» (28). Y es que los Breves aunque poseían la categoría de emisión legislativa de un país extranjero, la Santa Sede, no tenían eficacia jurídica hasta que se reva- lidaban mediante un Decreto interno que les daba validez.

2.3 LA VIDA DE LOS RETRAÍDOS EN LAS IGLESIAS

Los efectos de este Breve siguieron siendo insuficientes. Producto de la concentración de «retraídos» en las pocas iglesias permitidas, se aumentaron en éstas los desórdenes, como explica una representación de la Sala de Alcaldes en 1779 (29): «...los males no se han curado y mucho menos despues de la ultima bula (aunque fue Breve) de su Santidad de 1772 pues juntandose en un lugar muchos hombres facinerosos y de perversas costumbres no basta para su correccion y exemplo la saviduría de las leyes antiguas, si no se arregla este nuevo punto de policia bajo de unos preceptos generales, y sencillos, que con su debida observancia sean capaces de refrenar la licencia de unos hombres extra- gados, a quienes no parece contienen los respetos de la religion...».

Esta representación describe lo que ocurría en esos recintos: «...en el sagrado son mui frecuentes los juramentos, las maldiciones y las palabras indecentes, los bailes probocativos, la conversacion y trato con mujeres de nota, la embriaguez y garito, el desafio, el juego y otras acciones torpes y criminales...se roban unos a otros el dinero y la comida, y se desaparecen alhajas de la misma mano y poder del que las tiene: el uso de armas y aun de las prohibidas, se les nota tambien».

Tampoco estaban como si de una cárcel se tratara pues salían incluso para volver a delinquir y realmente se habían hecho los «señores del lugar»: «Del sagrado salen a continuar sus delitos, valiendose solo de él para cubrir sus destetables designios y substraherse de la potestad de la Justicia. Las limosnas que recojen en la caja no sirven de otra cosa que para contentar el vicio y la desaplicacion y es bien repara- ble que teniendo algunos oficios conocidos no se exerciten en el

(28) AHN, Consejos, leg. 2065: 14 de enero de 1773: «...encargo à los muy Reverendos Arzobispos, Reverendos Obispos...Prelados de las Ordenes Regulares... vean el Breve de su Santidad...à que tenga el debido cumplimiento la referida reduc- cion de asilos...y mando à todos los Jueces y Justicias...vean, guarden y cumplan... cuidando conservar la armonia, entre unos y otros...de forma que en el preciso ter- mino del año, se egecute la reduccion de asilos...Yo el Rey...»

(29) AHN, Consejos, leg. 2065: 23 de diciembre de 1779: «Expediente forma- do a representacion de la Sala de Alcaldes de Casa y Corte en que se expone lo que ocurre con los reos refugiados en las Iglesias de Asilo de esta Corte».

sagrado para sustentarse del trabajo de sus manos...ultimamente (lo referimos con estremecimiento) a habido ocasion en que estando tocando y cantando con sumo alboroto los retraídos, pasando en aquel tiempo por el mismo zementerio S.M. sacramentado, tubieron el insolente atrevimiento de no cesar con horror a todos los que fueron testigos de esta yrreligion. Los vecinos están atemorizados, sin atreverse a abrir sus ventanas por no ver ni oír las torpezas que halli se cometen: los divinos oficios se pertuban o interrumpen, y los fieles que asisten a ellos, en vez de salir edificados, se buelven a sus casas escandalizados, sin que baste a contener estos libertinos, ni las amenazas, ni las amonestaciones de los sacerdotes y sirvientes de la Yglesia a quienes tratan con el mayor desprecio y desaogo...» Esta crónica no era patrimonio de ese tiempo pues también se constata en el siglo XVI y XVII (30).

Esta «buena vida» hacía que incluso hubiera quien fingía haber cometido un delito para poder retraerse a sagrado: «...ha llegado a tanto el abuso de estas piadosas limosnas, ofrecidas por los fieles con bien diferente objeto, que tres se acojieron a la Yglesia con el fin de pedir limosna, sin haver cometido delito alguno, fingiendo a su ingreso que lo executaban por quimera contrabando o trato escandaloso; hecho de que da el estado actual de asilo...» (31).

La Sala de Alcaldes solicitó varias medidas para remediarlo (ver apéndice documental núm. 3), entre las que destaco que no hubiera mujeres con ellos (salvo su esposa, madre o hermana y siempre por el día), que hubiera visitas de los alcaldes para informarse de sus desórdenes y quejas, «que a la puerta de la iglesia o abitacion de los refugidos se fije un edicto conminando a los contraventores con la consignacion a una de las iglesias de los presidios de africa en virtud del breve de 1748...»

(30) Cometido el delito, muchos procuraban refugiarse en un templo, obteniendo muchas veces la impunidad. En lengua de germanía se llamaba a la iglesia «antana y altana». De aquí la frase «llamarse antana», expresión de esquivar el cumplimiento de castigos. En «El Buscón» de Quevedo comenta que después de matar a dos corchetes, «al fin nos refugiamos en la Iglesia Mayor, donde nos amparamos del rigor de la justicia y dormimos lo necesario para espumar el vino...pasamoslo en la iglesia notablemente, porque al olor de los retraidos vinieron ninfas...». Rodríguez Marín, refiriéndose al siglo XVII traza un animado cuadro de los excesos derivados del derecho de asilo: «...la vida de los retraídos era escandalosa...se hallaba en el lugar sagrado la peor compa_a, pero también la más divertida y alegre...allí las musicas, los votos y reniegos, los naipes y dados, las comilonas...burdeles que no lugares eclesiásticos eran aquellos». Cfr. DELEITO Y PIÑUELA, J.: *La mala vida en la España de Felipe IV*. Madrid 1987, pp. 100-103.

(31) AHN, Consejos, leg. 2065: Representación de la Sala de Alcaldes en 23 de diciembre de 1779.

Otra prevención aconsejable residía en que se consiguiera el sistema llevado en Valencia (pedido y no conseguido en las gestiones del Breve de 1772) consistente en que pasaban los retraídos a un establecimiento con tintes penitenciarios: «...establecer al modo que se practica en Valencia, una casa donde se pudiesen custodiar los reos con toda seguridad separada de la Yglesia, para que no se impidiese la devocion de los fieles, ni se turbase el uso de los exercicios sagrados. A esta casa conocida allí con el nombre de Almoyna, no solo se trasladan los reos refugiados en la capital, sino tambien puede practicar lo mismo con los que se refugian a las iglesias de otros lugares, sin que por esta translacion se cometa despojo: y aun por costumbre y posesion immemorial de aquel reyno la jurisdiccion Real tiene facultad de poner grillos, y prisiones si fuese necesario a los retrahidos, sin el consentimiento del juez eclesiastico y assi se halla repetidamente decidido por los cancilleres a quienes pertenece terminar las controversias jurisdiccionales de la inmunidad local...» No consta se obtuviera este sistema de Valencia en el resto de España.

En el Madrid de 1784 las mujeres «se refugiaban» en el asilo de San Luis y los hombres en la iglesia de San Sebastián. Sólo estaban en la fecha dos mujeres retraídas en San Luis: Maria Antonia Soto y Josefa Muñoz, llevándose el sistema siguiente: «el metodo y orden que se observa en aquel refugio con las retraidas, con acuedo del vicario Eclesiastico, se ha echo un libro en que se sientan nombres de los que se retraen y los motivos que tienen. En los quartos donde havitan se han puesto llaves, de dia suelen salir de ellos para pedir limosna a la puerta de la iglesia por no haver fondos para mantenerlas y al toque de animas el theniente cuida de que se recojan y las deja cerradas hasta por la mañana y no las comunica hombre ninguno sin expresa licencia del Theniente, o Cura. Añade que desde el año de 1777 que es theniente, no ha advertido desorden, ni escandalo alguno, por el cuidado que se tiene con estas mugeres» (32).

(32) AHN, Consejos, leg. 2065: 28 de abril de 1784, el teniente de Corregidor D. Mariano Colon al conde de Campomanes (gobernador Consejo de Castilla): «Maria Antonia de Soto, retraida en esta mandada prender a instancia de su marido Josef Poyo por trato ilicito, haviendose ausentado el que se decia complice. Haviendo pasado oficio al vicario eclesiastico para poderla imponer alguna pena correctiva y trasladarla a la prision, no ha podido tener efecto por haverse ausentado, como en el dia lo ha echo. Aunque he pasado varios oficios con el Marido para que desista mediante la ausencia del hombre y del tiempo que a pasado no le he podido conseguir pero procuraré cortar esta causa de un modo o de otro...Josefa Muñoz, esta por causa escrita por el Alcalde D. Juan Mariño contra varios reos de exercicio traperos por cierto insulto que intentaron hacer inmediato al puerto de guadarama, de que salió herido su marido Nicasio Rivagorda, y murio en el hospital...»

3. Actuaciones con los reos sujetos a inmunidad eclesiástica

Examinaré en dos apartados específicos cómo fueron llevadas a la práctica las normas anteriores.

3.1 LA «EXTRACCIÓN DEL SAGRADO» Y LA CONFORMACIÓN DEL «PLEITO DE INMUNIDAD»

Antes del XVIII en ningún caso podía un reo extraerse de la iglesia donde estaba refugiado sin admitirlo el juez eclesiástico. Quien lo hiciera quedaba sujeto a penas impuestas por ambas jurisdicciones; como delito de lesa majestad por la jurisdicción real y a ser excomulgado y multa por la eclesiástica: «...no ha de ser sacado por alguno, sin licencia, y consentimiento del juez Eclesiastico...el que violare los privilegios de las Iglesias, es sacrilego y tambien lo es, el que viola inmunidad Eclesiastica, sacando por fuerça à algun delincente y reo, que està retraido en la Yglesia, y quien tal delito comete por derecho civil incurre en la pena del crimen laesa Maiestatis, y por derecho Canonico, ha de ser descomulgado, y puede ser castigado tambien por el Iuez Eclesiastico, con penitencia publica y pena civil, y pecuniaria...» Además, se le impedía que él mismo pudiera, consumada la extracción, refugiarse a sagrado: «el que hiciere este delito, aunque por el se retrayga à la Yglesia, no goza de su inmunidad» (33).

Un expediente de Ceuta en 1638 corrobora lo comentado. Se trataba de que el instigador de un motin se había refugiado en un convento. El Gobernador de Ceuta interesó su extracción pero el provisor eclesiástico dictó auto aprobatorio de inmunidad eclesiástica. Pese al auto, fue extraído al entender el gobernador que el delito era de lesa majestad quedando por ello excluido del derecho de asilo. El gobernador y toda su comitiva fueron entonces amenazados con la excomuni3n (34).

(33) PRADILLA BARNUEVO, F.: «Suma de las Leyes penales por el Dr. Francisco Pradilla y adicionado por el licenciado don Francisco de la Barreda, Y aora de nueuo a3adido por el licenciado don Ian Calderon, Abogado de los Reales Consejos». Madrid 1639. fol. 69.

(34) POSAC MON, J.: «Una p3gina olvidada de la historia de Ceuta: el mot3n de 18 de agosto de 1638». En «Ceuta hispano-portuguesa». Baeza Herrazti (dir.). Ceuta 1993, p. 260: captura de un refugiado en sagrado: «Sebastian Dacosta acusado de promotor del mot3n se escondió en el convento de la Sant3sima Trinidad. Se dispuso comitiva dirigida por el Gobernador Almeida con varios personajes notorios, alguaciles y soldados. Con palabras respetuosas, Almeida manifestó a Fray Dandrada que venía a por un traidor a S.M. oculto en el convento. Atendiendo la demanda, se autorizó la b3squeda...localizado se envi3 recado al Provisor para que se encargare de los trámites legales para conceder asilo. El provisor levantó auto de inmunidad. El gobernador manifestó que el asilo no era v3lido por ser el crimen de lesa majestad y se lle-

Este tipo de penas en el siglo XVIII las sentenciaba únicamente la jurisdicción eclesiástica: «Aunque de derecho civil, el Juez que injustamente sacaba al retraído había de ser castigado como delito de lesa Magestad, empero como de derecho canónico se ha de estar, la pena es que sea excomulgado, y despues condenado en pena pecuniaria, y se le imponga penitencia pública, y otras penas segun la calidad del caso: demas que no ha de ser absuelto hasta que haga la restitution» (35).

Así pues, refugiado un reo en la iglesia se buscaban cauces para juzgarle, a ser posible sin llegar a abrirse un proceso específico llamado «pleito de inmunidad» que definiera la controversia. Este proceso, que podía durar meses o incluso años, se extendía sobre todo a verificar si el delito imputado era o no de los «exceptuados», contando el retraído mientras se sustanciaba con presunción de inmunidad (36).

La competencia, tanto por el delito como por el lugar de refugio, la tenía el juez eclesiástico: «Al Juez Eclesiastico pertenece el conocimiento de si el reo goza, ó no de la inmunidad y si el lugar donde se asiló es sagrado, con inhibicion del Secular...y siguiendose pleyto de inmunidad no solo debe seguirse con el Fiscal Eclesiastico, citandole solemnemente para todos sus actos, sino es con el reo, á quien debe citarsele separadamente...» (37).

Cuando el delito tenía mucha probabilidad de ser de los exceptuados del derecho de asilo y de gravedad suficiente, la cual se graduaba si la causa tenía «indicios bastantes para tortura», se instaba la «extracción del sagrado».

Se pretendió, muy avanzado el siglo XVIII, armonizar en lo posible ambas jurisdicciones y para ello, el juez de la jurisdicción ordinaria se dirigía por auto al Provisor del Obispado instando a su extracción pero prestando «caucion juratoria», que consistía en la obligación de restituirle al sagrado si por fin se le otorgaba la inmunidad. Mientras pendiera esta controversia se suspendían las indagatorias y la emisión de sentencia: «no innovando en la causa ni pronunciando sentencia en el ínterin» pero quedaba ya a disposición de la autoridad civil. Así, y

varon al reo. El presidente del convento mandó cerrar a cal y canto la puerta de la Iglesia, con un letrado prohibiendo la entrada al Templo de cuantos habían acompañado al gobernador, medida equivalente casi a la excomunión que causó profunda emoción en la ciudad...».

(35) Vid. HEVIA BOLAÑOS, J.: *op. cit.* p. 219.

(36) «Estando el delincente retraído, la presumpcion que debe gozar de la inmunidad está por la Iglesia que posee. Y de aquí se sigue, que primero que le saquen de ella ha de constar si el delito es tal que no debe gozar, probandolo el que le pretende sacar, porque en caso de duda no puede ser sacado...» Vid. HEVIA BOLAÑOS: *op. cit.* p. 219.

(37) ELIZONDO, F.: *Practica Universal Forense de los Tribunales Superiores de España y de las Indias*. Madrid 1774. p. 289.

ante estos casos graves, pedía el juez que el cura donde estuviere el retraído procediera a su extracción y si este se opusiera, quedaba facultado a que «se pase incontinenti á extraherle...» (38).

Y si la causa no tenía la gravedad demandada: «...el Juez eclesiastico...puede mandar que no se saque. Y despues de sacado injustamente, puede compeler á que se restituya, procediendo por censuras, y penas, aplicadas para gastos de guerra contra Infieles...» (39). A grandes rasgos estas formalidades coincidían con la Bula de Clemente XII «In Supremo Justitiae solio», emitida a primeros de 1734 para los residentes en Roma y convalidada para los reinos hispánicos por el Concordato con la Santa Sede de 1737 (ver apéndice documental n.º 4).

Téngase en cuenta que todas estas formalidades no siempre se respetaban, pues: «En los delitos notorios, por los que no gozan los reos del derecho de asylo, puede el Juez Real, sin permiso del Eclesiástico, extraherles de los lugares inmunes á que se hallen asylados, como que entonces á nadie se hace agravio» (40).

En la jurisdicción militar se actuaba similarmente diferenciando dos situaciones: 1.ª Si el delito tenía atribuida pena capital, al Consejo de Guerra (órgano supremo colegiado de los militares, no confundirle con un tribunal sentenciador aunque tuvieran el mismo nombre) se le remitía el proceso y se lo pasaba a la jurisdicción ordinaria quien se encargaba de la extracción y de la ejecución de la sentencia y 2.ª, si la pena era distinta de la Capital el propio Consejo dictaba «pena arbitraria» o sea, según su prudente arbitrio (ver apéndice documental n.º 5).

En 1784 se informaba la conveniencia de extender la práctica de Madrid (gracias a que cooperaba su vicario) al resto de España, consistente en extraerle, fuera o no el delito de los comprendidos en el

(38) La extracción se verificaba por el siguiente Auto del juez: «...en atencion á que de todo resulta justificada con indicios bastantes para tortura la muerte alevosa dada por N. á D. en tantos, y de hallarse dicho reo refugiado en tal Iglesia, debia mandar, se pase con los Ministros, y el presente Escribano al Juzgado del Sr. Provisor de este Obispado, á que se le ruegue, y exhorte en nombre de S.M. cuya Real Jurisdiccion su merced exerce, haciendole notoria la justificacion, que acredita la alevosía, ó dándole testimonio de ella para su instruccion: á que, precediendo la correspondiente caucion juratoria, de restituir al dicho F. Á la enunciada inmunidad, en caso de disolver los indicios...no innovando en el ínterin en esta causa, ni pronunicando sentencia contra el referido reo, ni sus bienes, sin perjudicar por esto á la Real Jurisdiccion que su merced exerce, ni á su derecho; dé comision al Cura Párroco de la expresada Iglesia, para que concurra á la extraccion de ella del reo; y escusándose con algun frívolo pretexto, el presente Escribano ponga fé, y se pase incontinenti á extraherle del lugar immune, para proceder, conseguida que sea su captura, á lo que corresponda á la buena administracion de justicia...» *Vid.* ELIZONDO, F.: *op. cit.* p. 287.

(39) HEVIA BOLAÑOS, J.: *op. cit.* p. 219.

(40) ELIZONDO, F.: *op. cit.* p. 287.

derecho de asilo con la condición de que «no siendolo, se pida licencia para poder imponer al delincente alguna pena templada y correctiva...» (41) y así reducir los casos de inmunidad. Este tipo de actuaciones ya se contemplaban, desde 1787, en algunos delitos militares como en el de desertión.

Sin embargo no se logró, pues el pleno del Consejo de Castilla en 1799 reiteraba lo solicitado en 1784: «...el atraso que sufren las causas mientras se decide el articulo de inmunidad por el eclesiastico, y mayor promovido el recurso de fuerza...estos males se ven remediados por la sabia resolucion de V.M. en su Real Orden 15 de marzo de 1787 previa consulta del Consejo de Guerra con respecto a los militares, mandando que si el delito no es de los exceptuados se le destine por providencia y cierto tiempo que no pase de 10 años a presidio, arsenales (sin aplicacion al trabajo de Bombas) bageles, trabajos publicos, servicio de las armas, destierro, multa o correccion arbitraria, segun las circunstancias del delinciente y calidad del exceso y que hecha saber la condenacion a los reos si suplicasen de ella, se los oyga conforme a derecho. La Sala fundada en las razones de utilidad publica y beneficio de los reos, desearia se sirviese V.M. mandar que lo prevenido respecto a los que gozan fuero militar se practique con los sujetos a la jurisdiccion ordinaria...» (42). Dado que la filosofia del precepto era imponer penas moderadas, dejaba fuera la de arsenales en el temido destino de bombas de achique, sin duda la penalidad de mayor dureza en España, sólo equivalente a la de galeras (43).

Adhiriéndose a esta Consulta, una Real Cédula de 1800, «Por la qual se establecen las reglas que deben observarse en la extraccion de los reos que se refugiasen a sagrados, y en la formacion y determinacion de sus causas» (44), zanjaba el principal problema al disponer que en todos los casos se procediera a su extracción con la promesa de que no se atentaría contra su vida ni sometido a tortura durante el pro-

(41) AHN, Consejos, leg. 2065: 28 de abril de 1784, «...uno de los remedios mas eficazes para contener los abusos seria, que luego que conste haverse refugiado algun reo, se pasase oficio por el juez de la causa al eclesiastico para su extraccion fuese o no delito exceptuado con esta diferencia; de que siendolo se pidiese la consignacion a la curia secular en la forma ordinaria: y no siendolo, se pida licencia para poder imponer al delincente alguna pena templada y correctiva. Yo siempre lo practico asi y muchos de los alcaldes de Corte y a ello se presta con facilidad el actual vicario».

(42) AHN, Consejos, leg. 2065: Sala Plena del Consejo de Castilla, presidida por D. Antonio Gonzalez Yebra y seis miembros, en 16 de diciembre de 1799.

(43) *Vid.* mi obra «Modalidades de la ejecución penitenciaria en España hasta el siglo XIX», pp. 348-352, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. LVII, Madrid 2004.

(44) AHN, Consejos, leg. 2065. Real Cédula 11 de noviembre de 1800.

ceso: «caucion por escrito o de palabra, a arbitrio del retraido de no ofenderle en su vida y miembros». A continuación sería remitido a una cárcel y alimentado por la Corona (45) si no tuviera bienes, tal como se hacía con los presos pobres. Si resultaba que el motivo de refugiarse fue por delito no grave o incluso que se refugió voluntariamente (lo que reafirma que hubiera personas que optaban por él aun sin cometer delitos) serían sancionados levemente (46). El punto 5.º de esta Real Cédula transcribe lo preceptuado en la Consulta de 1799 y queda regulado prolijamente las circunstancias del «recurso de fuerza» (47) que podía interponer la jurisdicción eclesiástica ante un alto tribunal secular reclamando la protección de sus derechos. Sólo quedaron pequeños defectos formales como si el oficio para la extracción debía ser oral o escrito tal como la Audiencia de Sevilla lo solicitó al Consejo en 1805 aprobándose la propuesta en 1807 de que valiera la forma oral (48).

(45) Este punto ya figuró en la Real Cédula 15 de marzo de 1787, decretada sólo para «las Indias». *Cfr.* AHN, Consejos, leg. 2065.

(46) «1.º Qualquiera personas de ambos sexos, sea del estado y condicion que fuese, que se refugiase a sagrado, se extraerá inmediatamente con noticia del Rector, parroco o prelado Eclesiastico por el juez Real baxo la competente caucion (por escrito o de palabra, a arbitrio del retraido) de no ofenderle en su vida y miembros; se le pondrá en carcel segura, y se le mantendrá a su costa, si tuviese bienes; y en caso de no tenerlos, de los caudales del publico, o de mi Real Hacienda a falta de unos y otros, de modo que no le falte el alimento preciso. 2.º Sin dilacion se procederá a la averiguacion del motivo del retraimiento; y si resultase que es leve, o acaso voluntaria se le corregirá arbitraria y prudentemente, y se le pondrá en libertad...» *Vid.*: AHN, Consejos, leg. 2065. Real Cédula 11 de noviembre de 1800.

(47) Los recursos de fuerza eran recursos de amparo de los tribunales espirituales ante los órganos judiciales supremos regios (Consejos, Chancillerías y Audiencias) por los agravios perpetrados a la iglesia por instancias inferiores a estos. Tuvieron especial importancia en la resolución de litigios sobre derecho de asilo, cobranza de rentas reales; retención de bulas; pelitos sobre diezmos, protección de regulares... *Vid.* MARTÍNEZ RUIZ... *Diccionario de Historia Moderna la Iglesia op. cit.* p. 231.

(48) Información al Consejo en 30 de octubre de 1805 de la Audiencia de Sevilla: «...antes de la expedicion de la cedula de 1800 la practica para extraher los reos era la interposicion de oficios a la potestad eclesiastica rogando la entrega de ellos valiendo de forma verbal...pero semejantes oficios fueron y son una obra de superrogacion introducida o por una equivocada inteligencia de lo establecido en la materia o por un exceso de respeto de los magistrados seculares hacia los jueces eclesiasticos...» En 13 de marzo de 1807, se emitió una Real Cédula, «Por la qual se declara la forma en que se han de pasar los oficios que previene la Real Cedula de 11 de noviembre de 1800»: «...esta mi Real disposicion ha producido los beneficos efectos, asi con respecto a la pronta administracion de justicia, como al alivio de los retraidos, pero me ha representado la Sala del Crimen de mi Audiencia de Sevilla dificultades...con el fin de cortar de raiz los males representados declaro que quando ocurran extracciones cumple el juez Real con ponerlo en noticia del eclesiastico por medio de un oficio verbal...» *Vid.* AHN, Consejos, leg. 2065.

La Corona buscaba todos los resquicios legales para condenar sin tantas complicaciones o, en su caso, ejecutar una sentencia ya pronunciada emitida en rebeldía. Uno frecuentemente utilizado consistía en apresar al imputado si se le localizaba «fuera de sagrado» ya que «no goza de inmunidad el que de su voluntad espontánea se sale de la iglesia pues ninguna violencia se le hace...y saliendo de su voluntad se le da la pena del delito, aunque sea corporal». Lo importante era que hubiera salido por su propia voluntad pues si le sacaran o hubiera accedido a salir «por miedo, amenaza, temor, engaños ó promesas, ó palabras blandas ó ruegos del Ministro o Juez, goza de la inmunidad...», debía ser devuelto: «...ha de ser restituido a la iglesia» (49).

Aclararé estos conceptos acudiendo a un caso concreto: en 1715 se dirige el gobernador del Consejo de Castilla D. Manuel de Vadillo al Secretario de Guerra, D. Miguel Fernández Durán notificándole: «Hallase en Zeuta, retraído a la iglesia del convento de S. Francisco, Alonso Palomero, vecino de Cordova que mató en ella a D. Francisco de Castro alevosamente estando amanzevado con su mujer, por cuya causa se le ha condenado en la pena de muerte de garrote; y el rey en inteligencia de la gravedad de estos delitos y que por ser de circunstancias no deve gozar de la Inmunidad ha resuelto se escriba al Capitan General de Zeuta ordenándole que pudiendo ser havido este reo fuera de Sagrado, se le prenda, y tenga con seguridad, guarda y custodia, y lo participe para que se prosiga su causa, y que no pudiendo ser havido fuera de Sagrado, le extrayga del en la forma ordinaria...y que si por el eclesiástico se fulminaren censuras para la restitución de este reo, se acuda a su tribunal a defender la jurisdiccion real pidiendo se hiciera poner de los delitos exceptuados...» (50) aquí se comprenden las dos posibilidades: capturado fuera de sagrado, directamente se ejecutaría la sentencia; en caso contrario, se le extraería; era preferible la primera opción pues al extraerle con las condiciones expresadas quedaba diferida la ejecución de la sentencia.

3.2 EL TRATAMIENTO PENITENCIARIO CON LOS REOS ACOGIDOS A INMUNIDAD

Puesto que dependían de las autoridades eclesiásticas la manutención se atribuyó a la Iglesia. Y como, teóricamente, no podían salir de ella tampoco podían trabajar con lo cual, salvo que tuvieran rentas por ser de clase alta, la Iglesia estaba abocada a sufragar todos sus gastos. Así lo establecía la doctrina: «...la Iglesia le ha de alimentar de sus

(49) HEVIA BOLAÑOS, J.: *op. cit.* p. 217

(50) AGS, SG GM, leg. 490 Suplemento: 3 de abril de 1715.

bienes, no pudiendo él trabajar no teniendolos, y aunque los tenga, si no puede usar de ellos...» (51).

Desde mediados del XVIII y gracias a un Breve de 1748 muchos de los retraídos fueron enviados a los presidios norteafricanos. Para llegar a ellos su escala natural era Cádiz y sobre todo Málaga ya que en esta última ciudad se encontraba la Veeduría General de Presidios. Puesto que la Veeduría dependía de la Secretaría de Guerra y no de la Iglesia se originaron problemas con la alimentación de los retraídos como ocurrió en 1708: «Los presos en la carcel de Malaga que siguen pleito de inmunidad de iglesia representan que despues que corren debajo de la mano del veedor de aquella Plaza D. Francisco de Monsalve se les deja de asistir con sus sueldos de que resulta hallarse pereciendo, y mucho mas haviendo de costear en la Chancillería de Granada la defensa de su inmunidad y que respecto de haverseles asistido siempre con sus sueldos a los que se han hallado presos y siguiendo pleito por inmunidad se mande se execute lo mismo con ellos...» Para paliar esta situación se resolvió se les asistiera con lo más preciso (52).

Este tipo de casos eran infrecuentes, pero no excepcionales. Veamos cómo se rozó lo inimaginable con Antonio Medina, teniendo por actor el mismo veedor de Málaga pero veintiocho años después que el supuesto anterior, en 1736: se inicia con una instancia del reo haciendo presente: «...ha 16 años que se halla preso en la carcel de Malaga con Iglesia justificada y declarada a su favor; y que no aviendole querido restituir a ella D. Francisco de Monsalve, ni ponerle en un Presidio, solo con el fin de que acabase la vida en la prision sin querer darle socorro alguno para su manutencion, de que es originado estar pereciendo, Suplica a V.M. se sirva mandar que el expresado Monsalve le remita a uno de los Presidios, por el tiempo que sea del Real agrado de S.M.».

Sobre este objeto informó D. Francisco Monsalve: «...llevado este reo a esta Carcel con sentencia de Galeras tomó Iglesia; que se solicitó extraerle de ella, debaxo de las protestas y caución juratoria acostumbada, lo que en su entender abrá 14 años que se executó; y que aviendo quedado esta dependencia en el estado de seguir el pleito ordinario, sin que por parte del eclesiastico, ni del reo se aya dado paso, se le ha dexado de asistir con el socorro que se da a los galeotes, por cesarles este luego que interponen inmunidad; y que no aviendo duda en que se debe restituir a la iglesia resolverá V.M. lo que tuviere por conveniente».

Esto nos da idea de la posibilidad de alargamiento del «pleito de inmunidad», tanto más cuando existía inacción por las autoridades

(51) HEVIA BOLAÑOS, J.: *op. cit.* p. 218.

(52) AGS, SG GM, leg. 490 Suplemento: 6 de junio de 1718, «Problemas de los presos que siguen pleito de inmunidad de iglesia».

eclesiásticas o se llegaba a interponer el «recurso de fuerza» que se ventilaba en las Chancillerías o Audiencias (53). El Superintendente General de presidios, D. Nicolás Manrique, se mostró más comprensivo: «...me parece notable la omisión de Monsalve en aver tenido preso 14 años al reo sin que en tanto tiempo aya preguntado lo que debía hacer, y que en atención a la mortificación de tan larga prisión, será muy propio de la piedad de V.M. se digne mandarsele ponerle en libertad, precediendo su restitución del sagrado donde fue extraído, para que en ningun tiempo pueda reclamar inmunidad» y así, la resolución final de Felipe V, dictada en realidad por el Consejo de Guerra, fue mejor que lo esperado por el reo ya que fue indultado: «S.M. dice que resuélvase lo que dice Manrique» (54).

El efecto penitenciario más importante con este tipo de reos era que ninguno contaba con tiempo de condena, consecuencia jurídica obligada pues no estaban juzgados, y si a alguno se hubiera sentenciado en rebeldía, se suspendía indefinidamente la ejecución de la sentencia. Esto es, su status era el de procesados, no el de penados. Pero como no convenía existieran tantos en esa situación, hubo momentos en que se les obligó o permitió aceptaran, previa renuncia de su inmunidad, destino por un determinado tiempo, circunstancia que se hizo común sobre todo con ciertas infracciones militares por su extensión y arraigo.

Sin embargo, el animarles a salir de la iglesia a cambio de cierto tiempo de cumplimiento, salvo las excepciones apuntadas (aunque importantes por el número de afectados) fue excepcional. Lo normal, insisto, en los inculcados de «delitos comunes» era que supieran que no les quedaba otro remedio, una vez llegados al presidio, generalmente africano, que estar de por vida en él. Tan sólo en diversos momentos se admitiría conmutar su situación o conseguir indulto, más como conveniencia en reducir las tasas de retraídos que como medida de eficaz política, y después que los gobernadores de los presidios denunciaran que los reos, desesperados, se fugaban y apostataban.

(53) 22 de marzo de 1736. Carta a D. Francisco Monsalve: «...enterado el Rey de lo que Ve expresó con motivo del informe que se le pidió de la instancia de Rodríguez Capote preso en esa carzel y rematado a galeras, para que se le conduzca a uno de los presidios de Africa, en atención a su pobreza y no poder seguir el pleito de inmunidad que ha dos años tiene pendiente...ha resuelto SM se prevenga al Obispo de Malaga como se ha executado ordene a su Vicario General en esa Ciudad se aplique con mas atención al breve despacho de la causa por los gravísimos inconvenientes que en su delación se experimentan y que haga seguir esta causa con actividad y avise de su paradero para que en caso de instarse el recurso de fuerza a la Chancillería de Granada se advierta al Presidente para su mas breve vista...» *Vid.* AGS, SG GM, leg. 4744.

(54) AGS, SG GM, leg. 4744. Resolución en 8 de junio de 1736.

APÉNDICES DOCUMENTALES

Apéndice documental núm. 1: modo de actuación sobre quienes aleguen iglesia fría

Portugues, J.A.: «Colección General de Ordenanzas Militares...T. 8. Presidios. Madrid 1764», p. 169: «Real Resolución comunicada por el Consejo de Guerra al Gobernador de Ceuta en 3 de septiembre de 1737, sobre la forma en que se han de seguir las competencias de Inmunidad, que se susciten a título de Iglesia fría: con motivo de una representación del comandante de esa plaza Marqués de Santa Cruz, en punto de las Iglesias frías, que tienen reservadas algunos Desterrados: ha resuelto SM que quando se ofrezca competencia sobre el goce de Inmunidad, que pretendieren los delinquentes desterrados en esa Plaza a título de Iglesias frías, la siga el Auditor en la forma, y con los recursos de fuerza regulares, guardando en los casos en que deba valer la Iglesia, la Concordia otorgada ultimamente con Breve de Su Santidad entre el Reverendo Obispo de esa Ciudad y VE a quien de acuerdo del consejo, participo esta Real Resolución para su inteligencia, y cumplimiento.

Apéndice documental núm. 2. Gestiones de D. José Moñino (Posteriormente y por estas conde de Floridablanca) ante la Santa Sede para lograr la reducción de los lugares de asilo. Fuente: AHN, Consejos, leg. 2065

«...en la segunda audiencia que tuvo Moñino propuso a S.B. la instancia y habiendole dejado persuadido de la necesidad de dicha minoracion manifesto S.B. a Moñino en la tercera Audiencia la minuta que havia formado del Breve que havia resultado expedir; espuso a S.B. aquel ministro diferentes reparos, algunos de los cuales hicieron fuerza a S.B. y convino en que se corregirian; pero advirtiendo que seria imposible lograr se omitiesen o mudarse otras clausulas desistió desta solicitud y acepto el breve conforme a las correcciones que havia convenido S.S. y haviendomele embiado le remito al Consejo para que publicandose disponga se traduzca imprima y autorize...»

Apéndice documental núm. 3. Medidas solicitadas por la Sala de Alcaldes en Madrid a 23 de diciembre de 1779 para evitar los desórdenes de los retraídos en iglesia. Fuente AHN, Consejos, leg. 2065

«...que no se consientan mujeres con los retraidos, sino las conocidas por propias u otras semejantes como madres, o hermanas; pero con la condicion de que se han de presentar a los tenientes, y estos informarse si en ellas se berifica, o no aquella qualidad y ni aun assi podran estar en sitios ocultos, sino en los publicos, de día, y no de noche...que el alcalde de reposo cada semana y día deba hacer visita de retraidos, oiga las quejas, se informe de los desordenes, y haga autos si fuese necesario dando cuenta a la sala...este arreglo podra hacerse de acuerdo de ambas jurisdicciones y estenderlo por punto general al Sagrado de la Iglesia parroquial de S. Luis de esta Corte (donde se refugian las mugeres) y a todas las demas iglesias de asilo del reyno; y contra los infractores, se devera proceder sin la menor contemplacion, conforme lo prescribe la

constitucion 5_ de las sinodales de este arzobispado que manda que si alguno de los retrahidos salieren de la iglesia ha hacer algunas desonestidades, desconciertos o injurias a sus enemigos, o otras personas o cometieren delito alguno en la iglesia, o se salieren de ella sin causas necesaria, sean hechados luego de la tal Yglesia.»

Apéndice documental 4: artículos del concordato de España con la Santa Sede de 1737 referentes a la forma de actuar para sacar a un reo de la Iglesia donde está refugiado. 29 de enero de 1734. Fuente: Novísima Recopilación: nota 5 de la Ley 4, Título 4, Libro 12

«Para la extraccion de las Iglesias de los reos procesados, fugitivos ó llamados por edictos y condenados en rebeldía por homicidio, y asimismo la entrega á su Juez competente...queremos que todas las veces que le conste al Juez eclesiástico que algun lego ó Eclesiástico indiciado por homicidio exceptuado se refugio en la Iglesia, y que sobre el delito y reato de la persona se encuentran indicios que parezcan suficientes para determinar prision, el mismo Juez eclesiástico de oficio, siendo el delincuente clérigo, y siendo lego despues que sea requerido por el Tribunal seglar, esté obligado á proceder...á la extraccion del delincuente implorando, si fuere necesario el auxilio del brazo seglar. Y así extraido, hará que se conduzca á sus cárceles, si fuesen fuertes y seguras; y no lo siendo, á las del Tribunal seglar, cuidando que esté preso en ellas con seguridad y custodia. Cuando de la sumaria llegase el Juez eclesiástico á formar juicio por los indicios únicamente suficientes para el tormento, que el tal extraido cometió homicidio exceptuado...podra y deberá entregar al extraido, si es lego á los Ministros y Oficiales del Tribunal seglar, y si clérigo á su Juez eclesiástico competente, recibiendo en el acto de la entrega juramento del juez seglar de restituir al extraido á la Iglesia, so pena de excomunion á Nos reservada...para en el caso de que el extraido en sus defensas, que segun los términos del derecho y ordenaciones Apostólicas le competen, desvanezca y disuelva los indicios, pero si no los desvaneciere, podrá el Juez eclesiástico, si fuere clérigo, y el seglar si fuere lego, pasar á castigarlo conforme a Derecho...»

Apéndice documental núm. 5. Formas de actuación con los militares que cometido un delito se refugian a sagrado. Fuente Portugues, J.A.: «Colección de las Ordenanzas Militares, T. 3» p. 267

Real Orden 23 de febrero de 1732: «Sobre los soldados que se ausentaren, o refugiaren a Sagrado despues de haber cometido algun delito»: «...en el articulo 41, libro 2, titulo 10 de las nuevas Ordenanzas de 12 de julio de 1728 se previene: si algun soldado cometiere qualquier delito y se ausentare, o se pusiere en lugar Sagrado, mandamos, que el Oficial a quien se cometiere su averiguacion tenga jurisdiccion para que hechas las informaciones pueda llamar al reo donde estuviere, por Edictos... con expresion del delito señalandole donde debe presentarse para ser oído, dar sus defensas, y ser juzgado...y si el Consejo reconociere ser el delito condigno de muerte, declarará la contumacia, y condenará al reo en la pena de muerte; nos embiarán el proceso original al Consejo de guerra, para que lo mandemos remitir al juez ordinario conveniente, para que se solicite la aprehensión del reo y su castigo; pero si pareciere al Consejo, que el delito no merece pena de muerte, le impondrá la arbitraria del delito que motivó la fuga. Y si despues fuere aprehendido, por las justicias ordinarias,

o por las tropas, y remitido a su regimiento, deberá el Consejo imponerle la pena de muerte por el delito de desercion. Y ahora, para mayor inteligencia del articulo, S.M. declara que Incontinenti que se prenda al reo, o se le remita a su Cuerpo, se le tome confesion, y se le oygan sus defendas; y en vista de todo se pase a imponerle la pena que correspondiere por los oficiales militares, conforme a las Ordenanzas...».

Carl Schmitt y las ideas penales de la Escuela de Kiel

CARMELO JIMÉNEZ SEGADO

Juez sustituto. Doctor y Profesor en la Facultad de Ciencias Políticas
de la Universidad Complutense

SUMARIO: I. Carl Schmitt en las «historias» del Derecho penal.–II. El contexto y los postulados de los penalistas del Tercer Reich.–III. El Derecho como «orden concreto».–IV. Consideraciones finales.

RESUMEN: La principal referencia de los penalistas a Carl Schmitt tiene lugar cuando exponen la historia de la disciplina durante el Tercer Reich, asociando la teoría del «orden concreto» del jurista a las ideas penales de la Escuela de Kiel. Sin embargo, dado que apenas si se profundiza en dicha asociación, se incurre en un cierto nominalismo, que este trabajo pretende superar, tratando aquella teoría con la suficiente perspectiva histórico-jurídica, a fin de determinar su alcance y sentido.

PALABRAS CLAVE: Carl Schmitt; causalismo; concepto total de delito; «controversia de los historiadores»; decisionismo; Derecho penal de autor, autoritario, del enemigo, liberal, nacionalsocialista; «dictadura soberana»; Escuela de Kiel; finalismo; lenguaje jurídico; metodología jurídica; normativismo; pensamiento de «orden concreto»; principio de legalidad; tipos de hecho; tipos de autor.

I. CARL SCHMITT EN LAS «HISTORIAS» DEL DERECHO PENAL

I

El nombre de Carl Schmitt proyecta una larga sombra desde que le llegó la fama a finales de los años 1920. A partir de entonces, se reparan por igual las condenas y hagiografías sobre este motejado «Lenin

de la burguesía», «enterrador de la República de Weimar», «*Kronjurist* del Tercer Reich», «Epimeteo cristiano» o «último representante del *jus publicum Europaeum*».

Dejando de lado las disputas entre güelfos y gibelinos, el caso es que el «Viejo de Plettenberg» es sin duda uno de los juristas más importantes e influyentes del siglo xx, cuya solidez e inquietud intelectuales le permiten abarcar las distintas disciplinas de las hoy llamadas «técnicamente» áreas de Humanidades, Ciencias Sociales y Jurídicas. Por ello, como consecuencia del carácter poliédrico y sugerente de su obra, contrario a la «barbarie del especialismo» del técnico-masa, «sabio-ignorante que se comporta en las cuestiones que ignora, no como un ignorante, sino con toda la petulancia de quien en su cuestión especial es un sabio» (1), no es raro que sus concepciones sean referencia obligada en el Derecho constitucional, el administrativo, la Filosofía jurídica, el Derecho internacional, la Ciencia política, la Teología política, y también en el Derecho penal.

Ahora bien, el alcance de esta influencia debe matizarse, pues sucede que la visita al jurista suele hacerse de prisa y corriendo, repitiendo una serie de tópicos sobre su pensamiento que se suceden de manual en manual para cumplir el trámite de la cita. Así ocurre, por ejemplo, cuando en el discurso aparece, a cuento de lo que sea, el término «enemigo», y como reflejo condicionado, el narrador segrega de inmediato la referencia al opúsculo de 1927, *El concepto de lo político*, en el que se contiene la distinción «amigo-enemigo» (2), convertida en elemento decorativo, al no hacerse la más mínima alusión a la situación de capitidiminución de Alemania tras la Primera Guerra Mundial o a la Rusia comunista, realidades presentes a lo largo de todo el texto, sin cuyo entendimiento la dicotomía pasa a ser objeto de entretenimiento de salón.

En el mismo sentido, el impacto de las categorías schmittianas en el Derecho positivo actual es relativo, ya que aquéllas sólo conservan el esqueleto de su formulación primigenia. Si acudimos, por ejemplo, a la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, encontraremos la huella del jurista en la teoría de las «garantías institucionales», utilizada como argumento por el Alto Tribunal cuando tuvo que abordar el

(1) JOSÉ ORTEGA Y GASSET, *La rebelión de las masas* [1930], Espasa Calpe, Madrid, 18.ª ed., 1969, pp. 102-107.

(2) C. SCHMITT (C. S.), *El concepto de lo político. Texto de 1932 con un prólogo y tres corolarios* [*Der Begriff des Politischen. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien*], introd. y vers. Rafael Agapito, Alianza Editorial, Madrid, 1991, pp. 56-9.

alcance de la autonomía local en el nuevo Estado de Derecho que inauguraba la Constitución de 1978 (3).

Bastaría con guardar silencio sobre cuál era el sentido originario de la teoría de las «garantías institucionales» para ofrecer la falsa impresión de un Schmitt entusiasmado con la soberanía de la Norma Fundamental y con su defensor jurídico, cuando dicha teoría, en realidad, la elaboró ante la necesidad de buscar un *tertium genus* para combatir la incipiente teoría de los derechos fundamentales que amenazaban, en su opinión, con limitar en exceso el poder del Estado, debilitándolo y entregándolo a las potencias vencedoras de la guerra, como ya había sucedido, y a la captura comunista que se avecinaba.

Ése es el sentido real y primario del concepto (4), y más teniendo en cuenta que, para Schmitt, los conceptos políticos poseen un sentido polémico, ya que se formulan con vistas a un antagonismo concreto, convirtiéndose en abstracciones vacías y fantasmales en cuanto pierde vigencia esa situación: «Palabras como estado, república, sociedad, clase, o también soberanía, estado de derecho, absolutismo, dictadura, plan, estado neutral, estado total, etc., resultan incomprensibles si no se sabe a quién en concreto se trata en cada caso de afectar, de combatir, negar y refutar con tales términos.» (5).

II

Las citas a Carl Schmitt se cogen todavía más por los pelos en el ámbito del Derecho penal. Que la referencia al jurista no tenga aquí sustancia alguna no debe causar extrañeza: obedece a la forma rituarial con la que la mayoría de los tratados prefiere abordar la evolución histórica de la disciplina, que suele despacharse a base de «-ismos» que viven en sí y para sí, y que tienen existencia independiente de las circunstancias políticas, económicas y sociales que los rodean.

Para ilustrar este tipo de análisis poco atentos al contexto, frecuentes en las «historias» del Derecho penal, nada mejor que acudir a la conocida exposición sobre el origen del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, tomando en este caso la versión que realiza el cono-

(3) Véase la STC 32/1981, de 28 de julio (F. J. 3.º), cuyo ponente fue Francisco RUBIO LLORENTE, discípulo de Manuel GARCÍA-PELAYO, quien reconocía abiertamente su admiración por Schmitt (véase el epílogo a la *Teoría de la Constitución* citada en la nota siguiente).

(4) C. S., *Teoría de la Constitución* [*Verfassungslehre*, 1928], vers. Francisco Ayala. Reed. en 1982 con un epílogo de Manuel García-Pelayo (Alianza Editorial, Madrid, reimp. 1992), pp. 175-178.

(5) C. S., *El concepto de lo político...*, pp. 60-61.

cido penalista de la «teoría final de la acción», quien, como tantos otros, sostiene que «en la Época de Las Luces se impuso dicho principio en la lucha contra la arbitrariedad judicial y de la autoridad», recordando que Feuerbach, en 1801, dio con la fórmula latina, y que en el siglo XIX se incorporó a los Códigos penales de los Estados civilizados. Como inspiradores «literarios» –afirma– influyeron «sobre todo Montesquieu, Voltaire y Beccaria; legislativamente Josef II (Josefina de 1787) y en forma más vigorosa Federico el Grande (ALR de 1794)» (6).

La anterior lectura sobre la historia del principio de legalidad de los delitos y de las penas, como decimos, presta escasa atención al contexto y responde a unas premisas metodológicas débiles y muy habituales, que descansan en un determinado entendimiento de la *autoritas* científica y en una visión lineal de la Historia.

La apelación a la autoridad de los antiguos es un recurso científico adecuado cuando no tiene como objetivo cubrir el expediente, pues los autores de otros tiempos son testigos de las preocupaciones y acontecimientos de su época, y en esa medida su testimonio puede ser útil para su conocimiento. Entender de otra forma las citas de autoridad puede inducir a falsas conclusiones y a sacralizar o a condenar al autor citado *sine studio*.

En efecto, esta debilidad de las premisas de las que parte la común historia del *nullum crimen* se comprueba con el simple repaso de alguno de los fragmentos de la obra más conocida de Montesquieu. El capítulo que éste dedica a la constitución de Inglaterra es suficiente para descubrir que el modelo del francés no tiene nada que ver con la política de Federico II de Prusia, por muy amigo de Voltaire que éste fuese, ya que si el «Rey filósofo» pretendió y logró la consolidación de Prusia como gran potencia europea, sin cortapisas externas ni internas, reforzando su poder, unificando leyes, dotando un ejército permanente y numeroso, organizando la hacienda y patrocinando la cultura, *El espíritu de las leyes* buscó frenar el creciente poder legislativo, ejecutivo y jurisdiccional de las Monarquías absolutas (*legibus solutus*), triunfantes en la lucha contra los estamentos intermedios –a uno de los cuales pertenecía el Barón– y el Imperio y el Papado en el desarrollo de los Estados europeos durante la Modernidad (7).

No obstante, debe reconocerse que pese a que Welzel se adscribió al guión «Montesquieu-Beccaria-Federico II-F Feuerbach-*nullum*», éste sí

(6) HANS WELZEL, *Derecho penal alemán. Parte General*, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, 11.ª ed. de 1969, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2.ª ed. castellana 1976, pp. 25, 37.

(7) MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes* [1748], introd. Enrique Tierno Galván, trad. Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Tecnos, Madrid, Capítulo VI, Libro XI, Segunda Parte, pp. 175-87.

que contempló, en cierto modo, la utilidad del pensamiento ilustrado a los intereses de los monarcas europeos del siglo XVIII, al apuntar que «las condiciones que se habían tornado insostenibles en la administración de justicia penal, mejoraron decisivamente en la Ilustración y el Absolutismo Ilustrado. Por motivos de distinta índole, en parte contradictorios, la Ilustración condujo a una sujeción estricta del juez a la ley: trajo consigo un tratamiento laico racional del Derecho Penal, una morigeración de las penas de acuerdo al punto de vista de la necesidad estatal y con ello una restricción de la pena de muerte, una ampliación de las penas privativas de libertad, la eliminación del tormento, etc.» (8).

La función utilitaria del principio de legalidad, que el propio Welzel admite con realismo, guarda nula relación con el relato fantástico que aquél realiza a las pocas páginas acerca de la historia progresiva del mencionado principio, el cual, según nuestro «finalista», y muchos más, *Les Lumières* habrían puesto en marcha en la lucha contra la «arbitrariedad judicial y de la autoridad». El relato se desmonta por sí solo: si la finalidad del principio hubiera sido «luchar contra la arbitrariedad de la autoridad», difícilmente el *nullum crimen* habría encontrado expresión en el *Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten* (Derecho territorial general para los estados de Prusia) de 1794, como se dice.

Establecer linealidades históricas desde la Ilustración hasta las garantías penales de los modernos Estados democráticos de Derecho que es, en definitiva, lo que implica este relato machacón, responde a un afán por buscar precedentes, a veces tranquilizantes de conciencia, donde no los hay, puesto que el precedente, en cualquier rama de la ciencia, ha de contemplar identidad de razón y, como hemos visto, esto no sucede en este salto mortal de dos siglos, que podría ser de muchos más, toda vez que, ya puestos a descontextualizar, por qué no situar, para variar y por un poner, su origen en Hobbes.

Al fin y al cabo, el filósofo de Malmesbury es más preciso en este punto que Secondat. Tras dejar bien claro que «todas las leyes, estén o no escritas, reciben su autoridad y vigor de la voluntad del Estado, es decir, de la voluntad del representante (que en una monarquía es el monarca, y en otros Estados la asamblea soberana)», y señalar que toda ley debe poseer las notas de publicidad y generalidad para fortalecer al soberano, defiende que «ninguna ley promulgada después de realizado un acto puede hacer de éste un delito» (9).

(8) H. WELZEL, *Derecho penal alemán...*, pp. 24-25.

(9) Thomas HOBBS, *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil* [1651], trad. esp. y prefacio de Manuel Sánchez Sarto, Fondo de Cultura Económica, México, 2.ª ed. 1980, 7.ª reimp., 1996, pp. 220-223, 241.

Pero el caso es que, pese a la claridad con la que Hobbes formula el principio de legalidad, la mayoría de los penalistas no lo incluyen como precedente. Desde estas líneas, tampoco hay ninguna intención en reclamar para el autor del Leviatán la paternidad del principio de legalidad penal. Con ello incurriríamos en la generalizada falta de comprensión histórica de los conceptos jurídicos, tan característica de las formulaciones teóricas que son consecuencia de la filosofía del progreso, que se empeña en buscarle un sentido a la historia para justificar, en términos de necesidad, ya sea el advenimiento del Estado alemán, la sociedad comunista del futuro o un cataclismo.

Más que tratar de iluminarse con que el *Mare Nostrum* de los romanos es igualmente el Mediterráneo de hoy, la labor científica que debe acometerse con el estudio de los conceptos jurídicos es la de comprobar su significado y evolución, ya que lo normal es que el concepto exista desde hace tiempo, pero que su significación y vigencia varíen históricamente. Son múltiples los ejemplos de esta correcta forma metodológica de proceder que sirve para evitar la desfiguración histórica de las construcciones jurídico-penales, haciéndolas comprensibles a los no iniciados.

Así, siguiendo con el caso del principio de legalidad de los delitos y de las penas, como se viene diciendo, su alcance no puede desvincularse de la clase de Estado que lo proclame teóricamente, ya que su significación actual como garantía de un Estado democrático de Derecho no tiene el mismo significado que cuando lo formuló Feuerbach (10). La lógica del poder, su institucionalización en un determinado territorio, los cambios en el titular de la soberanía y sus fines serán los datos que habrá que considerar para ver por qué y en qué se traduce el castigo de las conductas que se definen como ilícitos penales, sin perjuicio de que también deba constatarse la vigencia o no de dicho principio, que tratará de imponerse desde el momento en que el soberano (uno, varios o muchos) haya alcanzado el monopolio de la legislación.

Otro tanto sucede, por mencionar otro ejemplo plagado de historicidad, con los delitos de terrorismo. La progresiva «despolitización» de este tipo de delitos y su contemplación como delitos comunes de violencia extrema y organizada, cuya finalidad es subvertir el orden constitucional, pasa por atender a la historia de los cambios políticos hasta la consolidación de los Estados democráticos, en donde tales delitos, por definición, son un anacronismo y no pueden existir como delitos de disenso, ya que, también por definición, en las democracias,

(10) Gonzalo QUINTERO OLIVARES, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Cedecs, Barcelona, 1996, el epígrafe «Sentido histórico y fundamentación iusfilosófica del principio de legalidad», pp. 29-34.

el disenso queda garantizado mediante el reconocimiento efectivo de los derechos y libertades públicas (11).

En la actualidad, viendo su evolución, puede decirse que el término «terrorismo» ha rebasado la definición jurídico-penal que se acaba de apuntar para extenderse a la caracterización de otros injustos típicos. Así, se habla de «terrorismo de género», «terrorismo medio-ambiental» o de «terrorismo vial», dando lugar a un endurecimiento de las penas y a la tipificación de nuevas conductas, debido a la eficacia de algunos grupos de presión sobre el legislador. Tales decisiones de política-criminal, acertadas o no, no deberían tener mayores consecuencias que las derivadas de una mayor represión. El rigor de la norma no tendría por qué suponer una merma de las garantías penales. Sin embargo, la realidad es otra, y ello se debe en parte a una cuestión eminentemente conceptual. La estigmatización que supone la etiqueta de «terrorista», perturbador del orden político-social, deja vía libre para la condena, con merma de tales garantías. El uso del lenguaje va difuminando los principios penales: el proceso se inicia con una «víctima» y no con un «denunciante», de modo que la presunción de inocencia queda cuestionada, sin rubor, desde el comienzo, puesto que el presunto autor no sólo ha cometido un ilícito penal, sino que además es un peligro público, excluible políticamente de la comunidad (12).

Finalmente, para acabar con las ilustraciones metodológicas, resaltar que hasta la propia elección del término *ius puniendi* para referirse al «Derecho del Estado a castigar», en lugar de utilizar la expresión «poder punitivo del Estado», es asimismo sintomática de dos formas de entender el orden jurídico-político. Si la segunda denominación suele compararse con la consideración del Estado y el Derecho como un orden coactivo de la conducta humana, que en sí mismo considerado carece de todo valor ético o político (Kelsen), la primera tiene como trasfondo la contemplación del Estado como comunidad ética superior de vida, que personifica un orden político, al que se le debe obediencia con derecho a exigirla, incluso con la muerte (Schmitt) (13).

(11) Esteban MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, pp. 47-58.

(12) Sobre este asunto, véase Enrique GIMBERNAT ORDEIG, Prólogo de septiembre de 2004, a la 10.ª ed. anotada y concordada del *Código Penal* (Tecnos, Madrid, 2004).

(13) Hans KELSEN, *El método y los conceptos fundamentales en la Teoría Pura del Derecho* [1933], vers. Luis Legaz Lacambra, presentación Jesús López Medel, Editorial Reus, Madrid, 2009, pp. 42-43, 97-99. C. SCHMITT, *El concepto de lo político...*, pp. 76-79; y del mismo «*Staatsethik und pluralistischer Staat*» [Ética de Estado y Estado pluralista, 1929-1930], en *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles. 1923-1939* [Posiciones y conceptos en lucha contra Weimar, Ginebra y Versalles, 1940], Düncker & Humblot, Berlín, 1994, pp. 152-162. G. QUINTERO OLIVARES, *Curso...*, el epígrafe «Naturaleza de la actividad represora del Estado», pp. 8-10.

III

Los tratados de Derecho penal sitúan, por lo general, a Carl Schmitt en las páginas relativas a la historia de la disciplina durante el Tercer Reich, incluyéndolo como jurista inspirador del nuevo orden jurídico-político con su concepción del Derecho como «orden concreto».

Los escritos de Schmitt de la década de 1930 abordaron sobre todo asuntos de Derecho constitucional e internacional. Muy atrás quedaba su tesis doctoral *Über Schuld und Schuldarten. Eine terminologische Untersuchung* (Sobre la culpa y sus formas. Una investigación terminológica), con la que obtuvo la máxima calificación tras su defensa en la Universidad de Estrasburgo. En ella trataba una de las cuestiones penales del momento, desde la aparición de la monografía de Reinhard Frank *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad (Über den Aufbau des Schuldbegriffs)*, 1907), en la que por entonces empezaba a operarse una conversión normativa, al considerar los juicios de reproche y exigibilidad de obrar conforme a Derecho como esenciales para valorar la culpabilidad determinante de una pena (14).

La tesis fue dirigida por Fritz van Calker, profesor de Derecho penal en la Universidad de Estrasburgo desde 1896 y diputado liberal en el Reichstag desde 1912 a 1918, quien también dirigió el trabajo de habilitación *Die schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht* (La acción culposa y sus formas en el Derecho penal, 1900) al penalista neokantiano Max Ernst Mayer.

La obra de Calker comprendía problemas jurídicos, morales y políticos, como reflejan sus títulos (15), y tales inquietudes estuvieron igualmente presentes en los trabajos de su discípulo de Plettenberg, el cual, tras orientar inicialmente su carrera a la judicatura, realizando prácticas en el Tribunal de Düsseldorf, publicó, a los dos años de la tesis, un librito sobre el proceso de decisión judicial (16), dirigido a mostrar los múltiples factores que incidían en la práctica jurídica,

(14) C. S., *Über Schuld...* Breslau, Schletter, 1910. Para la evolución del concepto de culpabilidad véase G. QUINTERO OLIVARES, *Curso...*, pp. 311-314.

(15) *Strafrecht und Ethik* (Derecho penal y ética, 1897); *Hochverrat, Landesverrat und Majestätsbeleidigung* (Alta traición, traición a la patria y lesa majestad, 1906); *Gesetzgebungspolitik und Rechtsvergleichung* (Política legislativa y Derecho comparado, 1909); *Die Reform der Gesetzgebung in Strafrecht und Strafprozess* (La reforma de la legislación penal y procesal penal, 1910); *Recht und Weltanschauung* (Derecho y cosmovisión, 1924); *Einführung in die Politik* (Introducción a la política, 1927); *Wesen und Sinn der politischen Parteien* (Esencia y sentido de los partidos políticos, 1928). Los títulos pueden consultarse en el *Catalogus Professorum Halensis*.

(16) C. S., *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis* (Ley y juicio. Una investigación sobre la problemática de la praxis jurídica), Berlín, O. Liebmann, 1912.

mucho más compleja que el proceso de mera subsunción lógica propuesto por los neokantianos, que dominaban el ambiente académico de Estrasburgo. Seguía así la estela del «movimiento del derecho libre» (*freis Recht Bewegung*), en el que se encuadraban autores como Óscar Bulow, que publicó la pequeña obra *Ley y oficio del juez* (1885), Ehrlich o Kantorowicz, con quienes compartía la crítica a la identificación entre ley y Derecho. El Derecho no reside sólo en la voluntad del legislador o lo que es lo mismo, el parlamentarismo no crea el Derecho.

El recelo schmittiano a la democracia parlamentaria de masas fue palpable, y trasciende ya en sus primeros escritos. El Estado liberal de Derecho debilitaba el poder del Estado y lo hacía inoperante para afrontar situaciones excepcionales. Con este planteamiento, afrontó su habilitación como profesor en 1916, con un libro escrito en 1914, *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen* (El valor del Estado y el significado del individuo) (17), en el que atribuía al Estado la condición de medio para la realización del Derecho y del individuo (*Recht-Staat-Individuum*). Como anticipo de su conocido «decisionismo», y durante la Gran Guerra, que pasó en Múnich, en la retaguardia, como oficial de intendencia, publicó diversos artículos sobre la dictadura y el poder del Estado en tiempos de excepción (18).

La derrota alemana, el *Diktat* de Versalles, Guillermo II huido a Holanda, la República proclamada (9 de noviembre de 1918), la escuadra sublevada en los principales puertos (Wilhemshaven, Kiel), el poder en manos de «Consejos revolucionarios de obreros y soldados», y la amenaza revolucionaria de los años 1918 y 1919, terminaron de forjar el afecto antiliberal y anticomunista del autor.

En la década de 1920 y en los años finales de Weimar vieron luz sus obras más famosas: *La dictadura* (19), *la Teología política* (20),

(17) Tubinga, J. C. B. Mohr, 1914.

(18) «Diktatur und Belagerungszustand. Eine Staatsrechtliche Studie» (Dictadura y estado de sitio. Un estudio de Derecho público), en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschafts*, XXXVIII, 1916, pp. 138-162. «Die Einwirkungen des Kriegszustandes auf das ordentliche strafprozessuale Verfahren» [Los efectos del estado de Guerra sobre el proceso penal], en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschafts*, XXXIX, 1917, pp. 783-797. «Recht und Macht» [Derecho y poder], en *Summa*, 1, 1917, pp. 37-52.

(19) *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, Düncker & Humblot, Múnich-Leipzig, 1.ª ed. 1921, 2.ª ed., 1928. Trad. J. Díaz García. *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*, Alianza, Madrid, 1985, reimp. 2003.

(20) *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Düncker & Humblot, Munich-Leipzig, 1.ª ed. 1922, 2.ª ed. 1934. Trad. de la 2.ª ed., F. J. Conde, «Teología política», en la compilación de Héctor Orestes Aguilar, *Carl*

La situación histórico-espiritual del parlamentarismo de hoy (21), *El concepto de lo político, Teoría de la Constitución, El defensor de la constitución* (22); *Legalidad y legitimidad* (23) o las conclusiones en el proceso de Prusia contra el Reich ante el *Staatsgerichtshof* de Leipzig (24). En ellas, el hilo conductor fue la lucha contra Weimar, Ginebra y Versalles, como sintetizó incluso el propio Schmitt, en 1940, al reunir, bajo dicho título (*Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles*), una colección de escritos de los años 1923 a 1939. Tampoco pueden olvidarse los títulos *La visibilidad de la Iglesia* (25) y *Catolicismo y forma política* (26), en los que contemplaba la cuestión social y hacía frente al enemigo comunista.

La mirada del jurista sobre los temas penales no se volvió a fijar hasta la publicación del ensayo *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, cuyo origen está en dos conferencias de 21 de febrero y 10 de marzo de 1934, el cual se inicia con el lapidario «todo jurista que adopta en su trabajo, consciente o inconscientemente, un concepto del derecho, lo concibe bien como regla, bien como decisión o bien como un orden o configuración concretos» (27).

No obstante, ello no le impidió durante el resto del tiempo seguir al día de los temas penales y en contacto con Calker, el cual, desde 1919, se hallaba entre las Universidades de Estrasburgo y Múnich, teniendo como ayudante en esta última a quien luego sería el *Reichsjuristenführer*, Hans Frank. Ambos, junto con Hermann Göring, inter-

Schmitt, teólogo de la política, Fondo de Cultura Económica, México, 2001, pp. 21-62.

(21) *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, Düncker & Humblot, Múnich-Leipzig, 1.ª ed. 1923, 2.ª ed. 1926. Trad. de Thies Nelson y Rosa Grueso, *Sobre el parlamentarismo*, Est. prel. de Manuel Aragón Reyes, Tecnos, Madrid, 1990, reimp. 1996.

(22) *Die Hüter der Verfassung*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübinga, 1931. Trad. Manuel Sánchez Sarto, *La defensa de la Constitución*, con prólogo de Pedro de Vega García, Tecnos, Madrid, 1983.

(23) *Legalität und Legitimität*, Düncker & Humblot, Múnich-Leipzig, 1932. Trad. ed. de 1958, José Díaz García, en H. Orestes, *Carl Schmitt, teólogo de la política*, pp. 247-343.

(24) «Schlußrede vor dem Staatsgerichtshof in Leipzig», en *Positionen und Begriffe*, pp. 208-210.

(25) «Die Sichtbarkeit der Kirche. Eine scholastische Erwägung», en *Summa*, 2, 1917-1918, pp. 71-80. Hay trad. de Román García Pastor, «La visibilidad de la Iglesia. Una reflexión escolástica», en *Daimón. Revista de Filosofía*, n.º 13, 1996, pp. 11-8.

(26) *Römischer Katholizismus und politische Form*, J. Hegner, Hellerau, 1923. Theatiner Verlag, Múnich, 1925. Est. prel., trad. de la 2.ª ed., y notas de Carlos Ruiz Miguel, con el título indicado, Tecnos, Madrid, 2000.

(27) *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*. Verlagsanstalt, Hamburgo, 1934, trad. de Monserrat Herrero López, con el título indicado en Tecnos, Madrid, 1996.

cedieron para que Schmitt se situase como profesor de Derecho público en Múnich, tras las vacantes causadas por varios profesores (Nawiasky, Loewenstein...), entre 1932 y 1933, unas por defunción, otras por emeritaje y otras por exilio forzoso (28). El propio Schmitt, en la entrada de su diario de 31 de marzo de 1933, habla de este episodio y del interés de Calker en llevárselo con él a Múnich. Finalmente, en septiembre de ese mismo año, optó por la oferta que le hacía la Universidad de Berlín (29).

Esta teoría del «orden concreto» constituye la principal referencia de los penalistas a la figura de nuestro jurista, quienes de inmediato la asocian a los postulados de la Escuela de Kiel. Ahora bien, como decimos, dicha asociación es puramente nominal, y funciona, como consecuencia de la falta de perspectiva histórico-política, como lugar común o como equívoco «-ismo».

A continuación, expondremos en qué consiste dicho «pensamiento del orden concreto» (*konkretes Ordnungsdenken*), pero antes realizaremos una serie de consideraciones sobre el contexto histórico-político y la biografía del autor (30), así como sobre los postulados de los penalistas del Tercer Reich, con la finalidad de esclarecer la influencia de la teoría de los «ordenes concretos» y comprobar si efectivamente aquélla inspiró el Derecho penal del régimen (31), si fue manipulada por los nazis (32) o si fue el propio Schmitt quién con la misma se adaptó a las nuevas circunstancias.

(28) Michael STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Dritter Band. 1914-1945*, C. H. Beck, Múnich, 1999, p. 288.

(29) Paul NOACK, *Carl Schmitt. Eine Biographie*, Propyläen, Berlín, Fráncfort, 1993, pp. 99-100, 170-171.

(30) Una biografía intelectual completa de Schmitt, puede hallarse en mi libro *Contrarrevolución o resistencia. La teoría política de Carl Schmitt (1888-1985)*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 20-67.

(31) De esta opinión, entre nosotros, Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA, «Relaciones entre la parte general y la parte especial del Derecho Penal», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XLVI, Fasc. III, Septiembre-Diciembre 1993, donde señala que «este “despegue” de la ciencia del Derecho penal alemán del estudio de los conceptos generales en favor de los tipos delictivos concretos, se debe, al menos en su formulación a Carl Schmitt y a su “pensamiento concreto de ordenación” (...) Este desplazamiento del punto central de interés, para la dogmática penal, desde el estudio de “lo general” a la investigación de “lo concreto”, provoca –con autores como Dahm y Schaffstein– la construcción de categorías como “tipos concretos de delitos”, “antijuridicidad concreta” o “tipos concretos de delincentes”», pp. 1015-1017.

(32) Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho penal*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 4.ª ed., 2006, en donde se dice que «C. Schmidt [debe ser una errata que se repite], y su filosofía del “orden concreto”, influyeron en el modo de establecer los de Kiel el “objeto” de la Ciencia Penal [...]. Los afiliados a la Escuela de Kiel prescindieron de la norma y de la generalización, acomodando y manipulando el pensamiento de Schmidt a sus propósitos que no eran

II. EL CONTEXTO Y LOS POSTULADOS DE LOS PENALISTAS DEL TERCER REICH

I

En un plazo relativamente corto y tras una fachada de legalidad, Hitler y su partido lograron reunir en sus manos todo el poder en Alemania, estableciendo una dictadura totalitaria en un Estado unitario de partido único, aceptada mayoritariamente por la población alemana, cuya unidad dejó de fundarse en la comunidad nacional de hombres libres e iguales para dar paso a la «comunidad del pueblo» (*Volksgemeinschaft*), vertebrada según el principio racial, dispuesta a suprimir cualquier amenaza interna de degeneración y a corregir las consecuencias de Versalles.

La legitimación del nuevo régimen y la incorporación o exclusión del individuo en la *Volksgemeinschaft* se fundamentó en una compleja trama de mecanismos de coerción y adhesión social entusiasta, a saber: la presencia social y estatal del partido nazi; la invasión propagandística del espacio público; la represión y persecución judicial y policial, con la colaboración ciudadana, de los enemigos de la comunidad; la reglamentación de la vida cultural y la socialización de los jóvenes dentro y fuera de la escuela; la integración de la clase trabajadora mediante el pleno empleo y el control del tiempo libre; la represión y cohesión social a través de la política racial; o la recuperación económica, militar y psicológica vinculada con la revisión de Versalles y la expansión hacia el Este.

La legislación de excepción, característica de la acción política desde 1930, promulgada al amparo del conocido artículo 48 de la Constitución de Weimar, se acentuó en las primeras semanas de gobierno. Hitler obtuvo de Hindenburg dos Decretos, uno de 4 de febrero de 1933, por el que se limitó la libertad de prensa y reunión y otro de 28 de febrero, adoptado tras el incendio del *Reichstag* el día anterior, «con objeto de impedir los actos de violencia comunista que ponen en peligro la existencia del Estado». Este último Decreto dejó en suspenso la totalidad de los derechos y libertades fundamentales, situó fuera de la legalidad a los comunistas, agravando las sanciones –hasta pena de muerte– para los acusados de alta traición, y además autorizó la intervención del gobierno central en los estados de la Federa-

otros que los de deducir de un ordenamiento jurídico-positivo conclusiones adecuadas a la nueva realidad sociopolítica», pp. 674-675.

ración para restablecer la seguridad y el orden público, facultándolo para sustituir a las autoridades regionales.

La persecución de los opositores al régimen por las SA mediante secuestros, torturas y asesinatos, quedó sancionada en la práctica. La «revolución legal» estaba a punto de consumarse. Pero todavía, a pesar del clima de euforia propagandística e intimidación, en las elecciones de 5 de marzo de 1933, los nazis no llegaron a obtener la mayoría necesaria para reformar la Constitución. El NSDAP obtuvo el 43,9% de los votos cuando se requería una mayoría de dos tercios. Los votos que les faltaban se los proporcionaría la cauterización del resto de formaciones políticas. Frente a los representantes del Partido Comunista (KPD) se hizo valer el Decreto que autorizaba su persecución, que alcanzó también a varios representantes socialistas (SPD). La apelación al orden, la disciplina y el militarismo atrajo a las formaciones conservadoras. Las católicas (Zentrum y BVP), por su parte, estaban en proceso de negociación de un Concordato que mantuviese la escuela confesional y reconociese los acuerdos vigentes en los estados de Baviera, Prusia y Baden.

Así pues, el efecto cumulativo de oportunismo y coacción hizo posible que el 23 de marzo, el *Reichstag* aprobase, por 441 votos contra los 94 de la socialdemocracia, la llamada Ley de Plenos Poderes (*Ermächtigungsgesetz*) o Ley para la Eliminación de la Miseria del Pueblo y del Reich (*Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich*), de 24 de marzo de 1933, que hacía omnímodo al gobierno por cuatro años, prorrogándose su vigencia sucesivamente durante todo el Tercer Reich (33).

La Ley de Plenos Poderes acabó con la República, esto es, con el Estado federal y el pluralismo político, social y cultural. Dicha ley fue considerada por Schmitt como una clara muestra de la voluntad política de acabar con la destrucción del Estado que estaban perpetrando los partidos de Weimar. Nuestro jurista le encontró un precedente legislativo en la Ley de Plenos Poderes de 13 de octubre de 1923, pero subrayó el salto cualitativo del nuevo texto legal. Aquella *Ermächtigungsgesetz* de 1923 fue fruto de débiles coaliciones, peligrosas para

(33) Para todo este proceso de toma del poder (*Machtergreifung*) y control social, véase Franz NEUMANN, *Behemoth. Pensamiento y acción en el nacionalsocialismo* (1942), vers. Vicente Herrero y Javier Márquez, Fondo de Cultura Económica, México-Madrid-Buenos Aires, 1943, reimp. 1983, pp. 72-5. Joaquín ABELLÁN, *Nación y nacionalismo en Alemania. La cuestión «alemana» (1815-1990)*, Tecnos, Madrid, pp. 161-163. José Ramón Díez ESPINOSA, *El laberinto alemán. Democracias y dictaduras (1918-2000)*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2002, pp. 71-81, 86-90, 94-102, 109-110.

la existencia del pueblo y del Reich alemán. Ésta respondía al empeño de fundar un nuevo Estado libre de sofistas (34).

Durante la llamada *Gleichschaltung* (uniformización o coordinación), encaminada a poner fin a dicho pluralismo, el de Plettenberg participó en la redacción de la *Reichstatthaltergesetz* (Ley de Gobernadores del Reich), de 7 de abril de 1933, que suprimió la estructura federal de Weimar, al transformar los *Länder* en simples circunscripciones administrativas, bajo un gobierno nombrado y a las órdenes del Führer, que supo así solucionar, según Schmitt, el centenario problema de la dualidad Prusia-Reich (35).

El 1 de mayo de 1933, Schmitt guardó cola en la agrupación local de Colonia y «como muchos otros se dejó inscribir» en el partido nazi, con número de afiliación 298.860 (36). El periódico oficial del partido en Renania, el *Westdeutscher Beobachter*, se hizo eco de «tan buena noticia». En julio, Göring, Presidente del Reichstag y Ministro-presidente de Prusia, tras la recomendación de Popitz, el Ministro de Finanzas, nombró a Schmitt Consejero de Estado prusiano. En septiembre, aceptó la cátedra de Derecho público de la Universidad de Berlín. Y en noviembre, gracias a Frank, fue nombrado miembro de la Academia de Jurisprudencia y de la Comisión para la reforma de la enseñanza superior, encargada de depurar la Universidad y de formar a la elite del partido. Al poco llegó a dirigir la Liga nacionalsocialista de juristas alemanes, y en junio de 1934, Frank lo nombró director de la *Deutsche Juristen-Zeitung*, la revista jurídica más prestigiosa, sustituyendo en el cargo a Otto Liebmann.

Schmitt coronaba de este modo la cima del mundo jurídico alemán y celebraba *das gute Recht der deutschen Revolution* (el buen Derecho de la revolución alemana) (37), la destrucción del marxismo, enemigo del Estado y del pueblo, la liquidación del sistema federal de partidos y la lucha contra el sistema de Versalles y Ginebra, cuya salida fue aprobada por el pueblo alemán, en referéndum de 14 de octubre de 1933. Por fin, podía festejar que la Alemania nacionalsocialista hubiera terminado con el Estado de Derecho liberal y sus abstracciones, mediante un Estado total «cualitativo» que había sabido distinguir al amigo del enemigo. Los derechos fundamentales, el pluralismo político y la separación de poderes fueron sustituidos por los principios de

(34) C. S., «*Das Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich*», *Deutsche Juristen-Zeitung*, 38 Jahrg., Heft. 7., 1933, pp. 455-458.

(35) Véase C. S., *Reichstatthaltergesetz* (Carl Heynemanns Verlag, Berlín, 1933). También, C. S., «*Reich-Staat-Bund*» (1933), en *Positionen und Begriffe*, pp. 224-225.

(36) P. NOACK, *Carl Schmitt. Eine Biographie*, p. 178.

(37) Artículo publicado en el *Westdeutscher Beobachter*, de 12 de mayo de 1933.

la *Volksgemeinschaft*, del partido único y del *Führertum*. La hora de la liberación y de la fundación del nuevo orden llegó, según nuestro autor, cuando, el 30 de enero de 1933, el mariscal Hindenburg nombró a un soldado político, Adolf Hitler, canciller del Reich, auténtico defensor de la Constitución y protector del Derecho. Expresivos de esta euforia y de la bienvenida schmittiana al nuevo régimen son los textos de los años 1933 y 1934 (38), entre los que se encuentra *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, donde, como sabemos, formula la teoría del Derecho como «orden concreto», a la que con mayor frecuencia aluden los penalistas al aproximarse a la Escuela de Kiel.

II

La Escuela de Kiel, también conocida como Escuela fenomenológica, intuitiva o irracionalista, cuyas figuras más destacadas fueron los profesores de la Universidad de aquella ciudad del norte de Alemania, Schaffstein y Dahm, fue la dirección dogmática (*Kieler Richtung*) predominante durante el Tercer Reich.

Esta primera afirmación, apenas discutida, tiene especial trascendencia metodológica, puesto que, en cierto modo, podría dar la impresión de que el resto de los penalistas de aquellos tiempos que no pertenecieron a dicha Escuela no tendrían nada que ver con el pensamiento jurídico nacionalsocialista (NS). De ahí que, con frecuencia, surja entre los seguidores de este esquematismo un encendido debate sobre quiénes deben integrar la *Nomenklatura* de sus miembros, puesto

(38) Entre otros, pueden citarse «Machtpositionen des modernen Staates» (Posiciones de poder del Estado moderno, 1933), en la compilación de C. S., *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre* (Escritos de Derecho constitucional de los años 1924-1954. Materiales para una Teoría de la Constitución), Dünker & Humblot, Berlín, 1958, pp. 367 ss. «Ein Jahr deutsche Politik. Rückblick vom 20. Juli 1932. Von Papen über Schleicher zum ersten deutschen Volkskanzler Adolf Hitler» (Un año de política alemana. Retrospectiva del 20 de julio de 1932. De Papen al canciller del pueblo Adolf Hitler, pasando por Schleicher), en *Westdeutscher Beobachter*, 23 de julio de 1933. El publicado tras la «Noche de los cuchillos largos», con el título «Der Führer schützt das Recht», en la compilación de C. S., *Positionen und Begriffe*, pp. 227 ss. Hay trad. de Angelika Scherp, «El Führer defiende el derecho», en la compilación de Héctor Orestes Aguilar, *op. cit.*, pp. 114 ss. *Nationalsozialismus und Völkerrecht*, Junker und Dünnhaupt, Berlín, 1934. Trad. anónima, *Nacionalsocialismo y Derecho internacional*, Nueva Época, Ávila, 1938. *Staatsgefüge und Zusammenbruch des zweiten Reiches. Der Sieg des Bürgers über den Soldaten*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburgo, 1934. Hay trad. de Gabriel Guillén Kalle, con prólogo de Günter Maschke, *Estructura del Estado y derrumbamiento del Segundo Reich: la victoria del burgués sobre el soldado. La lógica de la sumisión espiritual*, Reus, Madrid, 2006.

que cuanto más alejado esté el penalista de dicha Escuela, aunque publicara escritos coincidentes con el ideario nacionalsocialista, tendrá mayores posibilidades de reinserción, y viceversa. Piénsese que, en general, no hay nada mejor que tildar un nombre o un pensamiento de nazi o de comunista para obtener una patente de corso y despacharse con el asunto que se traiga entre manos con más *ira* que *studio*, incurriendo en admonizaciones y absoluciones paracientíficas.

Por ello, en este punto, creemos más acertado referir el Derecho penal de esta época al régimen político, más que a una Escuela, como hace Jiménez de Asúa, testigo directo de los hechos, quien utiliza la expresión más amplia de «Derecho penal nacionalsocialista», comenzando con la exposición de los penalistas más destacados de dicho régimen, para después terminar con la síntesis de sus postulados más característicos a fin de comprobar la correspondencia y sentido de la teoría schmittiana de los «ordenes concretos» y el Derecho penal nacionalsocialista.

Entre los precursores de aquel Derecho, el profesor de la Universidad Central, siguiendo a Hans von Hentig, exiliado en los Estados Unidos, incluía a los mencionados profesores de Kiel, pero también a Nicolai, a Gemminger y a Sauer. Sin embargo, a juicio de nuestro penalista, Hentig no agotaba toda la serie de los primeros apologistas, pues Gleispach y Günther debían ser citados entre los que querían reemplazar el Derecho penal liberal por otro de índole autoritaria.

Para demostrarlo, acudía a los escritos de los diversos autores señalados, la mayoría de 1933, en los cuales se ponía de manifiesto el pensamiento jurídico-penal nacionalsocialista. Dahm invocaba el principio inquisitivo contra el acusatorio-liberal. Schaffstein se pronunciaba a favor de un derecho autoritario contra el liberal, defendiendo la pena de muerte, la repulsa a la benignidad de las penas y la proclama de que el Derecho penal tenía como fin la defensa del pueblo. Nicolai aludía a la teoría jurídica de las razas, siendo la pena un método de selección. H. D. Freiherr von Gemminger trataba de deducir de las opiniones y discursos de Hitler consecuencias jurídico-penales y decía que el Estado debía aspirar a la retribución por medio del sufrimiento del delincuente, aunque esto no reportara provecho alguno a la sociedad, incluso cuando significara un aniquilamiento sin sentido. Por su parte, Eric Wolf se erigía en el filósofo del nacionalsocialismo punitivo (39).

Pasada esta primera etapa de mayor improvisación, aparecieron en Alemania tratados completos sobre los que se edificaba el Derecho

(39) LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal. Tomo II, Filosofía y Ley Penal*, Editorial Losada, Buenos Aires, 4.ª ed. 1964, epígrafe 552, «El Derecho penal nacionalsocialista», pp. 177-178.

penal nacionalsocialista. Helmuth Mayer, profesor de la Universidad de Rostock publicó, en 1936, una obra que venía a darle vuelos metafísicos. El pueblo alemán era la fuente de toda concepción jurídica, incluido el Derecho penal. Sobre sus tres supuestos fundamentales (territorio, comunidad de sangre suficientemente homogénea y armonía anímica creada por la lengua común), el pueblo se había convertido históricamente en una unidad de sentido, cuya misión era la de materializar los pensamientos creadores que le habían sido señalados por su conducta histórica. El pueblo era un todo espiritual, una realidad concreta espacial del espíritu objetivo (40).

Hans Frank, Comisario de Justicia del Reich, se encargaba de resumir las líneas directrices de la política criminal nacionalsocialista. En un discurso, pronunciado en la *Deutsche Strafrechtsgesellschaft* (Sociedad de Derecho penal alemán) de Múnich, el 28 de octubre de 1938, sostenía que el Derecho penal no podía concebirse exclusivamente como un instrumento de combate contra el crimen. El liberalismo todo lo reducía a la mera función de ejecutar penas contra quienes detenía la policía. La política criminal del nacionalsocialismo es una compleja actividad y el Derecho penal constituye solamente uno de los medios en la lucha por la elevación ética de un pueblo. La degeneración es una de las principales causas del delito y la biología criminal es, para nosotros los nazis, la doctrina de la relación entre la decadencia racial y las manifestaciones delictivas (41).

Incluso el reputado penalista Edmund Mezger, cuyo *Tratado de Derecho penal* (1931) había sido traducido por Rodríguez Muñoz, en 1935, de la 2.^a edición alemana de 1933, a pesar de profesar ciertos postulados liberales en su construcción dogmática, según Jiménez de Asúa, se mostró favorable al pensamiento jurídico del régimen. Así, según Mezger, la historia del Derecho penal alemán comenzaba en el suelo alemán, y no en la antigua Roma. El Derecho, según la concepción nacionalsocialista, es el orden jurídico y moral en que vive el pueblo. Derecho, moral y moralidad forman una unidad. El Derecho, como orden de vida concreto, aparece en el mandato del Führer, existente en la ley y en el sano sentimiento jurídico del pueblo. Derecho y sano sentimiento popular son simultáneas formas de aparición y fuentes de conocimiento del Derecho vivo, que es su base. El juez, en el estado popular, tiene por misión realizar en cada caso particular ese concreto derecho y moral populares. El punto de partida de esta nueva concepción es la comunidad popular alemana y el deber de fidelidad del individuo a la comunidad. El nuevo Derecho no toma tanto en

(40) *Ibíd.*, pp. 180-181.

(41) *Ibíd.*, p. 179.

cuenta el resultado del delito como la exteriorización de la voluntad criminal (42).

El «caso Mezger» en la historia del Derecho penal, muy similar al «caso Schmitt» en la historia del pensamiento jurídico-político, aunque éste último, a diferencia de aquél, no fue repuesto en su cátedra al no someterse a los procesos de desnazificación, ilustra perfectamente la trascendencia metodológica de la *Nomenklatura* que apuntábamos, y más teniendo en cuenta que, como se ha dicho, el tratadista, junto a Von Liszt y Welzel, ha sido uno de los autores más relevantes para la Ciencia penal española. Brevemente, sin ánimo de agotar el tema, ni desconocer la influencia del llamado «pensamiento político-criminal» postmoderno (Roxin, Jakobs), el llamado «dogma causal» que inspiró la obra de Mezger se encontraría más o menos presente en la de Antón Oneca, Rodríguez Devesa o Cuello Calón. La dogmática «finalista» de Welzel estaría representada en nuestro país por Cerezo Mir, Córdoba Roda y Suárez Montes (43).

Jiménez de Asúa consideró el «caso Mezger» como un supuesto típico de oportunismo, en el que el alemán, tras congraciarse con el nuevo régimen, renegaría de él después de la guerra. Quintero Olivares estaría en la misma línea, al indicar que las páginas favorables al régimen, escritas por Wolf, Mezger o Gallas, obedecieron a razones coyunturales, como lo vendría a demostrar el posterior abandono de las tesis sustentadas durante aquel período (44).

Muñoz Conde contempla a Mezger en el marco del Derecho penal durante el nacionalsocialismo, apuntando, de forma realista, a la importancia que tuvo la división de Alemania tras la Segunda Guerra Mundial para prescindir de llamarle la atención por algunas de las tesis que había defendido durante el nazismo. Así, Mezger, tras ser apartado de su cátedra al acabar la contienda, y clasificado por la Comisión de Depuración como colaborador de segunda categoría del régimen nazi (*Mitläufer*), fue repuesto en la misma, oficialmente, desde el 1 de octubre de 1948, siendo nombrado, el 6 de abril de 1954, miembro de la Comisión de Reforma del Derecho penal, conforme a la política de Adenauer de recuperar viejas glorias o simplemente de mantenerlas en sus puestos («No a los experimentos») (45).

(42) *Ibid.*, p. 185.

(43) G. QUINTERO OLIVARES, *Curso...*, pp. 198-199.

(44) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, p. 185. G. QUINTERO OLIVARES, *Curso...*, p. 194.

(45) F. MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 33-35. Y también «Las visitas de Edmund Mezger al campo de

La Guerra Fría favoreció la revisión de la significación del régimen nacionalsocialista y, de alguna manera, relativizó su museo de los horrores, imponiendo en el Bloque occidental, fuertes dosis de realismo político, tal y como expresó la genial disyuntiva «Vencedores o vencidos» (Stanley Kramer, *Judgement at Nuremberg*, 1961).

De la obra de Mezger de la posguerra, y con el fin de mostrar el recorrido y finalidades de la dogmática alemana a partir de entonces y hasta nuestros días, el profesor sevillano destaca la monografía «*Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*» (Modernas tendencias de la dogmática penal, 1950). En *Moderne Wege*, el alemán criticaba la teoría final de la acción y el sistema de Derecho penal basado en ella que, desde la década de 1930, venía cultivando el joven Hans Welzel, cuya teoría de la acción final tenía ciertas concomitancias con el «Derecho penal de la voluntad» de la Escuela de Kiel, si bien la importancia de Welzel en aquella época no era tanta como la de Mezger, el cual, según Muñoz Conde, se valió de dicha polémica para desviar la atención sobre su pasado inmediato.

Es más, a juicio de este autor, esa especie de «guerra civil» que se libró en Alemania en los años cincuenta y hasta bien entrados los setenta, entre finalismo y causalismo, entre, por y para penalistas, en donde los planteamientos político-criminales estaban de más o más allá de las cuestiones dogmáticas, en las que era frecuente utilizar como argumento para descalificar la tesis contraria atribuirle su proximidad al Derecho penal nacionalsocialista, y en la que ningún penalista de la República Federal «tuvo el mal gusto de hablar de los campos de concentración o de las miles de penas de muerte aplicadas por tribunales especiales», contribuyendo así a «configurar en el joven penalista una mentalidad que le permite asumir, por así decir, todo lo que le echen», sólo tenía como objetivo correr un tupido velo sobre los tiempos del nacionalsocialismo (46).

La *Nomenklatura* abre así también sus puertas al «caso Welzel». Ahora, dos de los tratadistas más influyentes de la dogmática penal de todos los tiempos unen su nombre a Kiel. Rodríguez Devesa no dudó

concentración de Dachau en 1944», en *Revista Penal*, n.º 13, 2003, La Ley-Actualidad, Las Rozas (Madrid), pp. 81-93.

(46) F. MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo...*, pp. 21, 35-36. 38-42, 50. En cuanto al papel de las teorías de Welzel durante el NS, sigue este autor el trabajo de 1983 de Monika FROMMEL «Los orígenes ideológicos de la teoría final de la acción», publicado en el *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XLII, Fasc. II, mayo-agosto 1989, pp. 621-632, que él mismo tradujo. No obstante, recoge la opinión de Ingo Müller, que incluye a Welzel entre los ideólogos del Derecho penal de la dictadura de Hitler (I. MÜLLER, *Furchtbare Juristen* [Juristas terribles], Kindler-Verlag, Múnich, 1987).

en incluir a Welzel en la *Kieler Richtung*, junto a Barth, Boldt, Bruns, Berges, Gallas, Kempermann, Siegert y Thierfelder, señalando que dicha dirección dogmática propugnó «una consideración totalitarista, concreta, «decisionista», basada en el pensamiento del «orden concreto» de Carl Schmitt, cuyos puntos de vista, «abstracción hecha del uso que hicieron los juristas del nacionalsocialismo, contienen ideas dignas de ser tomadas en cuenta por la ciencia del Derecho» (47). Ya hemos apuntado las conclusiones de Muñoz Conde, Monika Frommel e Ingo Müller. Otros ven en la cita de Welzel de que «el Estado está dispensado, en situaciones excepcionales, de todos los vínculos jurídicos como el de la tipicidad de las normas del Derecho penal», una muestra más, tanto de su condición como jurista autoritario, como del «predicamento que tuvieron las ideas de Carl Schmitt» (48).

Estas opiniones vertidas desde distintos parámetros ideológicos no fueron bien recibidas por los herederos del finalismo, aunque vendrían a confirmar la inclusión del nombre de Welzel entre los juristas del Tercer Reich. Es interesante comprobar cómo penalistas de distintas corrientes llegan al mismo resultado, unos haciendo la cuenta de la vieja y otros con ecuaciones; metodologías que no deben desdeñarse, pues revelan los presupuestos método-ideológicos del investigador y permiten determinar el alcance científico del estudio.

Pero incluso podríamos abrir más «casos», vinculando a Von Liszt, a Jiménez de Asúa y a su Ley de Vagos y Maleantes (1933), o a Günther Jakobs con la famosa ciudad del Báltico. De hecho, tales expedientes ya están incoados desde el momento en que se afirma que los penalistas de la República de Weimar y, por ende, los que bebieron de sus aguas, dejaron con sus «exquisiteces y elucubraciones teóricas la puerta abierta a la terrible bestia del fascismo, al que no quisieron o no supieron ver como el verdadero enemigo de la dignidad humana» (49), o cuando se censura la compatibilidad que se deriva del funcionalismo del «Derecho penal de enemigos» (*Feindstrafrecht*) con cualquier sistema político, al no asignar ningún contenido ni orientación político-criminal a la dogmática, fuera de la autoconservación del sistema, ya que «hay que ser cauteloso a la hora de concebir la Dogmática sólo como una «gramática universal» que puede ser empleada en cualquier tiempo y lugar, lo mismo en el Estado social y democrático de Derecho

(47) José María RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte general*, Rev. Alfonso Serrano Gómez, Dykinson, Madrid, 14.ª ed., 1991, p. 334.

(48) F. J. ÁLVAREZ GARCÍA, «Relaciones entre la parte general...», p. 1017.

(49) F. MUÑOZ CONDE, «Política criminal y dogmática jurídico-penal en la República de Weimar», en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 15 y 16, vol. II, 1994, Centro de Estudios Constitucionales, Alicante, p. 1050.

que en el nacionalsocialista, porque esto, además de utópico, puede ser peligroso y servir de legitimación de cualquier Derecho penal» (50).

El miedo internacional generado tras los atentados a las Torres Gemelas y otros de similar gravedad, la crisis económica mundial y los grandes movimientos migratorios que llevan a grandes masas de población desempleada y en niveles de pobreza extrema a los países más desarrollados económicamente, son considerados como las causas de lo que se contempla como un repunte del autoritarismo en el Derecho penal (51).

La polémica está servida y como anécdota significativa puede referirse el hecho de que algún seguidor de Jakobs ejercite la defensa de éste procurando distanciar su nombre de las teorías de Carl Schmitt, al que sitúa en el ámbito de la Ciencia política, alejándolo del «área jurídica», calificando al Viejo de Plettenberg de «polítologo», calificación que resulta extravagante, pero, a la vez, muy elocuente y expresiva de los fines de la *Nomenklatura* (52).

Esta suerte de *Historikerstreit* de los penalistas, como todas las «controversias de los historiadores» de inspiración alemana, se mueve en las coordenadas ideológicas de «continuidad-ruptura», muy «gato-pardianas», cuyos resultados trascienden los objetivos de cualquier investigación científica.

Tempus fugit y esto no necesita mucha prueba. Por ello, este tipo de planteamientos con respecto al nazismo se utilizan normalmente para buscar alguna eximente de trastorno mental transitorio, para expedir u obtener certificados de buena conducta o para arremeter contra una situación del presente, al cobijo de la casuística histórica, entre otras muchas posibilidades.

El carácter ideológico de estas polémicas tampoco es difícil de comprobar. Poco puede objetarse al bizantinismo de los causalistas y finalistas, que puede verificarse entreteniéndose con la lectura de la teoría del error en una y otra corriente. Ahora bien, entender que con ello se pretendía ocultar el pasado, implica presuponer una especie de sentimiento de «mala conciencia», no sólo en los padres fundadores

(50) F. MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo...*, pp. 61, 66, 72-75.

(51) F. MUÑOZ CONDE, «Recensión al libro de Thomas Vormbaum, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte* (Introducción a la Moderna Historia del Derecho Penal, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 2009, 311 páginas)», en *Política Criminal. Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, núm. 7, R1-7, 2009, Universidad de Talca, Santiago de Chile, pp. 3-4.

[http://www.politicacriminal.cl/n_07/r_1_7.pdf].

(52) Véase Miguel POLAINO-ORTS, *Derecho penal del enemigo: Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, Bosch, Barcelona, 2009.

de la discusión (Mezger y Welzel), sino también en sus respectivos seguidores, sentimiento que es difícil de demostrar y poco probable, dado que la mayoría de ellos fueron mantenidos en sus cátedras, razón de más para presumir la inexistencia de dicho sentimiento de culpa.

Pero además, tales conclusiones sobrevaloran en exceso la dogmática y el papel de los intelectuales, olvidando que las tormentas doctrinales y la utilización de un lenguaje poco accesible tiene más que ver con el instrumento de poder que de ello se deriva que con otra cosa. Por otra parte, la falta de espíritu crítico en los jóvenes penalistas no debe imputarse necesariamente a los maestros. La formación intelectual y la curiosidad unidas a la prioridad que el discípulo otorgue a sus aspiraciones académicas son explicaciones más que razonables para un eventual adocenamiento.

El resurgimiento del Derecho penal autoritario y el paulatino retroceso de un Derecho penal democrático y garantista –si por ello se entiende la huida al Derecho penal para solucionar cualquier conflicto social o personal, así como el endurecimiento de las penas y la creación de más figuras delictivas–, tiene más que ver, como se ha dicho anteriormente, con las presiones de los *lobbies* que con la nebulosa del enemigo y los supuestos efectos penales de los 11-S y 11-M. En Estados Unidos, este endurecimiento del sistema penal para determinados delitos puede detectarse ya desde mediados de los años 1960, y suele reflejar un compromiso entre potenciales intereses en conflicto, en beneficio de un grupo que no es el destinatario aparente de la ley (53).

III

El Derecho penal del Tercer Reich fue lógica consecuencia del régimen político que lo inspiró, el cual había terminado con la democracia parlamentaria, la separación de poderes y las garantías individuales. La voluntad del Führer se erigió en la fuente máxima de poder y, en consecuencia, del poder de creación jurídica. Por ello, el punto central de la teoría jurídica nacionalsocialista consistió en negar la «generalidad» del Derecho. La previsibilidad de la norma, derivada de su carácter general y abstracto, habría podido servir de freno de aquella voluntad, de ahí la preferencia por defender su carácter «concreto», lo que vino querer decir algo similar a «sin regla fija», dejando la solución del caso al arbitrio del operador jurídico de turno, al que previamente se le había tomado juramento de fidelidad al Führer.

(53) Bruce L. BENSON, *Justicia sin Estado* [*The Enterprise of Law. Justice without the State*]. Trad. José Ignacio del Castillo y Jesús Gómez, Unión Editorial, Madrid, 2000, pp. 179-181.

Las características del imprevisible Derecho penal nacionalsocialista se derivaban de estas premisas. Para los penalistas del régimen, la dogmática liberal era errónea. El Derecho no se hallaba en leyes abstractas, sino que estaba en el corazón y en la conciencia del pueblo alemán; en la sangre y el suelo (*Blut und Boden*). La máxima fuente del derecho era «el sano sentimiento del pueblo alemán» (*gesundes Volksempfinden*). Por tanto, el principio *nullum crimen nulla poena sine lege* no tenía razón de existir. El hurto o la injuria no eran creaciones del legislador, sino conceptos históricamente condicionados por la conciencia popular de lo justo y lo injusto, la cual había de ser tenida en cuenta por el juzgador a la hora de considerar la existencia de delito.

La eliminación de la ley de su nota de generalidad impedía, por una cuestión de concepto, al Derecho penal describir «tipos de hecho», que fueron sustituidos por «tipos de autor». En el robo, por ejemplo, el juez para condenar o adoptar cualquier medida debía captar la «esencia» del ladrón, y ello tenía que hacerlo intuitivamente, puesto que dicha esencia no podía ser conocida «lógicamente»; era ridículo pretender su conocimiento a través de las palabras de la ley. Acreditada dicha esencia, ya había fundamento para imponer el castigo más adecuado, atendiendo a la peligrosidad del sujeto. Por ello, se prescindía del principio de legalidad de las penas, y de su proporcionalidad, ya que lo que se castigaba no era el hecho objetivo, sino la voluntad subjetiva (*Willensstrafrecht*), haciendo irrelevante distinguir formas imperfectas de ejecución. El irracionalismo metodológico de tales postulados fue pronto puesto de manifiesto incluso por autores pertenecientes a la de Liga Juristas Alemanes Nacionalsocialistas (54).

La función de preservación de la existencia racial, componente esencial de la ideología nacionalsocialista, se encomendó igualmente al Derecho penal (*Rassenstrafrecht*), que habría de garantizar la eliminación de los elementos no arios y degenerados de la sociedad. El Derecho penal debía ser conforme a las ideas morales de la raza alemana y había de fundarse en el principio de lealtad hacia el pueblo y el Estado.

El concepto de delito, para este Derecho penal de autor, era un concepto total y concreto (*ganzheitliches und konkretes Täterstrafrecht*), en cuya definición no tenían cabida ninguno de los elementos de la dogmática tradicional (acción, antijuridicidad, tipicidad, culpa-

(54) En este sentido, los profesores de la Universidad de Marburgo, Erich SCHWINGE y Leopold ZIMMERL, en *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht* (Intuición de esencias y pensamiento del orden concreto en Derecho penal), Bonn, 1937.

bilidad). Es más, en palabras de Dahm, el concepto y el término *Tatbestand* (tipo delictivo) debían desaparecer de la dogmática del Derecho penal. El delito es ante todo una «traición» (*Verrat*) (Dahm), o una infracción de un deber de fidelidad a la comunidad (*Pflichtverletzung gegenüber der völkischen Gemeinschaft*) (Schaffstein) (55).

La práctica de estas ideas penales puede resumirse con la certificación que expidió, en 1942, Franz Neumann, conocido miembro de la Escuela de Frankfurt y discípulo de Max Ernst Mayer, cuando constató que no quedaba «nada del principio *nulla poena sine lege, nullum crimen sine lege*, la fórmula básica de todo sistema jurídico». Tribunales especiales, de honor, o integrados por funcionarios de las SS u oficiales del ejército; acusados sin el derecho de valerse de abogado, de presentar pruebas, apelar u obtener publicidad; indefinición de los delitos, y en su lugar, descripción de los tipos de delinquentes, como el delincuente brutal, el peligroso, el joven o el que se lucra con la guerra, con aplicación del castigo que se considere necesario, y no el previamente establecido, incluso la pena de muerte, atendiendo a la peligrosidad de dicho sujeto, fueron los signos de identidad del sistema jurídico nacionalsocialista, que no fue Derecho, sino mera técnica de manipulación de las masas por el terror (56).

Una vez que se ha centrado su contexto histórico e intelectual, debemos ya descender a la teoría schmittiana del «pensamiento del orden concreto».

III. EL DERECHO COMO «ORDEN CONCRETO»

I

A comienzos del año 1933, Schmitt constataba el fin de las posibilidades que había cifrado en la «dictadura» del Presidente del Reich, al amparo del artículo 48 de la Constitución, para el mantenimiento del orden jurídico-político, cuestión sobre la que tanto había polemizado con Kelsen (57). En la entrada de su diario, de 27 de enero de 1933,

(55) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, pp. 177-178. G. QUINTERO OLIVARES, *Curso...*, pp. 194-195. F. NEUMANN, *Behemoth...*, pp. 485-99. También, la compilación de diversos artículos de los máximos representantes de la Escuela: Georg DAHM, Ernst Rudolf HUBER, Karl LARENZ, Karl MICHAELIS, Friedrich SCHAFFSTEIN, Wolfgang SIEBERT (Hg.), *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft* (Cuestiones fundamentales de la nueva ciencia jurídica), Berlin, Junker und Dünhaupt Verlag, 1935.

(56) F. NEUMANN, *Behemoth...*, pp. 500-504.

(57) Dicha controversia se reflejó en dos obritas de uno y otro: C. S., *La defensa de la Constitución*. H. KELSEN, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitu-*

anotaba: «El mito de Hindenburg ha llegado a su fin. El viejo era finalmente también sólo un Mac Mahon. Horrible situación. Schleicher se retira; vienen o Papen o Hitler. El viejo se ha vuelto loco. Volví a casa en una horrible noche fría alrededor de las once» (58).

El jurista de Plettenberg nunca había sido uno de los paladines de una «democracia a la Weimar», de modo que no debe causar asombro que recibiera de forma entusiasta al nuevo régimen, como se vio. El *Führerprinzip* garantizaría el triunfo en la lucha contra el liberalismo, el *Diktat* de Versalles y la amenaza comunista, combates que nuestro autor venía librando desde su juventud, apostando entonces por un Estado nacional unitario, y como forma de gobierno, por una dictadura presidencialista aclamada por el pueblo.

En los años veinte, la Italia de Mussolini realizaba en la práctica su modelo teórico (59). Ahora le tocaba el turno al Tercer Reich. Schmitt reformuló sus concepciones jurídico-políticas, comenzando por tomar en consideración a uno de los elementos fundamentales de la revolución nacionalsocialista: el partido. Hasta este momento, el jurista consideraba a los partidos políticos como los responsables de la destrucción del orden político, al valerse del Estado para conseguir su propio interés, introduciendo en el aparato estatal las discordias de la Sociedad, a las que aquel mecanismo político había puesto fin a comienzos de la Edad Moderna, pacificando la unidad política en el interior de sus fronteras territoriales, al acabar con las guerras civiles de religión (60).

La «dictadura soberana» del Presidente se acomodó a la «situación constitucional de hoy» (*die heutige Verfassungslage*), la cual fue caracterizada por Schmitt como una situación basada en la triple articulación de la unidad política (*Die Drei Gliederung der politischen Einheit*) en Estado, Movimiento y Pueblo (*Staat, Bewegung, Volk*). El Estado constituía la parte política estática, referida, no como antes, a la unidad política de un pueblo, sino a las autoridades estatales, básicamente el

ción? (Wer soll der Hüter der Verfassung sein?, 1931), Est. prel. de Guillermo Gasió, trad. de Roberto J. Brie, supervisión técnica de Eugenio Bulygin, Tecnos, Madrid, 1.ª ed., 1995, 2.ª ed., 1999.

(58) Cit. en Monserrat HERRERO LÓPEZ, *El nomos y lo político: La filosofía política de Carl Schmitt*, EUNSA, Pamplona, 1997, p. 34.

(59) Véase, C. S., «Die politische Theorie des Mythos», 1923, en *Positionen und Begriffe*, pp. 11-21. Trad. Angelika Scherp, «La teoría política del mito», en H. ORESTES, *Carl Schmitt, teólogo de la política*, pp. 65-74. También «Wesen und Werden des faschistischen Staates», 1929, en *Positionen und Begriffe*, pp. 124-30. Trad. Angelika Scherp, «El ser y el devenir del Estado fascista», en H. ORESTES, *op. cit.*, pp. 75-81.

(60) C. S., *El Leviathan en la teoría del Estado de Tomás Hobbes (Der Leviathan in der Staatlehre des Thomas Hobbes. Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols, 1938)*, trad. F. J. Conde de 1941, Comares, Granada, 2004, pp. 8-9, 50-54, 59, 70-71. C. S., *Teoría de la Constitución*, pp. 306-307.

ejército y el funcionariado. El Movimiento, el partido único, era el elemento dinámico, la elite que sostenía al Estado y al Pueblo. Y el Pueblo representaba la parte no política (*unpolitische Seite*), que protegía las decisiones políticas que se adoptaran en la sombra. A tales consideraciones, añadía que los conceptos fundamentales del Derecho nacional-socialista, ajeno a la abstracción normativista, eran el principio del caudillaje (*Führertum*) y el de identidad (*Artgleichkeit*). Acaudillar, según nuestro autor, no era mandar. No se trataba de una dirección burocrática o de una simple competencia ejecutiva. Era un concepto del presente que exigía una absoluta identidad entre el caudillo y su pueblo. En esta identidad residía la recíproca fidelidad entre uno y otro y la razón de que el poder no degenerase en tiranía (61).

Como fácilmente se comprueba, esta triple articulación no resultaba tan novedosa. Únicamente se trató de un simple reajuste circunstancial, en el que, tal vez, despiste el segundo de los elementos indicados, el leninista, la vanguardia del pueblo, a saber: el Movimiento, el cual, como hemos apuntado, nunca fue objeto de especial consideración por nuestro jurista, ya que hasta hacía bien poco, para él sólo era uno de esos partidos políticos de masas que se aprovechaban del Estado. Los enemigos de Schmitt dentro del régimen (Alfred Rosenberg o Reinhard Höhn) se encargarían de recordárselo, acusándolo de ser un compañero de viaje de última hora. Al fin y al cabo, la vieja guardia veía que, en esta triple articulación, el protagonismo lo seguía teniendo el dictador soberano, convertido ahora en guía del pueblo, que constituía una masa «informe», limitada a aclamar y a permanecer en la retaguardia, por si se le necesitara para proteger el secular «orden concreto» alemán reavivado por el Führer.

Aquí se dibuja por fin el sentido de la teoría schmittiana de los «órdenes concretos», expresada en el ya mencionado librito de 1934, cuyo contenido analizaremos en lo que resta de trabajo, mostrando cómo nuestro autor, con dicha teoría, realizaba un *aggiornamento* de su «decisionismo político» de signo antiliberal, para adaptarse al vocabulario del régimen nacionalsocialista, justificándolo en términos jurídicos y de necesidad histórica.

El orden jurídico-político implantado por los nacionalsocialistas tenía por fuerza que trascender a la simple decisión del Führer. Acababa de cumplirse una misión histórica. El nacionalsocialismo había devuelto su esencia al pueblo alemán, cuyo espíritu se defendió, según Schmitt, durante mucho tiempo contra «las ideas liberales de 1789»,

(61) C. S., *Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburgo, 1933, pp. 12-14, 32-33 y 41-42. F. NEUMANN, *Behemoth...*, «El Estado tripartito», pp. 86-88.

que acabaron por precipitar el hundimiento del Segundo Reich, sometiendo a Alemania a los vencedores de la Gran Guerra, dejando la puerta abierta a los bolcheviques.

El nuevo régimen, a juicio del jurista, puso fin a dicha situación de minoría de edad, emancipando al Reich del yugo aliado, y de las ideas y formas de pensamiento, como el liberalismo y el normativismo jurídico, extrañas al modo de ser y sentir del pueblo alemán, auténtico fundamento del «orden concreto», por encima de cualquier decisión o legalidad positiva.

Como contribución ideológica a dicha causa, nuestro autor se rearmó con la teoría de la institución de Maurice Hauriou y de su discípulo Georges Renard, el antiformalismo y la crítica de los derechos subjetivos de Leon Duguit, y la teoría del ordenamiento jurídico de Santi Romano. Asimismo, tomó prestados argumentos del historicismo y del idealismo alemanes (Savigny, Hegel), y acogió expresamente la dogmática penal de la Escuela de Kiel. Con todo este arsenal montó una batería para encañonar las ideas de 1789. Veámoslo.

II

La teoría de la institución es retomada, como hemos dicho, en *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. Sin embargo, ésta ya había sido expuesta por el autor en la *Teología política* o al tratar de las «garantías institucionales», como reacción, al igual que reaccionaron otros juristas de Weimar, contra la metodología de la Escuela Alemana de Derecho Público, fundada por Gerber y Laband.

Los postulados de dicha Escuela se acompañaban con la práctica constitucional, propia del Segundo Reich, de preponderancia del ejecutivo sobre el parlamento, e implicaban, en esencia, una «fetichización» del Derecho, investido de carácter autónomo, mediante una radical separación entre su estudio, por un lado, y la política, la sociología, la historia o la ética, por otro, encomendando al jurista una labor eminentemente «lógica», es decir, exegética e integradora de las lagunas del Derecho positivo mediante operaciones lógico-formales, habida cuenta de la unidad del ordenamiento jurídico, que no admitía lagunas.

La visión del sistema jurídico como un todo cerrado y pleno descansaba en una visión inmovilista o armónica de la sociedad, que fue puesta en tela de juicio tras la Revolución soviética de 1917 y la propia Revolución alemana de 1918-19. El antagonismo social pasó a un primer plano y el cuarto estado reclamaba participación en el poder, de modo que ya no era posible seguir contemplando la Sociedad como

una instancia autorregulada en la que el Estado burgués sólo debía intervenir para restablecer el orden infringido (62).

La nueva generación de juristas se enfrentó a esta situación, siendo la corriente que tuvo mayor éxito la dirección normativista propugnada por Kelsen y su «Teoría pura del Derecho». La «Teoría pura» tenía la pretensión de eliminar del ámbito jurídico todo resquicio moral, político o ideológico, presuponiendo –eso sí– un orden político concreto, el establecido por la democracia parlamentaria (63). Partiendo de este presupuesto, la «Teoría pura» entendía el Derecho como un sistema de normas dotado de autonomía y objetividad, cuya validez residía en su adecuación a una norma fundamental o *Grundnorm*. El concepto de Estado era una hipóstasis metafísica para representar la unidad de un orden, puesto que el Estado era ante todo un sistema de normas, un orden jurídico y no un hecho o persona alguna. La soberanía, en consecuencia, no era una propiedad de carácter fáctico, sino una propiedad que hace del Estado el orden jurídico supremo, por no tener sobre sí ningún orden superior, dado que la validez del orden jurídico estatal no derivaba de ninguna norma supraestatal.

El crudo positivismo y el relativismo de la doctrina kelseniana fue objeto inmediato de crítica por destacados juristas –el propio Schmitt, Heinrich Triepel, Hermann Heller o Rudolf Smend–, quienes revisaron todo un conjunto de problemas situados en la frontera entre el Derecho y la política (64). La principal objeción formulada a la «Teoría pura» era la de que dejaba sin explicación el asunto de la positividad de la norma y la «realidad estatal». No podía ser que el Estado fuese sólo una ficción, abstracción o centro de imputación normativa cuando desde él se alcanzaba la unidad. Se decía que una norma sin voluntad que la sostuviese era o puro juicio lógico o mera exigencia ética, pero no norma jurídico-positiva. «Una norma –apuntaba Schmitt– nunca se establece por sí misma (éste es un modo fantástico de hablar)» (65).

Sin embargo, lo cierto es que Kelsen no se cansó de repetir que tal voluntad tendría que ser la voluntad democrático-parlamentaria. En

(62) José Antonio ESTÉVEZ ARAUJO, *La crisis del Estado de Derecho liberal. Schmitt en Weimar*, Ariel, Barcelona, 1989, pp. 74-122. José CAAMAÑO MARTÍNEZ, *El pensamiento jurídico político de Carl Schmitt*. Prólogo de Luis Legaz y Lacambra. Porto y Cía., Santiago de Compostela, 1950, pp. 49-56, 95-109.

(63) H. KELSEN, *Esencia y valor de la democracia (Von Wesen und Wert der Demokratie)*, 1920), Trad. de la 2.^a ed. de 1929, Barcelona, 1977.

(64) Los títulos son suficientemente esclarecedores: C. S., *Teología política, El concepto de lo político; Teoría de la Constitución, Legalidad y legitimidad*; H. TRIEPEL, *Derecho público y política* (1927); H. HELLER, *La soberanía* (1927); R. SMEND, *Constitución y Derecho constitucional* (1928).

(65) C. S., *Teoría de la Constitución*, pp. 34-35. *Sobre los tres modos...*, p. 16.

realidad, las objeciones «científicas» eran de signo ideológico. La República de Weimar no fue bien recibida por aquellos que rechazaban el sufragio universal y la regla de la mayoría como instrumentos para conseguir el orden político y social, propugnando, en su lugar, la generación de mitos y símbolos que suscitasen una adhesión incondicional (Smend); o la imposición de una decisión soberana (Schmitt).

La aparentemente feliz «teoría de la integración» de Smend significaba, según Kelsen, otro intento más de socavar la Constitución de la República alemana, dado el conjunto de tautologías que encerraba con frases del tipo «especialmente el Estado se realiza a sí mismo mediante la continuada renovación de su realidad como asociación de voluntades de todos sus miembros, por encima de cualquier pasividad y de cualquier resistencia de individuos o de grupos, o incluso de mayorías importantes». «El problema –dirá Kelsen– es que los factores de integración se agrupan como efecto unitario es algo que tiene que ser creído, pero que no es probado. Con pruebas sólo opera quien pretende racionalizar el pensamiento político y no quien quiere hacer de los asuntos políticos una cuestión de fe» (66).

Por su parte, el decisionismo schmittiano no abandonaba la órbita del positivismo, ya que la decisión milagrosa del orden estaba tan «nuda» como la «Teoría pura»: se trataba de un acto de voluntad desligado de todo referente suprapositivo, cuya capacidad para imponerse y mantener aquel orden sería el fundamento de su validez (*in suo esse perseverare*).

Sin embargo, en 1934, Schmitt parece abandonar el pensamiento decisionista por el pensamiento del «orden concreto», vinculando la producción jurídica a algo más que la mera decisión, enraizando dicha producción con las relaciones vitales y el modo de ser de cada pueblo.

¿Se quiere decir con esto que nuestro jurista está admitiendo la existencia de algunos límites a la acción del poder que en ese momento detentaba el Führer, al insertar la voluntad de éste en un «orden concreto»? No, son muchas las «inconcreciones». Nada se dice acerca de la fundación de ese orden, ni de los límites de la decisión política o de los elementos que forman ese carácter intangible del espíritu del pueblo y que presuntamente configuran ese orden en que la decisión y la norma se insertan. Pero además, se dice que el Führer no promulga normas, que se limita a ejecutarlas, y a la vez se le hace intérprete y juez supremo de una norma, cuyo contenido simplemente estaría formado por las ideas de lealtad, dignidad, honor, disciplina y decoro,

(66) H. KELSEN, *El Estado como integración. Una controversia de principio (Der Staat als Integration: Eine prinzipielle Auseinandersetzung, 1930)*, Est. prel. y trad. Juan Antonio García Amado, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 80-94, 134-135, 147.

puesto que el principio de legalidad se considera enemigo de los sentimientos del pueblo alemán.

Por ello, hacer del Führer ejecutor, intérprete, juez y revulsivo de un orden tan etéreo equivale a seguir teorizando a favor de la «dictadura soberana» sólo que con otro nombre. No hay, por tanto, abandono del decisionismo con límites tan sobrenaturales. Lo que ocurre es que Schmitt tuvo que cuidarse de no parecer que justificaba el nuevo régimen en la mera facticidad hobbesina (*auctoritas, non veritas facit legem*), ni tampoco que le colgaba al Movimiento el sambenito de reaccionario, resucitando un viejo iusnaturalismo renovado con las doctrinas de la institución. La expresión «orden concreto», de moda entre muchos juristas del nacionalsocialismo, se adecuaba perfectamente a sus necesidades.

Había que disipar «los malentendidos y las interpretaciones erradas que tratan de subordinar ese pensamiento [*el de los “órdenes concretos”*] a tendencias políticas de mera restauración de cosas pasadas o de una conservación de viejas organizaciones.» El nacionalsocialismo no era una dictadura contrarrevolucionaria. A juicio del jurista, era la síntesis hegeliana de la historia alemana. Hasta su nombre lo indicaba: hacía falta «una palabra como “nacionalsocialismo” porque [*ponía*] fin a la separación y contradicción que [*existía*] entre los conceptos de nacionalsocialismo y de “lo socialista” y, a la vez, de socialismo y “lo nacional”».

Según Schmitt, el espíritu del pueblo (*Volkgeist*) alemán y su pensamiento de «órdenes concretos, comunitarios y de raza», que hundía sus raíces en la Edad Media, había venido soportando durante mucho tiempo los constantes envites de elementos extranjerizantes como el individualismo de la Revolución francesa o la codificación positivista, pero Alemania resistió espiritualmente con la ayuda del historicismo de Savigny, la dignidad y fuerza del pueblo frente a la invasión napoleónica, la filosofía del Estado de Hegel o con la mística del *Anstad*, esto es, el honor y la disciplina propias del ejército y la burocracia prusianas.

Hoy [*léase 1934*] son el Führer y el juramento de fidelidad quienes, a juicio del autor, han revitalizado el pensamiento del «orden concreto» para el que es evidente, como lo fue para los reyes guerreros de Prusia, que la comunidad política no se puede permitir separar los conceptos de fidelidad, disciplina, honor, jefatura militar y juez supremo. Por ello, el Movimiento jura una inquebrantable fidelidad al Führer y no a una Constitución abstracta con los poderes divididos, como predica el pensamiento legal normativista, poniendo en riesgo la unidad política. Este pensamiento «sólo es capaz de entender la desertión o la traición como “acciones penalizadas”, sólo como pre-

supuesto de una exigencia de pena estatal, pero no como una esencial injusticia o un crimen de perjurio e infidelidad», de ahí su incapacidad para lograr orden político alguno (67).

III

Nuestro jurista terminaba, de este modo, su aportación ideológica al nuevo régimen, asumiendo los planteamientos de la Escuela de Kiel y su crítica del Derecho penal liberal, ya que consideraba que esta rama nuclear del pensamiento jurídico liberal –y también el Derecho fiscal– era donde mejor se mostraba hasta dónde había llegado el proceso de disolución del positivismo, y qué imposible era volver al modo de pensar dominante en el siglo XIX.

Se hacía así eco y recurría expresamente a la autoridad de los profesores Dahm y Schaffstein, citando su *Liberales oder autoritäres Strafrecht?* (Derecho penal liberal o autoritario?, 1933), o a Henkel y su *Strafrichter und Gesetz im neuen Staat* (El juez penal y la ley en el nuevo Estado, 1934), los cuales, como ya se ha visto, venían utilizando la expresión «pensamiento de orden concreto» en contra de la abstracción liberal, que en sí misma llevaba el germen de la destrucción (*der Keim der Zerstörung*), según Dahm. El normativismo, según Schmitt, «puso en ridículo el Estado de derecho en el terreno fiscal, del mismo modo que facilitaba al delincuente audaz y con imaginación la ridiculización del Derecho penal gracias al principio *nulla poena sine lege*».

Schmitt concluía su ensayo arengando al resto de juristas de las demás especialidades a seguir el camino de la *kieler Richtung*, despidiéndose elogiando la tarea de uno de sus valedores, Hans Frank, que acababa de fundar la *Akademie für deutsches Recht* (1933), instrumento para la *Gleichschaltung* de la Ciencia jurídica alemana (68).

IV. CONSIDERACIONES FINALES

La exposición de parte de la biografía intelectual de Schmitt, así como las referencias al contexto histórico-político de su obra se efectuaban con la finalidad de esclarecer el alcance y sentido de su teoría de los «órdenes concretos», a la que se alude someramente en los tratados y manuales de Derecho penal, cuando llegan al estudio de las

(67) C. S., *Sobre los tres modos...*, pp. 7-8, 10, 18-31 y 47-66.

(68) *Ibid.*, pp. 68-71 y 75-76.

ideas penales del Tercer Reich y, en particular, de la Escuela de Kiel, ofreciendo una imagen estereotipada de la misma.

Sobre esta cuestión, la conclusión que puede establecerse es la de que la influencia de nuestro autor en los penalistas de la Escuela de Kiel fue bastante limitada. El pensamiento del «orden concreto» era ya un concepto manejado por muchos de los juristas nacionalsocialistas con anterioridad a la formulación de la teoría schmittiana. Por consiguiente, tampoco tiene mucha justificación la afirmación de que los juristas del Tercer Reich malinterpretaron o utilizaron su *konkretes Ordnungsdenken* para sus fines. Primero, porque tal concepto no era exclusivo de Schmitt, como hemos dicho; y segundo, porque el jurista de Plettenberg no fue ajeno a los fines del nacionalsocialismo, cuyo triunfo celebró en más de una ocasión.

El pensamiento del «orden concreto» tenía como objetivo actualizar, para el nuevo régimen, su teoría jurídico-política, la cual podemos condensar diciendo que obedece a los planteamientos del conservadurismo alemán, con destellos de nuestro Donoso Cortés, que solucionan la articulación del orden político en un régimen autocrático de carácter nacionalista, llevado por la nostalgia de la reteologización política. Éste sería el común denominador que toca toda la obra del jurista, cuyas notas se repiten subiéndolo y bajándolo en función de los acontecimientos históricos dentro de una misma tonalidad.

Si en tiempos de Weimar, la apuesta de nuestro autor fue la «dictadura soberana» del Presidente del Reich, aclamado por el pueblo, en un Estado «total», de inspiración mussoliniana; ahora, la solución descansaba en el «orden concreto» del Führer y en su Reich de los Mil Años; imágenes histórico-teológicas que cobrarían nuevos vuelos durante la Guerra Fría en la pugna de Occidente por la hegemonía, en su misión de retardar (*Katechon*) el advenimiento del Anticristo soviético.

Los postulados del Derecho penal nacionalsocialista fueron acopiados puntualmente por el Viejo de Plettenberg para constituir un depósito todavía mayor de las muy abundantes municiones con las que ya contaba en su lucha contra las concepciones jurídico-políticas propias del liberalismo: el normativismo y Estado burgués de Derecho; y sus principales agentes: las potencias vencedoras de las dos guerras mundiales, las cuales, primero, subyugaron a Alemania, y segundo, la eliminaron del corazón de Europa, dividiendo su Estado, sin prestar atención al peligro comunista.

La dogmática de Kiel únicamente, o nada menos que, fue un nuevo recurso que utilizó Schmitt para librar sus particulares combates espirituales, los cuales, como solía decir, eran tan decisivos como los combates en el campo de batalla.

Derecho penal de los marginados. Líneas de Política criminal argentina

Por FABIÁN I. BALCARCE*

«...la gente cree que el proceso penal termina con la condena, y no es verdad; la gente cree que la pena termina con la salida de la cárcel, y no es verdad; la gente cree que el ergástulo es la única pena perpetua y no es verdad. La pena, si no propiamente siempre, en nueve de cada diez casos, no termina nunca. Quien ha pecado está perdido. Cristo perdona, pero los hombres no»
(FRANCESCO CARNELUTTI (1))

I. INTRODUCCIÓN

Actualmente se distinguen dos conceptos específicos de *política criminal*: 1. uno, *intrasistemático*; 2. el otro, *extrasistemático* (2).

1. El primero es propuesto desde las usinas programáticas del *funcionalismo* (3) *moderado* como objetivo central de la interpreta-

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor Titular de Derecho Penal. Parte Especial (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina), Profesor Titular de Derecho Procesal Penal (Universidad Blas Pascal, Córdoba, Argentina).

(1) *Las miserias del proceso penal*, trad. Santiago Sentís Melendo, Temis, Bogota, 1997, p. 97.

(2) Parece adherirse a la tesis enunciada CANCIO MELIÁ, Manuel, *Dogmática y Política criminal en una teoría funcional del delito*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 146.

(3) «F. Nowakowski (1957) y P. Noll (1966) pueden ser considerados precursores directos de esas recientes tentativas por concretar los conceptos dogmáticos en especial el de culpabilidad, desde el punto de vista de la función del sistema penal» (BARATTA, Alessandro, «Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica» en *Criminología y Sistema Penal*, trad. Emilio García Méndez y Emiro Sandoval Huertas, B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2004, p. 1, nota 1).

ción teleológica (4): reconstruir el plan desarrollado por el legislador, en la regulación de las conductas punibles y las consecuencias jurídicas, a fin de desentrañar el sentido de los preceptos penales (5). Por otro lado, su carácter *moderado* es consagrado por la proposición de un modelo *dualista* en donde la funcionalización encuentra límites externos de base ontológica (6).

Expresa Claus Roxin, precursor de la novedad: «...mi idea básica es que tienen que estar fundidos politicocriminalmente en el Derecho penal la configuración conceptual y sistemática, mientras que conforme a la concepción antigua, como ejemplo la que fundara Liszt, la Política criminal no tendría justamente nada que hacer con el “Derecho penal” (en el sentido de la teoría general del delito) y debería limitarse sólo al ámbito de las consecuencias jurídicas» (7). Más adelante agrega: «...la Política criminal es la fuente de la construcción penal conceptual y sistemática» (8).

A partir de este pensamiento se han realizado loables esfuerzos «...en pro de la superación del concepto antitético (que se podría denominar “*concepto zanja*” –“*Grabenkonzept*”–) entre sistemática jurídico-penal y Política criminal y de su sustitución por un ininterrumpido sistema de relaciones y derivaciones, es decir, en pro del desarrollo de un “*concepto puente*” (“*Brückenkonzept*”))» (9). Con Claus Roxin, el sistema jurídico-penal tiende un arco hacia la doctrina de los fines de la pena y, con ello, hacia los principios centrales de la Política criminal (10). Para

(4) Sobre los *cánones de interpretación*, valor, número y evolución histórica, ALEXY, Robert (*Teoría de la argumentación jurídica*, trad. Manuel Atienza – Isabel Espejo, C.E.C., Madrid, 1997, pp. 24 y ss.).

(5) Respecto al tema, CLAUD ROXIN, *Sistema del Derecho Penal y Política Criminal*, trad. Francisco Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1972, p. 27. Allí asegura: «...hay que reconocer también en Derecho penal, que –sin perjuicio del mantenimiento ilimitado del Estado de Derecho– los problemas politicocriminales configuran el contenido propio de la teoría general del delito».

(6) SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites» en *Perspectivas sobre la Política criminal moderna*, Ábaco, Buenos Aires, 1998, p. 38.

(7) ROXIN, Claus, *Política criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la Política criminal*, trad. Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, PPU, Barcelona, 1992, p. 46.

(8) ADHIERE MOCCIA, Sergio, «Función sistemática de la Política criminal. Principios normativos para un sistema penal orientado teleológicamente» en *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, trad. F. Javier Melero Merino, Bosch, Barcelona, 1995, p. 80.

(9) SCHÜNEMANN, Bernd, «La Política Criminal y el Sistema de Derecho Penal» en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Ministerio de Justicia, Madrid, sept. – dic., 1991, tomo XLIV, fasc. III, p. 703. *Cursiva* y entrecorillado interno en el original.

(10) Schünemann, *ob. cit.*, p. 709. Sin embargo, no comparto lo de la necesidad de un «sistema abierto» (Schünemann, Bernd, «Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal» en *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 42). A mi modo de ver la idea apuntada incurre en una *contradictio in adjectivo*. Estimo que se confunde «sistema cerrado» con

sinetizar, el dogmático «...tiene que acabar de dibujar en todos sus detalles la imagen o modelo del Derecho vigente que el legislador sólo puede trazar a grandes rasgos» (11).

Se diferencia, de esta manera, del *funcionalismo radical* que apela a un modelo sistémico de sociedad como respuesta a *para qué* (12) de las regulaciones represivas y propone un *monismo normativista* carente de límites externos (13). Vale la pena un pequeño excursus en relación a ciertas aporías en el ámbito normativo: ha de tenerse en cuenta que normalmente una violación de los límites entre Derecho penal (entendido como legislación vigente) y Política criminal suele llevar ineluctablemente a una falacia *normativista*. Por el contrario, una transgresión a los cotos existentes entre Derecho penal (en el sentido de legislación vigente) y la Criminología culmina a menudo en una falacia *naturalista*.

Expresa JAKOBS: «...el funcionalismo jurídico-penal se concibe como aquella teoría según la cual el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad» (14). Continúa el que fuera profesor en Bonn: «...es imposible desgajar al Derecho penal de la sociedad; el Derecho penal

indisponibilidad del sistema, lo cual es un evidente yerro: «No existe ninguna teoría del delito que pueda ser más que un proyecto transitorio o efímero» (Jescheck, Hans H. y Weigend, Thomas, Tratado de Derecho Penal. Parte General, trad. Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002, p. 232. En el mismo sentido, HRUSCHKA, Joachim, «¡Repensar el Derecho penal! Reflexiones a propósito del libro Rethinking Criminal Law de George P. Fletcher» en Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación, trad. Juan Ignacio Piña Rochefort, Thomson-Aranzadi-Garrigues Cátedra, Navarra, 2005, p. 241). Quién, en el fascinante camino del matiz y la filigrana dogmática, no ha sentido el vacío derivado de la ignorancia respecto a si se ha tomado una correcta decisión en cuanto al valor. Es que en la base de una acción de preferir una solución en relación a otra se encuentra una valoración (Cfr. Alexy, lug. cit., p. 27). Sin embargo, lo apuntado es un problema de perfeccionamiento de la Lógica preferencial. Nada dice acerca de la inviabilidad de la clausura del sistema.

(11) ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, I, 7/69, p. 225.

(12) «Desde un punto de vista histórico, el análisis funcional es una modificación de la explicación teleológica, es decir, de la explicación no tanto por referencia a causas que “producirán” el hecho en cuestión, sino por referencia a fines que determinan su curso» (Cfr. HEMPEL, Carl G., *La explicación científica*, trad. varios, Paidós, Barcelona, 2005, p. 399). Sobre la *ambigüedad* del vocablo, NAGEL, Ernest, *La estructura de la ciencia*, trad. Néstor Míguez, Paidós, Buenos Aires, 1968, pp. 470 a 473.

(13) SILVA, lug. cit., p. 38.

(14) Cfr. JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez, Civitas, Madrid, 1996, p. 15.

constituye una tarjeta de presentación de la sociedad altamente expresiva...» (15). En lo que aquí interesa, el autor culmina: «...existe una dependencia recíproca entre la sociedad y el Derecho penal: cabe pedir al Derecho penal que realice esfuerzos para asumir nuevos problemas sociales, hasta que el sistema jurídico alcance complejidad adecuada con referencia al sistema social del mismo modo que a la inversa el Derecho penal puede recordar a la sociedad que se deben tener en cuenta ciertas máximas que se consideran indisponibles. Pero ello debe ser compatible con las condiciones de la evolución. *Ni el sistema social ni el sistema jurídico saltan por encima de su propia sombra*» (16).

Es distinto también al *funcionalismo monista-individualista* (17). En este último caso, se trata de una perspectiva de carácter minimalista y metodología empirista, orientada a las consecuencias y reconducida al bien jurídico (18) (principio de lesividad u ofensividad), como límite externo de la actividad legislativa y de la construcción analítica, y conducto de regreso al buen Derecho penal liberal.

Asimismo, asume contornos propios respecto del *análisis económico del Derecho*, de origen estatal liberal, el cual pretende obtener el mayor rédito de las instituciones jurídicas en la distribución de bienes escasos dentro de una sociedad determinada (principio utilitario) (19).

En el funcionalismo radical el límite del Derecho penal se encuentra en su *eficacia* (capacidad de lograr el efecto que se desea o espera), entendida como la reafirmación de los valores o las normas básicas de la sociedad. En el análisis económico del Derecho, si bien también se alude a similar –no idéntico– desiderato, aquí se hace referencia a una perspectiva diferente: contribución a la mayor *eficiencia* (capacidad de disponer de algo para conseguir el efecto determinado) económica (20).

(15) JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional* cit., p. 22.

(16) JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional* cit., p. 24. La cursiva es nuestra.

(17) SILVA, *Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites*, cit., p. 39.

(18) HASSEMER, Winfried, «Rasgos y crisis del Derecho penal moderno» en *Anuario de Derecho y Ciencias Penales*, Ministerio de Justicia, trad. Elena Larrauri, Madrid, enero-abril 1992, tomo XLV, fasc. I, pp. 235 y 236.

(19) CONGREGADO RAMÍREZ DE AGUILERA, Emilio; POMARES HERNÁNDEZ, Ignacio y RAMA MATÍAS, Elena, «Análisis económico del Derecho: una visión selectiva de la literatura reciente» en *Derecho y conocimiento*, vol. 1, Facultad de Derecho, Universidad de Huelva, p. 332. También, POSNER, Richard, «El análisis económico del Derecho en el *common law*, en el sistema romano germánico y en las naciones en desarrollo» en *Revista de Economía y Derecho*, vol. 2, núm. 7, Perú, 2005, pp. 8 a 10.

(20) RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, «Retos actuales de la Política criminal y la dogmática» *Conferencia dictada en el marco de la Carrera de Especialización en Derecho penal dictada por U.N.L. –U.N.C. (Córdoba, Argentina)*, 2003, p. 21.

2. El segundo, y tradicional, es aquel que parafrasea al conjunto de decisiones estatales (de cualquiera de las funciones del Poder) que, en procura de objetivos definidos previamente, determina los delitos y sus consecuencias jurídicas (penas y medidas de seguridad en el sistema binario tradicional; *reparación* pública del daño ocasionado a la víctima y *consecuencias jurídicas accesorias* para las personas jurídicas, como tercera y cuarta vías de manifestación contemporánea), organiza las respuestas públicas, tanto para impedirlos (prevención) como para sancionarlos (represión), determinando los órganos y los procedimientos a tal fin (21).

Es aquí donde –según frase remanida de V. LISZT– el Derecho penal se convierte en *límite infranqueable de la Política criminal, como Magna Carta del delincuente* (22) –reformulada por Naucke (23): *Magna Carta del ciudadano* (24)–. Con lo cual no se quería decir otra cosa que la finalidad político-criminal y la voluntad del juez penal tienen sus límites en la ley. «La ley no sólo es para el condenado, fundamento de su condena, sino también protección ante los excesos, garantía de equidad y control» (25).

En el último de los ámbitos descritos se suele afirmar que, por estos lares, no existen hoy líneas político-criminales transparentes que permitan colegir un conjunto ordenado de principios directivos.

Es mi visión que el aserto es relativo. Un detenido análisis de nuestro ordenamiento jurídico muestra claramente una marcada tendencia clasista –profundizada en los últimos años–. Adelanto opinión: la legislación penal no ha perdido su sesgo caracterológico; sigue

(21) *Mutatis mutandis*, CAFFERATA NORES, José I. y otros, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ciencia, Derecho y Sociedad, F.D.C.S., U.N.C., Córdoba, 2004, pp. 31 y 32.

(22) VON LISZT, Franz, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Bd., 1985, p. 80 («Über den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts» [Gutachten für die Allgemeine Versammlung der J.R.V, 1893], Mitteilungen, IV, Cf. A. u. V., II, 80, desarrollado a partir de pp. 75 y ss.). El texto –según lo expresa ROXIN (*Política criminal y estructura del delito* cit., p. 46)–, adviértase, proviene de los últimos años del siglo XIX. Asimismo, VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, trad. de la 20.^a ed. alemana por Luis Jiménez de Asúa, Reus, Madrid, 1927, II, p. 65: «El Derecho penal es la barrera intransgredible de la Política criminal».

(23) NAUCKE, Wolfgang, *Derecho penal. Una introducción*, trad. Leonardo Germán Brond, Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 84.

(24) La cual no debe confundirse con idéntica expresión utilizada por HASSEMER, Winfried, pero en sentido antitético («El destino de los derechos del ciudadano en un Derecho penal “eficaz”» en *Persona, mundo y responsabilidad*, trad. Francisco Muñoz Conde, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 82).

(25) HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del Derecho penal*, trad. Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona, 1982, p. 246.

siendo una racionalización de la ley del más fuerte sobre el más débil, del que tiene más poder en relación a quien no lo posee –o sólo alberga una pequeña dosis del mismo- en una sociedad determinada. La legislación penal no ha podido desprenderse de ese lastre discriminatorio.

La expansión del Derecho penal –manifestada a través de la proliferación de nuevas y agravadas figuras delictivas (26) y la reinterpretación –en pos de su flexibilización– de las garantías clásicas del Derecho penal sustantivo y procesal (27)» es un fenómeno masivo en Occidente (28).

Sobre proliferación de legislación penal en Argentina; principalmente en el primer lustro del siglo; ha descrito Arocena: «En nuestro país, y en el lapso comprendido entre el 1 de enero de 2000 y el 30 de mayo de 2004, se promulgaron *quince leyes* que modificaron el Código Penal...» (29). Más adelante agrega el jurista mediterráneo: «...el ensanchamiento del Derecho criminal se concreta en leyes que *amplían el ámbito de lo penalmente prohibido*, ya creando nuevas figuras delictivas, ya ampliando los tipos penales existentes; en otros, aquél se materializa en conjuntos normativos que *endurecen la sanción prevista* como consecuencia para los ilícitos ya incluidos en el ordenamiento jurídico vigente» (30).

La mayoría de estas normas han tenido que ver con el encarnizamiento del Derecho penal nuclear (31). La expansión, antes que *extensiva* (ampliación del discurso represivo a nuevos sectores), ha sido *intensiva* (incremento de la punición de cierto tipo de delincuencia clásica). No obstante, ampliando el vaticinio *temporal*, realizado décadas atrás por Gimbernat, a los ámbitos *espacial y personal*, podríamos asegurar en el presente que *en Argentina hay Derecho penal para rato, para todo y para todos*, aunque la aplicación siga siendo selectiva. Y seguimos importando más Derecho penal (32); la «globalización» nos deglute. Pareciera un fenómeno universal: «En el ámbito de la discusión pública sobre los problemas

(26) CANCIO MELIÁ, Manuel, *lug. cit.*, p. 123.

(27) El análisis en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 1999, p. 17.

(28) Ver ESER, Albin, «La nueva evolución del Derecho penal económico» en *Revista de Derecho Penal*, 2000-2, Rubinzal-Culzoni, 2001, p. 41.

(29) AROCENA, Gustavo, *Inseguridad urbana y ley penal*, Alveroni, Córdoba, 2004, p. 20. La enumeración exhaustiva en CESANO, José D., «Introducción: el expansionismo penal como nota distintiva de la Política criminal argentina reciente» en *Reformas al Código Penal*, coord. Gustavo Aboso, B de F, Montevideo – Buenos Aires, 2005, pp. 9 a 18.

(30) Arocena, *ob. cit.*, p. 20. En el Derecho comparado, Ragués i Vallés, Ramón, *lug. cit.*, p. 3.

(31) Cfr. CESANO, José D., «Discurso de emergencia y política criminal: derivas de la Política criminal argentina en los albores del Siglo XXI (Entre el simbolismo y el resurgimiento punitivo)» en *Derecho contemporáneo*, Serie Azul, Gustavo Arocena y Fabián I. Balcarce (directores), vol. 6, Mediterránea, Córdoba, 2004. Una dura crítica a este expansionismo penal es lanzada por BUOMPADRE, Jorge E., en la *presentación a la séptima edición de Derecho penal. Parte especial*, originaria de CARLOS CREUS y puesta al día por el primero, Astrea, Buenos Aires, 2007, I, p. V.

(32) Ley nacional núm. 26.628 que regula lo vinculado a la *asociación ilícita terrorista y financiación del terrorismo*.

sociales puede considerarse como una tendencia generalizada en todos los partidos políticos la reacción permanente e inmediata mediante la llamada al Derecho penal» (33). Mucho tiene que ver con este presente la abrumadora aceptación de la *prevención general* como teoría de la pena: «La prevención general expresada como teoría de la pena y su imposición significan que cada intervención a costa del individuo desviado normativamente habrá de conducir, al mismo tiempo, al bienestar general –en el Derecho penal del Estado como instrumento de la política social, en el sentido amplio y dentro de la praxis penal de la vida cotidiana, como estabilizador de las normas y de los grupos a los que se hace referencia» (34). Más aún: «... el Derecho penal estabiliza mediante la ayuda de leyes severas la confianza jurídica de la población y de las normas sociales relativas al Derecho» (35).

Se puede afirmar en tal sentido, sin temor al yerro, la existencia de un *Derecho penal de marginados* que discurre por el Derecho penal, sustantivo y procesal, en forma secuencial: *delitos de tenencia o residuales, criminalística de precinto, perquisiciones ilegales, flagrancia como sustituta del sistema de la teoría analítica del delito, aplicación de teorías de la excepción a las exclusiones probatorias* y, por fin, *juicio abreviado*.

Propongo, entonces, relevar, una a una, las características apuntadas en el párrafo anterior.

II. LOS DELITOS DE TENENCIA COMO ESPECIE DE LOS DELITOS PERMANENTES Y DE PELIGRO ABSTRACTO

Existe la inveterada costumbre de dividir a los delitos en activos y omisivos, según se lesione una prohibición (comisión) o un mandato [omisión propia y omisión impropia (36)]. No obstante, se ha relevado una tercera categoría: los delitos de *tenencia*. Se trata de aquellos que describen expresamente la actividad punible como el «tener» una cosa incriminada. Los delitos de tenencia son delitos de peligro abstracto.

En forma gráfica, Hassemmer ha expuesto: «Una sola ojeada a los códigos penales actuales muestra que los delitos de peligro abstracto son la forma delic-

(33) ALBRECHT, Peter-Alexis, «El Derecho penal en la intervención de la política populista» en *La insostenible situación del Derecho Penal*, trad. Ricardo Robles Planas, Comares, Granada, 2000, p. 471.

(34) HASSEMER, Winfried, «Prevención general y aplicación de la pena» en *Principales problemas de la prevención general*, trad. Gustavo Aboso y Tea Löw, B. de f., Buenos Aires-Montevideo, 2004, p. 52.

(35) HASSEMER, Winfried, *lug. cit. en nota anterior*, p. 56.

(36) Crítico de la denominación *comisión por omisión*, KAUFMANN, Armin, *Dogmática de los delitos de omisión*, trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006, p. 279.

tiva que corresponde al Derecho penal moderno. Los delitos de peligro concreto o la lesión parecen anticuados» (37). No obstante, resulta inconcuso que un programa político fundado en la proliferación de los delitos de peligro abstracto trae aparejado un problema que Günter Teubner ha caracterizado como *trilema regulador* (regulatorisches Trilemma): a. la indiferencia recíproca del Derecho y la sociedad; b. la desintegración social a través del Derecho y, c. la desintegración del Derecho a través de expectativas excesivas de la sociedad (38).

En Argentina se han receptado legislativamente ciertos paradigmas de esta «modalidad conductual» –si así se la puede llamar–, a saber:

1. Tenencia y portación de armas (39)

El artículo 189 bis, inc. 2.º, del CP, dispone: *La simple tenencia de armas de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal, será reprimida con prisión de seis meses a dos años y multa de mil pesos a diez mil pesos.*

Si las armas fueren de guerra, la pena será de dos a seis años de prisión.

La portación de armas de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal, será reprimida con prisión de uno a cuatro años.

Si las armas fueren de guerra, la pena será de tres años y seis meses a ocho años y seis meses de reclusión o prisión.

Si el portador de las armas a las cuales se refieren los dos párrafos que anteceden, fuere tenedor autorizado del arma de que se trate, la escala penal correspondiente se reducirá en un tercio del mínimo y del máximo.

La misma reducción prevista en el párrafo anterior podrá practicarse cuando, por las circunstancias del hecho y las condiciones personales del autor, resultare evidente la falta de intención de utilizar las armas portadas con fines ilícitos.

(37) HASSEMER, Winfried, *Rasgos y crisis del Derecho penal moderno*, cit., p. 242.

(38) HERZOG, Félix, «Límites al control penal de los riesgos sociales (Una perspectiva crítica ante el Derecho penal en peligro)» en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, trad. Elena Larrauri Pijoán y Fernando Pérez Álvarez, enero-abril, 1993, pp. 194 y 195.

(39) Ley nacional núm. 25.886, artículo 1.º (B.O.N., 05/05/2004). En una promiscuidad legislativa digna de crítica, el conocimiento de los hechos a subsumir en los incisos 1.º, 3.º y 5.º del artículo se ha otorgado a la jurisdicción federal (art. 3.º de la ley). Las consideraciones puntuales sobre estas figuras delictivas en BALCARCE, Fabián I., *Armas, municiones y materiales peligrosos en el Código Penal (art. 189 bis)*, Lerner, Córdoba, 2004, pp. 75 a 112.

En los dos casos precedentes, se impondrá, además, inhabilitación especial por el doble de tiempo de la condena.

El que registrare antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas, o se encontrare gozando de una excarcelación o exención de prisión anterior y portare arma de fuego de cualquier calibre, será reprimido con prisión de cuatro a diez años.

La elevación de los mínimos en abstracto de la pena privativa de la libertad en el Código de fondo incide en la aplicación de los Códigos de forma. Se subvierten los sistemas, tanto el nacional como los provinciales, de mantenimiento –exención– o recuperación –excarcelación– de la libertad durante la sustanciación del proceso penal a través de la elevación de los mínimos de las penas de prisión o reclusión, impidiendo de esta manera la prognosis de condenación condicional –prevista para los delitos sancionados con pena de prisión de tres años o menos (CP, art. 26)– y, casi automáticamente, proclamando la prisión preventiva hasta el momento de la sentencia (40) (*falacia sustantivista*).

Históricamente, con la introducción de estos tipos, el legislador nacional –atento a nuestro sistema federal, en donde los CPP quedan en manos de los Estados locales (salvo el federal) y el CP incumbe a la Nación– ha manipulado las instituciones procesales. Se ha propiciado, de este modo y paralelamente, la profundización de la crisis de nuestro supuesto federalismo y un resurgir del punitivismo (41).

2. Tenencia de estupefacientes (42)

El artículo 14 de la ley nacional núm. 23.737, de jurisdicción federal, prevé: *Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de ciento doce mil quinientos a dos millones doscientos cincuenta mil australes el que tuviere en su poder estupefacientes.*

La pena será de un mes a dos años de prisión cuando por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal.

(40) La manipulación ha sido denunciada en Alemania por VOLK, Klaus («La dogmática clásica de la Parte General ¿Amenazada de extinción?» en *La verdad sobre la verdad y otros estudios*, trad. Eugenio Sarabayrouse, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, p. 159).

(41) Cfr. CANCIO, lug. cit., p. 132.

(42) La crítica puntual en FALCONE, Roberto y CAPPARELLI, Facundo, *Tráfico de estupefacientes y Derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 169 a 171.

Los *delitos de tenencia* han sido sometidos a una constante diatriba: se trata, en opinión de prestigiosos juristas, de un traspié legislativo en donde se castiga en un estadio claramente previo a la lesión del bien jurídico (43). Se afirma que la expresión «tener» no describe en absoluto formas de conducta humana.

La prohibición genérica de posesión de objetos peligrosos persigue aquellos fines que ponen en peligro un bien jurídico, con lo que la prohibición da pie a una mera pena por la sospecha (44).

Según la forma gramatical «tener» es un verbo que parece expresar una actividad. Sin embargo, el uso lingüístico entiende por «tener» o «tenencia», ante todo, relaciones de determinada clase entre una persona y una cosa: «A» tiene una casa, un auto, una empresa, etc. Pero la palabra «tener» puede expresar que a una persona le corresponden determinadas propiedades o capacidades: «A» tiene humor, comprensión, un conocimiento extraordinario de la lengua castellana, un gran talento musical, buen gusto. Con la palabra «tener» también son descritas relaciones entre personas: «A» tiene una mujer, dos hijos, pero ya no padres. Además, con ella puede ser caracterizada la estima –positiva o negativa– que se le profesa a una persona o a una cosa: «A» tiene el afecto de su familia, el respeto de sus colegas, la confianza de sus colaboradores, pocos enemigos. Ninguno de estos significados concierne ni remotamente a una conducta. En el lenguaje de la ley civil la palabra «tener» refiere a una relación de dominio y no a una actividad (45).

Ahora bien; el «tener» como «hacer» puede presentarse: a) como adquisición de la tenencia por medio de una acción; b) impedir mediante una acción la pérdida de la tenencia; c) emplear o utilizar la cosa. De todas formas, adquirir una cosa precede al tener. La preservación tampoco describe material y lingüísticamente una conducta que pueda ser caracterizada como un mero tener. Por último, el empleo del objeto incriminado como subsunción en tenencia conduce a intrincadas dificultades en las reglas sobre el concurso de hechos punibles, dado que, por ejemplo, la utilización de armas, ya está abarcado por otros numerosos tipos penales. A partir de la sensibilidad lingüística

(43) Cfr. NESTLER, Cornelius, «El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes» en *La insostenible situación del Derecho Penal*, trad. Guillermo Benloch Petit, Comares, Granada, 2000, p. 65.

(44) NESTLER, *lug. cit.*, p. 67.

(45) Sigo en esto el pensamiento de STRUENSEE, Eberhard, «Los delitos de tenencia» en *Problemas capitales del Derecho penal moderno*, trad. Fernando Córdoba, Buenos Aires, 1998, pp. 107 a 112.

parece altamente dudoso concebir el empleo, uso o utilización de una cosa como subcasos de un tener activo.

Asimismo, «tener», como ejercicio del poder de hecho sobre una cosa, describe la relación de coordinación entre una cosa y persona y presupone, evidentemente, que la persona no se haya desecho de la cosa. Pero no puede ser concebido materialmente como la omisión de abandonar la tenencia.

En síntesis: racionalmente, el legislador debería declarar punibles sólo acciones aprehensibles, como la adquisición no permitida de armas. Junto a ello podría ser necesario crear tipos omisivos de contornos claramente trazados. En cambio, un tipo como el de tenencia no permitida –que según su tenor literal declara punible un mero estado y que tampoco por vía de interpretación llega a más que a una figura amorfa– no deberían existir.

Según la concepción dominante, los tipos de tenencia forman parte de los delitos permanentes. En ellos el ilícito se intensifica en la medida de la intervención en el bien mediante un actuar u omitir posterior del autor. La conducta delictiva se prolonga entonces en la conducta siguiente, en la que es posible la participación, que impide la prescripción, etc. Esta definición es más precisa, porque para que la admisión de un delito permanente se base expresamente en una conducta posterior, falta la aclaración de que la conducta posterior debe realizar el mismo tipo de delito de comisión o un delito impropio de omisión que se le corresponde. En los delitos de tenencia esta clasificación presupone que en el tener ha de ser vista una *conducta* delictiva del autor.

Expresan Fiandaca-Musco: «Actualmente la doctrina dominante rechaza la denominada concepción *bifásica* del delito permanente, según la cual la fase de la llamada instauración se realiza con una acción y aquella del mantenimiento con una omisión. En efecto, se reconoce que también la fase de la instauración puede ser realizada con una omisión, mientras que se admite que el estado antijurídico puede ser mantenido, con acciones positivas» (46).

En fin: este modo de tipificar se aleja ineluctablemente del Derecho penal de hecho (acción u omisión).

III. TIPOS RESIDUALES Y SUBSIDIARIOS

Aunque con diferencia de naturaleza en relación a los anteriores, la *receptación* forma una suerte de *pack* con la tenencia de estupefa-

(46) FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo, *Derecho Penal. Parte General*, trad. Luis Niño, Temis, Bogotá, 2006, p. 206.

cientes y la tenencia y portación de armas y cierra el conjunto de reglas propias del Derecho penal sustantivo de los marginados.

Dispone el artículo 277, inc. 1.º, ap. c., CP: *Será reprimido con prisión de seis meses a tres años el que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado... adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos provenientes de un delito.*

Aunque la ley contiene múltiple cantidad de *verbos típicos* (47) (adquirir, recibir, ocultar) en la cotidianeidad, en el plano empírico, la tenencia de los objetos, mencionados en la manda, lleva a la incriminación del sujeto poseedor.

En la práctica, por otra parte, el *encubrimiento* se presenta como figura residual. Un caso paradigmático de consunción. Constituye la realización de un nuevo tipo penal cuyo contenido es el aseguramiento o la utilización de la cosa adquirida delictivamente (48) (agotamiento). Los meros delitos de aprovechamiento quedan desplazados por el delito de adquisición, como verdadero centro de gravedad del ataque delictivo, en tanto no le irroguen al afectado un daño enteramente nuevo o no se dirijan contra un bien jurídico nuevo. Ante la falta de prueba del delito principal, el delito de aseguramiento sirve para facilitar la represión y eliminar la posibilidad de una laguna de punibilidad.

IV. CRIMINALÍSTICA DE PRECINTO

La actividad investigativa en la especie delictiva anteriormente desarrollada tiene como resorte un difuso *olfato policial*. Con tal expresión hago referencia al reconocimiento político, como eficaces, de ciertas intuiciones adquiridas a través de la experiencia por integrantes de las fuerzas policiales administrativas –preventiva– (por oposición a la policía judicial –represiva–) que, supuestamente, facilitarían el esclarecimiento de conductas de carácter delictivo. A semejanza de los canes, los funcionarios se convierten en *sabuesos* con un particular don de adivinación. Normalmente la materia indiciaria, que precede al procedimiento policíaco, se encuentra en el color de la piel del supuesto sujeto activo, su origen, la edad, el largo de su cabello, la

(47) Sobre los comportamientos típicos, Creus-Buompadre, *ob. cit.*, 2, § 2251, p. 379; Núñez, Ricardo C., *Tratado de Derecho Penal*, Lerner, Córdoba, 1992, V, vol. II, p. 184. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, 3.ª ed., 10.ª reimpr., act. Manuel Bayala Basombrío, Tea, Buenos Aires, 1992, V, p. 348.

(48) BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal*, Temis, Bogotá, 1998, p. 242.

bijou (aros, *piercing*, etc.), accesorios y tatuajes explícitos, la vestimenta utilizada, los sitios a donde asiste y los lugares de donde proviene, etc.

La prerrogativa otorga a estos sujetos un amplio campo en el proceso de criminalización primario, constituyéndose así en quienes van a determinar la futura «clientela» estable del sistema penal.

V. PERQUISICIONES ILEGALES

El *olfato policial* presume un entuerto penal. El paso siguiente es la coerción directa. El funcionario dispone una perquisición, *motu proprio* (facilitada por determinada normativa que la autoriza en ciertos supuestos de excepción) o solicitándola al órgano judicial competente: 1. requisa o, 2. allanamiento.

La *requisa* es la medida de coerción (generalmente subsidiaria de la orden de presentación) destinada a la búsqueda, que afecta la privacidad corporal de una persona, dispuesta por un órgano judicial cuando hubiere motivos suficientes (o bastantes) para presumir que oculta en su cuerpo, o en el ámbito de lo que lleva puesto sobre él, cosas relacionadas con un delito (*instrumenta sceleris* o *producta sceleris*).

El *allanamiento* también es un acto de coerción limitativo de la intimidad hogareña, consistente en el flanqueamiento compulsivo de un lugar cerrado en contra de la voluntad (expresa o presunta) del morador, dispuesto por la autoridad judicial, cumplido por ella o sus delegados procesales, con formalidades esenciales, cuando existen motivos bastantes para sospechar que se puede encontrar al sospechoso de haber cometido un ilícito penal o cosas pertinentes al delito.

Ambos modos de coerción forman parte de lo que se muestra idealmente como sector básico del *Derecho penal procesal del enemigo* (49) o como parte integrante de lo que algunos autores locales han denominado *una concepción bélica del proceso penal* (50). Expresa Jakobs (51): «Esta coacción no se dirige contra la persona en

(49) Designación que obedece a la nomofilaquia promovida por JAKOBS («Kriminalisierung in Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung» en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 97, 1985, pp. 751 y ss.). Existe traducción castellana de Enrique Peñaranda Ramos en una colectánea del autor citado: «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico» en *Fundamentos del Derecho Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 179.

(50) CAFFERATA y otros, *lug. cit.*, p. 347.

(51) JAKOBS, Günther, «Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo» en *Derecho penal del enemigo*, Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, trad. del último, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, p. 45. También, JAKOBS, Günther,

Derecho —ésta ni oculta pruebas ni huye—, sino contra el individuo, que con sus instintos y miedos pone en peligro el decurso del ordenamiento del proceso, es decir, se conduce, en esa medida, como enemigo». El sujeto no es tratado como persona, concepto normativo y propio del ámbito comunicativo, sino como enemigo, paradigma aferrado a lo cognitivo y atinente al mundo de la naturaleza.

La ley, atento el alejamiento del Derecho penal del ciudadano que llevan aparejadas estas medidas, exige *fumus bonis iuris* y *periculum in mora*.

En cuanto a lo primero, requiere un conjunto de elementos probatorios de cargo que demuestren la vinculación del sujeto restringido en sus derechos individuales con la realización de un hecho delictuoso.

Respecto de lo segundo, resulta indispensable el riesgo inminente de desaparición de los datos objetivos que puedan servir para el esclarecimiento del supuesto de hecho concreto o la elusión de la acción de la justicia por el sospechado.

Ambos conceptos en latín provienen del Derecho procesal civil. Tiene que ver con la preexistencia de elaboración dogmática, respecto de principios generales para las medidas cautelares, en aquel tipo de proceso. En efecto: «El paso siguiente que efectuó la doctrina fue adaptar los conceptos elaborados en la ciencia del proceso civil al ámbito del proceso penal» (52).

VI. FLAGRANCIA Y PRIVACIÓN CAUTELAR DE LA LIBERTAD

Los delitos de tenencia —también el de receptación—, por su particular estructura, contienen una singular cualidad: su detección se produce en estricta flagrancia; esto es, en el momento en que precisamente se están «cometiendo»; en el instante en que se está «teniendo» (¡!).

Resulta sorprendente que la *flagrancia*, minúsculo presupuesto probatorio de la existencia del hecho delictuoso, se pretenda transformar en la exhaustiva adscripción de una acción típicamente antijurídica y responsable social e individualmente. El trámite procesal, en estos casos, aniquila el esfuerzo científico del

«¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad» en *Derecho penal del enemigo*, colectánea de Jakobs, Polaino Navarrete y Polaino Orts, trad. Manuel Cancio Meliá, Mediterránea, Córdoba, 2007, p. 38.

(52) MARÍN GONZÁLEZ, Juan, «Las medidas cautelares personales en el nuevo Código Procesal Penal chileno» en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año IX, núm. 15, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, p. 703.

sistema propio de la teoría del delito. El Derecho penal procesal tergiversa al Derecho penal sustantivo.

En una sociedad, donde los avances científicos y tecnológicos nos han sobrepasado, que se siga teniendo a la flagrancia como piedra de toque, del único segmento de eficiencia de la administración de justicia penal (Derecho penal de pobres) en la acreditación de conductas criminales, debería preocupar.

El hecho denota directamente la comisión de un comportamiento subsumible en la figura de tenencia o receptación. La requisita y el allanamiento se convierten en núcleo de obtención de la prueba de cargo.

Más aún: por tratarse de delitos de acción pública (CP, art. 71) y estar sancionados con pena privativa de la libertad, traen aparejada la privación cautelar de la libertad de la persona objeto del procedimiento en forma de aprehensión o detención. La captura del sospechoso resulta parte de la normalidad, lo cual tiende a ratificarse a nivel judicial en virtud de las penas en abstracto dispuestas para la figura delictiva (improcedencia de la condenación condicional), los antecedentes penales con los que cuenta el sujeto (generalmente, hechos de la misma entidad) o la falta de residencia (debido a los bajos recursos del encartado).

VII. APLICACIÓN DE TEORÍAS DE LA EXCEPCIÓN A LAS EXCLUSIONES PROBATORIAS

Los derechos individuales reconocidos a nivel constitucional son inmarcesibles. Sólo pueden ser restringidos en los confines de la reglamentación pertinente, en tanto no se violente el espíritu de los mismos.

Normalmente, la reglamentación tiende a limitar esos derechos individuales con el objeto de garantizar que el Estado, en la búsqueda de prueba de cargo, dentro de un proceso penal, pueda hacer uso de coerción. Por ejemplo, el domicilio es inviolable pero puede ser allanado con las formalidades previstas por las leyes pertinentes.

Toda prueba que se obtenga transgrediendo los principios constitucionales relativos a los derechos individuales y las leyes que en su consecuencia se dictan, se constituye en ilícita.

Según la *regla de exclusión*, ningún elemento que se haya obtenido, en forma directa, violando reglas constitucionales o los procedimientos legales previstos, puede tener, dentro del proceso penal,

eficacia probatoria (53). Fue inicialmente adoptada por la Corte Suprema federal estadounidense en el precedente *Weeks vs. Unites States* (54). Su finalidad es netamente preventiva. Pretende disuadir a los órganos de la persecución penal de incurrir en violaciones futuras a tales preceptos. Es que sería una contradicción fundamental pretender convertir al Estado en beneficiario de un ilícito.

De acuerdo a la *doctrina del fruto del árbol envenenado* todos aquellos elementos probatorios que sean derivación de una restricción ilegal de derechos individuales tampoco pueden tener validez probatoria en contra del sometido al proceso penal (55).

No obstante, existe una fuerte y «persuasiva» doctrina que promueve la existencia de *excepciones* a las mencionadas exclusiones probatorias basadas en distintos argumentos. A fin de eludir el coto anterior se brindan disímiles tesis para excepcionar a la regla de exclusión: a. A los elementos de cargo se puede llegar por medios probatorios legales presentes que no tienen conexión con la violación constitucional (*fuerza independiente*); b. El elemento de prueba se habría adquirido indefectiblemente en el futuro (*descubrimiento inevitable*); c. La prueba (dato) se obtuvo sin intención de infringir principios constitucionales –ora, por error; ora, por ignorancia– (*buena fe*); d. La propagación del vicio se encuentra atenuada por la falta de intermediación entre el elemento de prueba a utilizar y el acto original realizado en forma ilegal (*purgad taint*); e. La gravedad del acto ilegal es de menor envergadura a las consecuencias que traería aparejada la eventual ineficacia del elemento de prueba (*proporcionalidad*); e. La infracción a la regla, la cantidad de invasión y la conciencia de violación es inferior al daño que la exclusión podría ocasionar (*balancing test*), etc. (56).

La secuencia, pues, es la siguiente: en el proceso penal todo se puede probar y por cualquier medio de prueba –*principio de libertad probatoria*– (i). No obstante, existen hechos que no se pueden probar (prohibición probatoria absoluta) y determinados medios de prueba inadmisibles (prohibición probatoria relativa) –*exclusiones probato-*

(53) Corrobórese EDWARDS, Carlos E., *La prueba ilegal en el proceso penal*, Lerner, Córdoba, p. 45. Asimismo, JAUCHEN, Eduardo M., *Tratado de la prueba en materia penal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, pp. 613 y 614.

(54) 232 U.S. 383 (1914). Cfr. GUARIGLIA, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, Ed. del Puerto, 2005, p. 13. HAIRABEDIÁN, Maximiliano (*Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, p. 38) remonta el origen a *Boyd vs. U.S.* (116 U.S. 616 –1886–).

(55) De manera similar Edwards, *ob. cit.*, p. 93; Jauchen, *ob. cit.*, p. 628.

(56) Me he fundado en la exposición de Hairabedián (*ob. cit.*, pp. 67 y ss.).

rias– (ii). Sin embargo, existen ciertos argumentos que facilitan la acreditación del hecho o la introducción del elemento de prueba *prima facie ilícito*, recuperando vigencia la regla general –*excepción a las exclusiones probatorias*– (iii).

He de realizar algunas precisiones acerca de mi visión sobre el tema:

El proceso penal es Derecho constitucional reglamentado o reformulado (57). El Derecho penal (y particularmente, el procesal) es el *termómetro de la libertad política* (58). Los Códigos Procesales Penales reglamentan los *standars* valorativos previstos en las Cartas Magnas. En tal sentido, a fin de facilitar la actividad del Estado en la persecución, investigación y condena de hechos delictuosos, el legislador constituyente limita los derechos individuales del ciudadano. Así las cosas, la persona puede verse privada de la libertad individual compuesta por la libertad de autodeterminación (v.gr., citación), la libertad de movimiento (ej., aprehensión, captura) y la libertad ambulatoria (v.gr., prisión preventiva) (CN, arts. 14 y 18) en virtud de la restricción denominada en forma amplia *arresto* (paradójicamente privada de valencia semántica por nuestra doctrina, en razón de la interpretación ultraextensiva del mencionado vocablo en el art. 18 de la CN, el cual jurídicamente es vehículo de un derecho individual y no, como parece a la doctrina en general, una potestad represiva del Estado). También puede verse limitado el derecho a la libre comunicación y la privacidad de los papeles privados (CN, art. 18), mediante la intervención de comunicaciones y la interceptación de correspondencia. De la misma manera, a fin de permitir la actividad estatal se restringe el ámbito de intimidad domiciliaria (CN, art. 18), a través del allanamiento; o la intimidad física y psíquica, vía inspecciones personales o requisas; o el patrimonio, por conducto del secuestro o la clausura de locales. Pero éstos, son los límites máximos hasta donde puede ejercerse la violencia organizada del Estado.

Por ser excepcionales el Constituyente y el legislador común rodean a dichas perquisiciones de formalidades esenciales que deben precederle (motivos para presumir), rodearlo (auto fundado de autoridad competente) o seguirle (comunicación a los habitantes del lugar) a fin de evitar el exceso por parte de los delegados (policía o fuerzas de seguridad) (59). No debe olvidarse que «[e]l hecho de que el dere-

(57) MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, I, Fundamentos, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2002, § 3, p. 163.

(58) VON LISZT, Tratado cit., II, p. 56. Con cita de Vincenzo Manzini.

(59) Cfr. AYÁN, Manuel N., *Recursos en materia penal. Principios generales*, 2.ª ed., act. Gustavo A. Arocena y Fabián I. Balcarce, Lerner, Córdoba, 2001, p. 123.

cho procesal prescriba formas para el desenvolvimiento de la actividad de la administración de justicia y exija absoluta observancia de estas formas, encuentra su sentido profundo y su justificación en la experiencia de siglos acerca del *arbitrio de la autoridad y de los peligros de juzgamientos desprovistos de formalidades*» (60).

El *deber ser* de antaño se opone al *ser* actual: «Desde la presunción de inocencia y el principio de culpabilidad, a las reglas del debido proceso y la jurisdiccionalidad, pasando por la totalidad de los conceptos de la teoría del delito, el conjunto de principios y garantías del Derecho penal se contemplan como sutilezas que se oponen a una solución real de los problemas» (61).

Si el Estado distorsiona las formalidades exigidas para la mayor restricción del derecho individual, o lesiona en superior medida, a lo que le está permitido, el derecho, ya no existe *debido* proceso. En este caso se rompe el contrato y el Estado se transforma en una máquina productora de ilícitos, con serio riesgo para los derechos fundamentales. La defensa social —expresaba el maestro CARRARA (62)— puede llevar en ciertos casos a legitimar también la violación del derecho individual si se amplía el peligroso principio *salus publica suprema lex est*; pero esto no puede concederse en Derecho penal, pues al sustituirse por el dominio de la utilidad el dominio de la justicia, las leyes son llevadas a la violencia.

De otro modo: el legislador constituyente ha facilitado la actividad represiva del Estado por medio de excepcionales restricciones a derechos individuales esenciales (libertad individual, integridad física, la intimidad domiciliaria, física, psíquica, de los papeles privados o de las comunicaciones y el patrimonio), como último modo de acceder a prueba de cargo por los órganos de la persecución, dentro del proceso penal.

Ahora bien: utilizar nuevamente el argumento de la necesidad de garantizar la actividad represiva del Estado, facilitando la obtención de elementos de prueba acusatoria, a través de limitaciones a derechos individuales más allá de los casos excepcionales previstos por el legislador constituyente (o como los movimientos autoritarios hoy titulan: mediante excepciones a las exclusiones probatorias), es ingresar en

(60) SCHMIDT, Eberhard, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, trad. José Manuel Núñez, Buenos Aires, Eba, 1957, pp. 20 y 21. La cursiva es nuestra.

(61) Silva, *ob. cit.*, pp. 55 y 56.

(62) CARRARA, Francesco, *Programa del Curso de Derecho Criminal dictado en la Real Universidad de Pisa*, trad. Miguel Guerrero, Temis, Bogotá, II, § 815, p. 278.

una falacia denominada *círculo vicioso* (63). Se pregunta si se puede restringir los derechos individuales más allá de los límites previstos por la ley (constitucional y común). Se contesta que, más allá de las limitaciones a derechos individuales excepcionalmente previstas por el legislador, estas nuevas restricciones a los mismos se encuentran justificadas en holocausto a la función represiva del Estado. Lo que no se advierte en la aporía es que el mismo argumento alegado a favor de la excepción ya se encuentra ínsito en las restricciones originarias legalmente previstas.

Más explícito: Los derechos individuales se restringen en beneficio de la función represiva del Estado. A la pregunta ¿puedo restringir los derechos individuales más allá de lo previsto por la ley para asegurar la función represiva del Estado?, se contesta «Sí, para asegurar la función represiva del Estado» (!) (64).

Como expresa Luigi Ferrajoli (65), los principios ético-políticos, como los de la lógica, no admiten contradicciones, so pena de inconsistencia: pueden romperse, pero no plegarse a placer.

Continuando con la secuencia, en lo que respecta a los delitos de tenencia, el olfato policial determina la realización de una perquisición en contra de la persona del imputado o su morada con el objeto de obtener elementos relacionados con determinados supuestos delictivos. Normalmente, lo que se encuentra en el lugar son cosas relacionadas con otros delitos, diferentes al investigado (ej., en la casilla de las villas miserias argentinas o favelas brasileñas es común que la mayoría de los muebles que integran dicho hogar provengan inmediata o mediatamente de ataques contra la propiedad; que existan armas o ciertas cantidades de estupefacientes). En virtud principalmente de la teoría de la *buena fe*, como excepción a las exclusiones probatorias, se legitima el elemento de prueba de cargo obtenida y, de ese modo, en forma tangencial, se llega al resultado que se presumía de antemano: el sujeto en cuestión es, como era de esperar, un delincuente, aunque el hecho cometido sea distinto o se subsuma en figura delictiva diferente. Por otro lado, nuestra cultura resultatista cohonestada aquellos procedimientos que han tenido como consecuencia resultados exitosos (secuestro de grandes cantidades de cocaína o marihuana, arsenales o sinnúmero de elementos robados), aunque se hayan omiti-

(63) Véase TALE, Camilo, *Sofismas*, El Copista, Córdoba, 1996, pp. 43 y ss.

(64) En definitiva, «el fin justifica los medios» (HASSEMER, Winfried, «Rasgos y crisis del Derecho penal moderno» en *Anuario de Derecho y Ciencias Penales*, Ministerio de Justicia, Madrid, enero-abril 1992, tomo XLV, fasc. I, p. 239).

(65) FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, trad. varios, Trotta, Madrid, 1997, p. 555.

dos los requisitos de *fumus bonis iuris* y *periculum in mora* (teoría de la proporcionalidad).

Alcanza unas pocas órdenes de allanamiento o requisas *in situ* en determinados ámbitos espaciales de nuestro país (zonas de riesgo) para asegurar el flujo normal de ingreso de causas penales al sistema.

VIII. JUICIO ABREVIADO

El delito de tenencia o la receptación que llevan a la perquisición por la línea investigativa del olfato policial, a la privación de la libertad de quien es encontrado en situación de flagrancia y al mantenimiento de esta medida cautelar en virtud de los antecedentes penales del imputado, el elevado mínimo de pena para el delito endilgado o su falta de residencia, se resuelve en una novedosa institución del Derecho penal procesal, como es el *juicio abreviado*.

Se trata de una alternativa procedimental, y sustitutiva del juicio común tradicional, que requiere el acuerdo de fiscal e imputado, homologación del tribunal y la confesión previa, circunstanciada y llana de culpabilidad por parte del sometido a proceso penal, mediante la cual se dicta sentencia condenatoria fundada en las pruebas recogidas en la investigación penal preparatoria, no pudiéndose imponer una sanción más gravosa que la pedida por el órgano de la persecución (*ne est iudex ultra petita partium*) (66).

En virtud del sistema federal de proceso penal (un digesto y una estructura de administración de justicia distintos para la jurisdicción nacional y para cada una de las provincias) muchos Estados argentinos han receptado este procedimiento; algunos limitando los hechos delictuosos a los cuales el juicio abreviado puede aplicarse; otros (entre los que se encuentra Córdoba) permitiendo que la institución se aplique en cualquier tipo de causa (CPP, art. 415) y por cualquier clase de hecho.

La inserción de este producto de «eficiencia» ha traído varias consecuencias.

En primer lugar, el aumento de las penas que se imponen en los juicios comunes como una suerte de «venganza pública» por no acordar someterse al trámite celerísimo y económico apuntado.

En segundo lugar, la transformación de la garantía del juicio previo en un recuerdo arqueológico. Más del setenta por ciento de las

(66) VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, 2.^a ed., act. Manuel N. Ayán y José I. Cafferata Nores, Lerner, Córdoba, 1986, II, p. 233.

causas penales se resuelven por esta vía. El juicio abreviado se ha convertido en la regla, desplazando al juicio común a una excepción y, lo más grave, pareciera ser, a su paulatina desaparición práctica.

En tercer lugar, la confesión, al igual que en el sistema inquisitivo, se convierte en la «reina de las pruebas».

Así como a través de la modificación del Derecho penal sustantivo se bastardea muchas veces al Derecho penal procesal (recuérdese el aumento de los mínimos de las penas por el legislador nacional para evitar la aplicación de las normas procesales provinciales relacionadas a los institutos de exención de prisión o excarcelación), por vía de los acuerdos, en mayor o en menor medida, se maltrata al Derecho penal sustantivo; los engranajes de la dogmática no se ponen en marcha (67) (*falacia procesalista*). Nace un Derecho penal procesal simbólico; el juicio común es pura apariencia.

«Los acuerdos... se orientan, para todos los participantes, en primera medida por las consecuencias: si ya se alcanzó un acuerdo sobre ellas, ya podrán crearse y expresarse los presupuestos necesarios. Esa es la primera razón por la cual la dogmática, en los acuerdos, sólo desempeña un papel insignificante. No se requiere de la funcionalidad de la dogmática en el campo de los acuerdos, sino que ella es justamente, contraproducente» (68).

Finalmente, es una manera rápida para el imputado de conocer cuál es la moneda que se debe pagar al Estado por el delito y durante cuánto tiempo. Es que los plazos varían. El juicio abreviado se hace en un lapso temporal relativamente corto (69). El juicio común requiere una espera relativamente larga. Ni que hablar si el imputado opta por el juicio con tribunal escabinado (integración del tribunal –tres jueces técnicos– con dos jueces legos para delitos cuya pena máxima exceda los quince años de pena privativa de la libertad) en donde los tiempos pueden ser mucho más extensos.

El Estado, en síntesis, a través del juicio abreviado ha renegociado dos obligaciones que tradicionalmente le incumbían en el Derecho penal denominado liberal: su deber de brindarle al imputado, en un

(67) VOLK, La dogmática clásica de la Parte General ¿Amenazada de extinción? cit., p. 163.

(68) *Ibid.*, p. 163

(69) Por disposición legal (CPP Cba., art. 34 bis) las Cámaras en lo Criminal se dividen en tres Salas Unipersonales, las que procederán de acuerdo con las normas del juicio común, asumiendo la jurisdicción, respectivamente cada uno de los vocales, en ejercicio de las atribuciones propias del Presidente y del Tribunal encargado de aquél. En la actualidad el ejercicio de la jurisdicción en colegio es la excepción (CPP Cba., art. 34 ter).

tiempo razonable (70), respuesta jurisdiccional acerca de su responsabilidad por el hecho delictuoso y, por otro lado, la de sólo exigir –órgano de persecución– e imponer –órgano jurisdiccional– una pena proporcional al hecho cometido (principio de culpabilidad). A cambio de esta nimia seguridad –de cumplimiento obligatorio si estuviéramos en un pleno Estado de Derecho– solicita la confesión lisa y llana del enrostrado. Unido lo anterior a la relativización que en nuestro tiempo tiene la presunción de inocencia (para privar de la libertad a una persona después de un proceso y condena –como pena más grave del sistema–, se la priva de la libertad, ínterin, en forma cautelar) que obliga al ciudadano a permanecer entre rejas mientras espera resolución, llevan a concluir que la tortura, contemporáneamente, tiene el rostro sutil del juicio abreviado.

Ha de recordarse que «[l]a abolición de la tortura no obedeció a que dejó de creerse en el deber del sospechoso de decir la verdad, sino parcialmente por razones humanitarias sumadas al predominio de un punto de vista pragmático que consideraba escasa su utilidad comparada con el fin pretendido» (71).

IX. REVITALIZACIÓN DEL JUICIO ABREVIADO INICIAL

Aunque no se ha utilizado en la práctica, se recepta en la legislación (v.gr., Córdoba) el *juicio abreviado inicial* (CPP, art. 356) el cual puede llevarse a cabo hasta la clausura de la investigación penal (fiscal o jurisdiccional) preparatoria, siempre que la persona sometida a proceso haya sido aprehendida en flagrancia y confiese, siendo compe-

(70) La exigencia se encuentra ya en las Siete Partidas. Precisamente, la Partida Siete, título XXIX, Ley siete, afirmaba en su último párrafo: «Otrosí mandamos, que ningún pleyto criminal non puede durar más de dos años; e si en este medio non pudieren saber la verdad del acusado, tenemos por bien, que sea sacado de la cárcel en que está preso, e dado por quito; e den pena al acusador, assí como diximos en el título de las acusaciones, en las leyes que fablan en esta razón [sic]» (*Las Siete Partidas del Sabio Rey Alonso el IX, con las variantes de más interés, y con la glosa del Lic. Gregorio López, del Consejo Real de Indias de S.M.*, imprenta de Antonio Bergnes, Barcelona, 1844, IV, pp. 377 y 378. Cfr. BALCARCE, Fabián I., «La duración razonable del proceso» en *Cuadernos del Departamento del derecho procesal y práctica profesional*, nueva serie, núm. 1, F.D.C.S., U.N.C., Advocatus, Córdoba, 1996. También, Daniel PASTOR, *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*, Konrad Adenauer Stiftung – Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, p. 102, nota 13).

(71) VOLK, Klaus, «Verdad y Derecho material en el proceso penal» en *La verdad sobre la verdad y otros estudios*, trad. Eugenio Sarraabayrouse, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, p. 69.

tente, para dictar la sentencia condenatoria, el juez de instrucción (con funciones de control o, también denominado, de garantías).

Existen en la actualidad serios proyectos para revitalizar y darle un nuevo impulso a esta institución a fin de lograr un mayor número de causas resueltas. El argumento que se esgrime es que, de esta manera, mediante el descongestionamiento de la administración de justicia, por aceleración de las causas del Derecho penal nuclear, se va a poder reservar recursos para la investigación de aquellas causas vinculadas al Derecho penal económico. Nada más alejado de la realidad. Este tipo de delitos no se investiga porque simplemente faltan recursos materiales, humanos o técnicos; este argumento es un fácil expediente para cerrar los ojos antes las verdaderas causas de tal desasosiego en relación al principio inquisitivo de legalidad procesal en cuanto a este modo de delinquir. En verdad, no se persiguen por cuestiones de idiosincrasia y estructuras dominantes. Culturalmente —y esto pasa en todos los estratos sociales— nadie se encuentra predispuesto a juzgar a un par, con el que comparte homogeneidad cultural (72). Imagínese que los titulares de la jurisdicción fueran los habitantes de las villas miserias. Seguramente el delito tradicional tendría «serias dificultades» para su esclarecimiento y los de carácter periférico rendirían tributo a una redacción clara y sencilla que permitiera la captura en flagrancia del imputado y su posterior sometimiento a juicio abreviado.

Asimismo, es evidente que el sometido a proceso penal en estos casos de criminalidad económica suele ser una persona con un poder semejante o superior al que puede esgrimir el integrante del Poder Judicial y, consecuentemente, puede hacer tambalear carreras forenses de años. La ley del más fuerte tiene un amplio espacio residual en las relaciones de poder. Si algún delincuente económico ha quedado atrapado por las redes del Derecho penal ha sido porque se ha convertido en un «paria» dentro del grupo de poder al que pertenecía o, bien, por haber asumido previamente el carácter de «fusible» frente al imprevisto de la persecución penal. Sorprende la falta de permeabilidad ante algo tan evidente: en la esencia de la legislación penal se encuentra el principio según el cual su eficacia sólo se plasma en aquellos sectores carentes de poder. Si fuera de otro modo, las micro revoluciones constantes que se producirían impedirían la continuidad del Estado.

Resignación y pesimismo son los sentimientos que despiertan la posibilidad de persecución y esclarecimiento de los delitos cometidos por poderosos. Sofisticados asesoramientos técnicos; a los que sólo pueden acceder personas de alto

(72) Esto no es nuevo. Véase, SUTHERLAND, Edwin, «¿Es un delito el delito de “cuello blanco”?» en *El delito de cuello blanco*, trad. Rosa de Olmo, Universidad Central de Venezuela, 1969, pp. 29 a 46.

poder adquisitivo o fuerte respaldo político; han logrado la explotación hasta límites abusivos de las garantías del Derecho penal, sustantivo y procesal, eludiendo de este modo y en gran medida tanto la persecución, la condena como el cumplimiento de la sanción (73).

Ni que hablar del ámbito de la corrupción administrativa. Lo que se podría llamar *falacia de la reacusación* es su forma de representación judicial. En este ámbito nadie pretende demostrar su inocencia material frente a la acusación, sino que la estrategia consiste en lanzar una nueva acusación sobre el que primeramente ha acusado, multiplicando los puntos de conflicto hasta límites inimaginables. El proceso penal se convierte en un *totum revolutum*: a río revuelto ganancia de pescador.

Quien haya ejercido la profesión de abogado en algún país latinoamericano habrá advertido la clara distancia que existe entre *imputado sin poder e imputado poderoso*. La dialéctica procedimental inquisitiva en relación con el primero se inicia con una tesis: ¡Ud. cometió un hecho delictuoso! El discurso procesal garantizador respecto del segundo comienza con un coloquial interrogante: ¿Ud. cometió un hecho delictuoso?

Sintéticamente: un hombre sometido al sistema de represión estatal es un ciudadano sin poder; ora porque nunca lo tuvo (marginado); ora porque se lo quitaron (paria); ora porque se desprendió de él voluntariamente (fusible, hombre de paja). El sistema penal no se enfrenta «cara a cara» con aquel que se presume tiene poder. El método, en tal caso, se reduce a pura emboscada.

Por otra parte, y esto me parece de mayor gravedad, el argumento es morboso. Que se pretenda garantizar mayor eficacia en la persecución de los delitos del Derecho penal periférico, más precisamente, del compendio que se inserta en el de carácter económico, a través de una restricción de los derechos individuales de la clientela penal vinculada al Derecho penal nuclear peca de un crudo utilitarismo alejado de toda axiología constitucional, incluso en su máximo grado de flexibilización. Los médicos no matan a los pacientes con determinada patología para poder atender a los que tienen una enfermedad diferente.

Por último, pretender solapar las deficiencias en la aplicación de la legislación penal –nuclear– por la vía de la aplicación de más y diferente legislación penal –económica– suena a doble irracionalidad.

Mi visión no es marxista. La experiencia demuestra que la presión ejercida por los grupos emergentes (feministas, obreros, jubilados, etc.), lejos de producir una reducción del plexo normativo penal, ha servido de disparador y potenciador del mismo: cada grupo que adquiere *poder* pretende ser artífice de una nueva legislación penal, consecuencia de lo cual los preceptos criminales se multiplican de modo exponencial.

(73) Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La política criminal en la encrucijada*, B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2007, p. 71.

No hace falta mucho esfuerzo para demostrar el aserto. La derecha del partido justicialista introdujo como agravante del homicidio la muerte de un miembro de las fuerzas de seguridad pública, policiales o penitenciarias, por su función, cargo o condición [CP, art. 80, inc. 8.º (74)]. La izquierda justicialista redobló la apuesta. También se agrava el hecho de matar en el caso de abusarse de la función, cuando se tratara de un miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario [CP, art. 80, inc. 9.º (75)]. De víctima a victimario en un abrir y cerrar de ojos (¡!).

En el Derecho comparado, el *negacionismo* aparece como nuevo foco de criminalización legislativa. En Alemania se impulsa la adopción de medidas penales contra las personas que nieguen el holocausto judío durante la segunda guerra mundial. Es un aspecto concreto dentro de un conjunto de medidas para condenar la incitación al odio racial y la xenofobia. El negacionismo (llamado revisionismo del Holocausto por sus partidarios) es una corriente pseudocientífica que niega, o cuando menos minimiza, las masacres y persecuciones de que fue objeto el pueblo judío bajo el Tercer Reich y los países ocupados por éste entre 1933 y 1945. Sus partidarios prefieren identificarse con el término *revisiónismo histórico*, concepto extraído de la ciencia histórica, por considerar despectivo el que se le adscribe. El negacionismo se ha evidenciado en una serie de hechos históricos de reciente data como es el acontecido durante la Guerra Japonesa cuando los japoneses, en el año 1937, invadieron la ciudad China de Nanking en donde cometieron barbaridades, atrocidades y masacres horrendas, con más de 260.000 personas asesinadas y 20.000 mujeres violadas. Estos hechos fueron ocultados y negados por más de sesenta años y no forman parte de la historia oficial de Japón. De igual forma y sólo para citar otro ejemplo de los muchos que han sido objeto de negacionismo y ocultamiento es el genocidio cometido por los turcos contra los armenios. En 1915, cuando se materializa la implacable tentativa de eliminación total de la población armenia residente en los territorios integrantes de la actual Turquía. En febrero de ese año, unos 60.000 reclutas armenios del ejército turco fueron fusilados. A continuación, todos los varones armenios con edades comprendidas entre los 15 y 45 años fueron enrolados por el ejército, explotándoseles hasta la muerte. Y el 24 de abril, 600 líderes de la comunidad armenia fueron detenidos en Estambul y ejecutados. Desde entonces, esta fecha figura en el calendario de la diáspora armenia, indeleblemente, en un ejercicio de memoria histórica y de reconocimiento al sufrimiento de sus antepasados. Sin embargo en la historia oficial de Turquía este hecho no es mencionado.

El negacionismo cuenta con sendos promotores de la negación. Paul Rassinier, quien publicó en 1964 *The Drama of the European Jews*, es el iniciador de esta corriente negacionista respecto al Holocausto; lo continúa, en 1988, el norteamericano Frederick A. (Fred) Leuchter, Jr. y ahora el último presidente de Irán, Mahmoud Ahmadinejad y su primer ministro y ministro de relaciones exteriores Manouchehr Mottaki. En el caso chileno se ubican Pablo Rodríguez y otros «conspicuos» militares y civiles del régimen cívico militar. A estos iniciadores le siguen y se suman adeptos capaces de refutar las contundentes pruebas, con argumentos de lo más falaces. En Argentina, algún sector militar sigue sosteniendo que en el país hubo una «guerra» durante el denominado «Proceso de reorganización nacional» (1976-1983). El aserto, no sólo desconoce los treinta mil desaparecidos, sino que, a la vez, transforma a nuestras fuerzas armadas en un ejército

(74) Ley nacional núm. 25.601 (B.O.N., 11/06/02).

(75) Ley nacional núm. 25.816 (B.O.N., 09/12/03).

bananero competente sólo para el aniquilamiento de grupos aislados y desorganizados, propios de las guerrillas urbanas.

Sin duda el pensamiento puede ser anatematizado y duramente criticado, no obstante resulta incomprensible tener que llegar al extremo de la punición penal para restringirlo. Se ha dicho en tal sentido: «Pero si de lo que se trata con esta defensa de la penalización del “negacionismo” es de lo que, sin temor a ser retorcidos, podemos llamar la “juridificación de la verdad”, esto es, parapetar la verdad detrás de la fuerza coactiva del Derecho, es obvio que la pregunta que antes habría que responder es si alguna vez los historiadores necesitaron una Ley Gassot para abordar sus investigaciones, si alguna vez el público necesitó la protección de las autoridades para impedir la difusión de la mentira. Los que, con esta “juridificación de la verdad” aspiran a que la verdad no salga malparada, saben muy bien que una verdad defendida por el Derecho deja de ser verdad y se convierte en acatamiento» (76).

El fenómeno de pandemia penal adquiere ribetes inusitados. Estamos, en algunos casos, frente a lo que se podría denominar una *paradoja de la inversión*. Los grupos que tradicionalmente han bregado por mayor eficiencia en la represión proponen la implementación del juicio por jurados de tipo anglosajón (receptado por el legislador de la Provincia de Córdoba), institución que, con la participación ciudadana, pretende ponerle coto al poder gubernamental desmedido y al *lobby* constante, en relación a los órganos jurisdiccionales de carácter permanente, y que normalmente proviene de los grupos de mayor poder. Por contra, aquellas organizaciones no gubernamentales otrora comprometidas con el respeto irrestricto de los derechos individuales hoy son defensoras acérrimas de las que en un futuro no muy lejano se denominarán *fiscalías de flagrancia* (y cuyo subtítulo debería reconocer sus raíces: *Bienvenidos a la Santa Inquisición* –in memoriam–). En el nuevo contexto estas fiscalías serán las encargadas de promocionar el juicio abreviado inicial.

Vivimos en una sociedad ultracriminalizada. El juego de poder transita por saber quién, en la coyuntura, tiene mayor capacidad de presión para encarcelar al prójimo o, mucho menos que eso, para lograr el mero sometimiento a proceso penal. La desesperante situación debería llamar a reflexión a la sociedad global.

Si bien estimo que existe un exceso del Derecho penal para pobres, adhiero a las acotaciones de Lüderssen (77): «Ciertamente, comparto la preocupación que manifiesta Schünemann (78) en relación con la aparición de un Derecho penal de clase (mantenimiento de la “persecución de la criminalidad de la pobreza y la miseria”, mientras se renuncia a la persecución de la criminalidad, por así decirlo, de nivel

(76) SÁNCHEZ TORRÓN, Juan en www.elpais.com.es, 30/01/07. Deseo agradecer a Fernando Córdoba, Prof. Adjunto de la U.B.A. (Argentina), haberme ilustrado sobre esta temática.

(77) LÜDERSSEN, Klaus, «El Derecho penal entre el funcionalismo y el pensamiento vinculado a los principios “europeos tradicionales”, O: ¿Adiós al Derecho penal “europeo tradicional”»? en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, trad. Manuel Cancio Meliá, año V, núm. 9, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 89. La cursiva me pertenece.

(78) Para España, GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

superior). Tan sólo extraigo la conclusión opuesta de esta constatación: también queda reducida la legitimación del Derecho penal restrictivo. En todo caso, *lo que no se puede hacer es huir hacia delante*».

Hoy se comparte plenamente por la doctrina que el postulado del principio inquisitivo de *legalidad procesal* –cuya prosapia asciende a las teorías retributivas de la pena (*quod delicta, tot poena*)– es una utopía, empíricamente inalcanzable (79). No todo delito se conoce; no todo delito conocido se investiga; no todo delito investigado se esclarece; no todo delito esclarecido llega a condena; no toda condena se cumple. Más aún: se advierte que la denominada *cifra negra* también es vehículo válido de estabilización de las expectativas sociales acerca de la vigencia de la norma.

Los aportes de Hassemer – Muñoz Conde (80) aclaran la perspectiva: «Por supuesto que ninguna sociedad puede (o quiere) alcanzar una transparencia total del comportamiento; ningún sistema normativo aspira a descubrir todas las infracciones, ni ningún sistema sancionatorio garantiza su función protectora a base de eliminar todas las infracciones normativas. La ignorancia de la criminalidad “real” desempeña sin embargo, la función (positiva y estabilizadora) de regular el sistema de control social y dentro del mismo el control jurisdiccional; de dar la impresión de respeto y mostrar su capacidad de elaboración del conflicto».

Como bien explica Freund, denostando el empíricamente indefendible principio de *legalidad procesal*, «...interpretando que el Derecho obliga a perseguir incondicionalmente todos los delitos (presuntamente cometidos), se proyecta sobre la *praxis* cotidiana la negra sombra de la prevaricación» (81). El jurista alemán concluye: «...semejante deber incondicionado de perseguir delitos resulta ajeno a una correcta concepción del Derecho sustantivo» (82). Vale decir: «Como mero principio, el de legalidad es excesivamente débil como para implantarse realmente en la práctica de la persecución» (83).

Problema sin solución hasta la fecha: la *legalidad procesal*, desde un perfil empírico, es solo una ilusión. Sin embargo, la *oportunidad consuetudinariamente estipulada* tiene por resultado una ingente gimnasia penal, pero solo a costa de los marginados.

(79) BALCARCE, Fabián, «El mal llamado “principio de oportunidad”. Relaciones potestativas entre Nación y provincias, interpretación del art. 71 CP, las nuevas propuestas respecto a la disponibilidad de la acción penal pública y “el cuento de la buena pipa”» en *Análisis penal procesal*, Arocena-Balcarce, EJC, Mendoza, 2004, pp. 246 y ss.

(80) HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 48. Entrecorrido interno en el original.

(81) FREUND, Georg, «Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho penal» en *El sistema integral del Derecho penal*, eds. J. Wolter – Freund, G., Marcial Pons, Madrid-España, 2004,

(82) FREUND, sobre la función cit., p. 94.

(83) HASSEMER, Winfried, «La persecución penal: legalidad y oportunidad» en *Revista de Derecho Penal*, 2001-2 (Garantías constitucionales y nulidades procesales-II), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 73.

En fin; no se puede pretender, tras la violación incipiente de todas las garantías de los marginados, asegurar la persecución de los otros sectores sociales. No se exige mucho; simplemente que, cuando se ponga en funcionamiento la violencia organizada se respeten los límites dentro de los cuales puede activarse, sin acudir a falacias de atención en cuanto a que tal situación se justifica en el ahorro de medios para la persecución de otro tipo de delitos. El Derecho penal se aplica con respeto mínimo a los valores constitucionales individuales, o no se aplica: *tertium non datur*.

Es hora de que empecemos a comprender la cifra negra masiva, en cuanto a hechos subsumibles en determinadas figuras delictivas, como manifestación patente de los sectores que conforman *legislación penal simbólica*.

Asegura Baratta: «...en la “política como espectáculo” las decisiones y los programas de decisión se orientan no tanto a modificar la realidad, cuanto a modificar la imagen de la realidad en los espectadores; no tanto a satisfacer las necesidades reales y la voluntad política de los ciudadanos como más bien, a seguir la corriente de la llamada opinión pública» (84). El objetivo no es evitar conductas socialmente dañosas, sino apaciguar a la opinión pública en un determinado momento, aparentando eficacia en la lucha contra el crimen (85). El discurso suple a la acción; el salvoconducto: los medios de comunicación.

Es tiempo de aprender que el Derecho penal procesal tiene cotos empíricos para la investigación de supuestos de hechos concretos y, por tanto, no puede ser manipulado por una legislación penal sustantiva que pretende «milagros» del sector adjetivo.

X. RECONSTRUCCIÓN: ESTADO DE DERECHO Y EFICIENCIA JUDICIAL

En Argentina, sin cortapisa alguna, se promueve político-criminalmente una priorización del eficientismo en desmedro de las garantías constitucionales de los que menos tienen.

Fuerte incidencia en la decisión estatal tiene la reducida oposición que pueden presentar los integrantes de este sector como grupo de presión. De hecho, en el contrato entre burgueses y Estado, que dio

(84) BARATTA, Alessandro, «Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología crítica» en *Criminología y Sistema Penal*, trad. Mauricio Martínez Sánchez, B de f, Buenos Aires-Montevideo, 2004, p. 85.

(85) RAGUÉS I VALLÉS, lug. cit., p. 5.

nacimiento filosófico al Derecho penal liberal, ellos no estaban representados. En todo caso, en ese acto fundante nació también su carácter de chivos expiatorios implícitos, derivado de la necesidad funcional de delincuencia.

Los derechos de estos marginados se encuentran devaluados (86) ya antes de ser privados de la libertad a través de una condena. Cuando ya se encuentran reclusos, sólo se da una continuidad de las restricciones.

Con la diagramación de las figuras delictivas comprendidas en el ámbito del peligro abstracto, de los delitos de tenencia y permanentes, como así también con los delitos residuales, la legislación se aleja palmariamente del ideal proclamado por el principio de lesividad y el Derecho penal de acto (acción u omisión).

Otorgándole a la policía administrativa potestades discrecionales en las actividades de inteligencia criminal, se promueve una deformación y pauperización de los métodos científicos de investigación, tergiversando a la Criminología. Una vulgar Criminología etiológica (87) hace eclosión *ex ante* en los prejuicios policíacos indicando a ciertos sujetos, con determinada imagen de degradación en relación a los parámetros sociales usuales, como potenciales delincuentes.

Un breve resumen de su fisonomía: «El delincuente era el “otro”, una persona distinta de las demás, en términos cuantitativos, un producto ajeno a la propia sociedad y externo a la misma; procedente, desde luego, de las clases de más baja extracción social. Las causas de comportamiento criminal se buscaron siempre en determinados factores individuales biofísicos y biopsíquicos, sin que sea necesario recordar ahora el conocido estereotipo lombrosiano de delincuente. El crimen aparecía, naturalmente, como comportamiento disfuncional, nocivo, patológico –fruto, incluso, de la propia “patología social”– que la sociedad tenía que extirpar como cuestión de supervivencia» (88).

Que el positivismo criminológico más duro –el biológico, el del criminal atávico (89)– se encuentra anidado en la construcción de estas leyes no es obra de la imaginación. Así se refería el Senador Menem respecto de la modificación al art. 189 bis del CP: «Quiero hacer una última reflexión sobre el tema de la pena más dura o más blanda. Posiblemente las penas son un poco elevadas. Escuché

(86) Siguiendo en esto las investigaciones que ha realizado RIVERA BEIRAS, Iñaki (*La devaluación de los Derechos fundamentales de los reclusos*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 374 y ss.).

(87) Teorías de la «criminalidad», por oposición a las de la «criminalización» (interaccionistas y definitoriales). GARCÍA-PABLOS, Antonio, «Hacia una revisión de los postulados de la Criminología tradicional» en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Ministerio de Justicia, Madrid, mayo-agosto 1983, tomo XXXVI, fasc. II, p. 261.

(88) García-Pablos, Antonio, *ob. cit.*, p. 341.

(89) Cfr. TAYLOR, Ian, WALTON, Paul y YOUNG, Jock, *La nueva criminología*, trad. Adolfo Crosa, Amorrortu, Buenos Aires, 1997, p. 58.

decir que el que va a cometer un delito no se está fijando en la pena. Hay quienes se preguntan: ¿Acaso ustedes han visto algún delincuente que diga: “vamos a ir a robar ¿A ver qué dice el Código Penal...?” No es cierto; nadie se fija en eso. Eso en cuanto al sentido disuasorio que puede tener la pena. Pero la pena tiene también un sentido retributivo de castigo. En consecuencia, si bien el que comete ciertos tipos de delito, como los que están hoy en boga, no lo vamos a disuadir de que no los cometerá —*si ya tiene en sus genes el hecho de ser delincuente, como decía Lombroso*—, se aplicaría aquí el sentido retributivo, ya que lo vamos a sacar de circulación para que no siga cometiendo delitos» (90).

La *presunción de inocencia*, en su corolario de *in dubio pro reo*, se ve afectada por medidas de coerción dictadas sin el sustento probatorio indispensable para ejercer medidas de coerción cautelares.

Las teorías de las excepciones a las exclusiones probatorias lógicamente violentan los derechos individuales a la intimidad hogareña y corporal.

El juicio abreviado, basado en la flagrancia, afecta los postulados esenciales de la garantía del *juicio previo*. Al mismo tiempo, debilita la función de la dogmática propia de la teoría del delito.

Asegura Hassemer (91): «...en mi opinión no son una opción en sentido verdadero, sino más bien una resignación impuesta por las necesidades del Derecho penal moderno».

La disyuntiva presente es clara: con tantas garantías no se puede lograr eficiencia en la investigación, esclarecimiento y sanción de los hechos delictuosos.

Se suele expresar (92) que así como la justicia se encuentra respecto de la seguridad jurídica en una contraposición de principio, lo mismo ocurre con la formalidad de la justicia y la eficiencia del Derecho penal y del procedimiento penal. Un instrumental enérgico es una típica amenaza de los derechos del imputado en el proceso penal. Si se reúnen en una sola idea la conformidad al Estado de Derecho y la energía, entonces se vota en favor de la eficiencia (quizá sin percibirlo). El Estado de Derecho vive de la contraposición entre formalidad de la justicia y eficiencia, y la conformidad al Estado de derecho

(90) Corrobórese «Antecedentes Parlamentarios» en *La Ley*, Buenos Aires, mayo, 2004, p. 982. BALCARCE, Fabián, *Armas, municiones y materiales peligrosos* cit., pp. 43 y 44.

(91) HASSEMER, Winfried, *Rasgos y crisis del Derecho penal moderno* cit., p. 247.

(92) HASSEMER, Winfried, «Lineamientos de un proceso penal en el Estado de Derecho» en *Críticas al Derecho penal de hoy*, trad. Patricia Ziffer, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995, p. 80.

debe controlar y frenar al Estado fuerte, idealmente, debe poder quebrarlo en caso de conflicto.

Es mi visión que el enfrentado binomio Estado de Derecho-eficiencia judicial es un falso dilema. No puede existir eficiencia judicial si no es con respeto de todas y cada una de las garantías que comprende el Estado de Derecho. El garantismo, hoy transformado en *discurso de resistencia* (93), no elabora programas político-criminales sino que se constituye en el baluarte frente a los posibles abusos del poder público al desarrollar tales programas (94); los principios limitadores de la potestad punitiva del Estado están por delante de los objetivos político-criminales (95). La violencia estatal organizada que desborda los límites constitucionales es tan ilícita como la violencia delictiva que pretende reprimir –o quizás más– y, en ese caso, es preferible vivir huérfano de organización que legitimar un Estado «delincuente».

XI. CONCLUSIÓN

En el siglo XIX Francesco Carrara escribía: «La loca idea de que la medicina debe extirpar todos los morbos conduciría a la ciencia salu- tífera al empirismo, así conduce al pueblo a tener fe en los curanderos. La loca idea de que el derecho punitivo deba extirpar los delitos de la tierra, conduce en la Ciencia penal a la idolatría del terror y al pueblo, a la fe en el verdugo, que es el verdadero curandero del Derecho penal» (96).

La Política criminal –así como el Derecho penal es *ultima ratio* en el ordenamiento jurídico– debería constituir el último ámbito de discusión del poder y sólo digno de apertura ante la inevitable necesidad de represión frente al fracaso de las otras políticas (preventivas, edu- cacionales, sociales, etc.) del Estado. Es digna de rechazo la «... ele- vación acrítica de la idea de seguridad a principio rector de la Política criminal y de la dogmática» (97). El *garantismo* se ha transformado

(93) Cuya argumentación le resulta «simpática» a PAREDES CASTAÑÓN, «¿“Al otro lado del discurso jurídico penal”? sobre las bases político-criminales de la «modernización» del Derecho penal» en *Política criminal*, núm. 2, r. 7, p. 19.

(94) Díez Ripollés, *ob. cit.*, p. 123.

(95) PAREDES CASTAÑÓN, *lug. cit.*, p. 25.

(96) CARRARA, Francesco, *Programa del curso de Derecho criminal dictado en la Real Universidad de Pisa*, trad. Sebastián Soler, Ernesto Gavier y Ricardo Nuñez, Depalma, Buenos Aires, 1945, III, p. 14.

(97) Cfr. NAVARRO CARDOSO, Fernando, «El Derecho penal del riesgo y la idea de seguridad. Una quiebra del sistema sancionador» en *Pensamiento penal y criminológico*, año VI, núm. 10, 2005, Mediterránea, Córdoba, p. 189.

en *discurso de resistencia* que bajo ningún aspecto debe ceder ante el actual Derecho penal de seguridad ciudadana que nació a la sombra de la sociedad del riesgo.

En suma: no es cierto, como se proclama, que carezcamos en la Argentina de diagramas planificados en la política vinculada a la criminalidad. Entiendo haber demostrado que existe una secuencia, de indudable planificación gubernamental (en todas sus funciones), agravante de los principios básicos que informan la parte dogmática de cualquier Carta Magna vigente en el mundo, respecto de la clase social ajena al contrato del denominado Estado liberal.

El Estado social ausente (en su faz positiva de promoción activa de los ciudadanos en los sistemas sociales) es suplantado por una Criminología etiológica que se plasma en una Política criminal instituida teniendo como base contenidos tales como Derecho penal de autor, olfato policial, presunción de culpabilidad, *in dubio pro Estado* y procesos ajenos a la garantía del *juicio previo* (faz negativa represivo-intervencionista del Estado social). La pena, por último, es el sustituto de los medios que el Estado debía proveer al ciudadano para su participación en el sistema social. La suplantación de los medios políticos por los represivos de la legislación penal tiene un sutil justificativo: «... la convicción de que la criminalidad tiene su explicación en la libre voluntad del delincuente, y no en carencias sociales que pueden condicionar su comportamiento» (98). Se enmascara el necesario enfoque estructural detrás de una perspectiva volitiva.

Ni qué hablar de reintroducir estos programas como Política criminal intrasistemática. El monstruo se retroalimentaría hasta tal punto de convertirse en un glotón autoritario. Esta política se ha desembarazado del discurso jurídico penal poniendo en serio peligro (99) el tradicional trabajo dogmático (100).

No es de buen «liberal» reducir garantías en un sector del Derecho penal a fin de lograr una más eficiente (persecución) en el otro. En todo caso, un hombre de Derecho debería afirmar la existencia de pre-

(98) Díez Ripollés, *ob. cit.*, p. 166.

(99) ZAFFARONI, Eugenio R., «Política y dogmática jurídico-penal» en *Crisis y legitimación de la Política Criminal, del Derecho penal y Procesal penal*, Advocatus, Córdoba, 2002, p. 52.

(100) Sobre el valor de la dogmática, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?» en *Estudios de Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 140 y ss.; WELZEL, Hans, «La dogmática en el Derecho penal» en *Cuadernos de los institutos*, núm. 116, F.D.C.S., U.N.C., 1972, pp. 29 y ss.; FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, trad. Joaquín Cuello Contreras - José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid - Barcelona, 2004, p. 20.

rrogativas individuales y garantías en donde sea que aparezca la violencia organizada del Estado.

Es de película: hay una legislación penal de emergencia, una concepción bélica del proceso y un Derecho penal del enemigo. Frente a esto nace el discurso de la resistencia. La «población» atacada –como ha sido costumbre– es la de los que menos tienen. La guerra ha comenzado (o mejor: continúa, pero en un nuevo escenario).

Así de cruel es el estado espiritual del Derecho penal argentino para los marginados (101), en teoría y práctica. Así de cruel pretendía que fuese el planteo...

(101) En sentido semejante, DíEZ RIPOLLÉS, *ob. cit.*, pp. 148 y 153.

La mutilación genital femenina en Italia: antecedentes criminológicos, políticas de prevención y tutela penal

JOSEFINA GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN
Profesora Asociada de Derecho Penal
UNED

SUMARIO: I. Introducción.–II. Antecedentes criminológicos y política de prevención: 2.1 Antecedentes criminológicos. 2.2 Política de prevención.–III. Tutela Penal: 3.1 Antecedentes. 3.2 Protección penal. 3.3 Sistema penal y pluralismo cultural.

I. INTRODUCCIÓN

La mutilación genital femenina es una práctica extendida a nivel mundial con toda su carga de significados simbólicos, económicos y sociales siendo manifiesta la preocupación de los gobiernos para prevenirla y erradicarla (1). En este sentido, numerosos instrumentos internacionales (2) tienden a propiciar el marco adecuado para su prevención y abolición.

(1) Desde la doctrina italiana se aboga por un debate sobre la MGF a nivel pluridisciplinar, nacional e internacional, a partir del dato epidemiológico de cuantificación de las dimensiones reales del problema remontándose a experiencias concretas de abandono de tales prácticas en los países de origen y a las respuestas normativas; TURILLAZI, E. y NERI, M., «Luci ed ombre nella legge in tema di mutilazioni genitali femminili: una visione di insieme medico-legale», en *Rivista Italiana di Medicina Legale*, marzo-aprile, 2, 2006, p. 287.

(2) Carta de Naciones Unidas, Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de

En un ámbito regional, más concretamente, en Europa también se ha creado el marco legal (3) adecuado para la persecución de la MGF, pues el reciente e ingente flujo migratorio ha provocado la realización de estas prácticas en este continente, aflorando el llamado pluralismo jurídico o la multiplicación y superposición de normas que se da en territorio europeo como consecuencia de la inmigración de extranjeros que provienen de países extracomunitarios (4).

La Resolución del Parlamento Europeo sobre mutilaciones genitales femeninas 2001/2035 (INI) de 20-9-2001 insta a los legisladores nacionales a prevenir, perseguir y sancionar estas actividades en el marco de la legislación nacional de cada país. Destaca la dificultad de su detección al ser prácticas realizadas en el ámbito de la violencia doméstica y con un carácter de escasa o nula publicidad y denuncia.

Ya en la década de los años noventa se realizan varios estudios sobre mutilación genital femenina a raíz de la Asamblea de la Organización Mundial de la Salud de 13 de mayo de 1993 en Ginebra.

Discriminación contra la Mujer, Declaración de la ONU sobre Eliminación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Derechos del Niño, Declaración de la ONU sobre Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones, Resolución de la Asamblea General 56/128 sobre prácticas Tradicionales o Consuetudinarias que afectan a la salud de la Mujer o de la Niña.

(3) Resolución del Parlamento Europeo de 1986 sobre agresiones a la mujer, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del 2000, Resolución del Parlamento Europeo sobre las Mujeres y el Fundamentalismo del 2001, Resolución del Parlamento Europeo sobre mutilaciones genitales femeninas del 2001, Resolución de la Unión Europea del 2005 sobre el seguimiento de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Resolución del Parlamento Europeo sobre la situación actual en la lucha contra la violencia ejercida contra las mujeres y futuras acciones. Diversos países europeos han seguido estas directrices internacionales incluyendo en su legislación la punición de estas prácticas, entre otros se puede mencionar: Gran Bretaña, Suiza, Bélgica, España, Italia, etc.

(4) La locución pluralismo jurídico aparece en el multiforme debate sobre inmigración extracomunitaria a raíz de políticas públicas, elecciones legislativas e investigaciones sociológicas y antropológicas de controversia étnica, no siendo claro ni unívoco su significado.

Las normas y principios que entran en contacto y conflicto con la de los extranjeros forman parte de múltiples ordenamientos: internacionales, institucionales, tradicionales, religiosos, locales, etc., verificándose el conflicto normativo cuando algunos comportamientos permitidos por los ordenamientos de origen configuran tipologías penales en los países de acogimiento (bigamia, mutilación...).

Una noción normativa del pluralismo jurídico corresponde a una aproximación empírica ya que no se parte del presupuesto de sistemas normativos preestablecidos sino que tiende a reconstruir la norma partiendo de los comportamientos y de las opiniones individuales, de los conflictos, de la interacción con las normas y los comportamientos de la sociedad que acoge utilizando los métodos de la investigación cualitativa; FACCHI, A., «Pluralismo giuridico e società multiethnica: proposte per una definizione», en *Sociologia del Diritto*, XXI-1994-1, p. 54.

Siguiendo las directrices internacionales, países con similitudes culturales y geográficas como España o Italia han introducido la tipología de la mutilación genital femenina en sus Códigos penales siguiendo el contexto internacional.

La mutilación genital femenina en Italia es un fenómeno relativamente reciente y ha explotado en los últimos años cogiendo de improviso a órganos político-administrativos y servicios carentes de los instrumentos idóneos para afrontar la situación (5). Aún siendo reciente la respuesta, ésta ha sido preventiva y también punitiva pues la MGF atenta contra la integridad psíquico-física de la persona así como a su dignidad y libertad sexual (6).

El tema no carece de problemas, no sólo en el supuesto italiano sino también en otros países. De hecho, el primer problema radicaba en la terminología de esta práctica pues inicialmente se hacía referencia a escisión femenina, extendiéndose posteriormente la denominación de mutilación genital femenina (7).

Si la denominación podía ocasionar dificultades, la definición y clases no ofrece discusión. La MGF incluye todas las prácticas de remoción total o parcial de los genitales externos femeninos o, en todo caso, productivas de otra forma de daño a los órganos genitales femeninos por motivaciones culturales y no terapéuticas (8).

II. ANTECEDENTES CRIMINOLÓGICOS Y POLÍTICA DE PREVENCIÓN

En Italia antes de la reforma del *Codice Penale* se ha realizado algún estudio criminológico sobre mutilación genital femenina, a

(5) GRASSIVARO GALLO, *Fligie d'Africa Mutilate*, Torino, 1998, p. 49.

(6) TURILLAZI y NELLI, «Luci ed ombre...», *cit.*, p. 289.

(7) A juicio de un sector doctrinal esta denominación se introduce por parte de algunas feministas implicadas en sectores sanitarios o actividades en defensa de los derechos humanos; *ibid.*, p. 9. Más concretamente en el III Congreso dell'Inter Africa Committee en 1990, siendo una palabra que funciona como voz de alarma de algo que ha llegado a ser tabú, teniendo un significado peyorativo aludiendo a la idea de un menoscabo o de un cuerpo desfigurado; KOTTAK, C. P., *Antropologia culturale*, Milano, 2008, p. 48.

(8) World Health Organization, *Female Genital Mutilation Report of a WHO Technical Working Group Geneva*, June 2000. La WHO distingue cuatro clases de mutilación: Escisión del prepucio con o sin escisión de parte del interior del clítoris, escisión del clítoris con escisión total o parcial de los labios pequeños, escisión de todo o parte de los genitales externos con sutura del orificio vaginal (infibulación), perforación o incisión del clítoris o de los labios, *gishiri*, *angurria*, cauterización del clítoris o de los tejidos circundantes, introducción de sustancias corrosivas en la vagina con la finalidad de reducirla o cerrarla.

diferencia de España que procedió a su sanción en el tipo del artículo 149.2 del Código penal sin elaborar investigaciones criminológicas previas.

Quizás estos estudios previos han servido al legislador italiano para establecer, en el debate sobre la modificación del *Codice Penale*, unas pautas sobre políticas de prevención. Esto último guarda relación con el pluralismo jurídico como un fenómeno que tiene estrecha relación con el flujo de inmigrantes en Europa y la forma en que puede ser afrontado (forma subjetiva por parte de la persona que se encuentra sujeta a diferentes presiones normativas y forma objetiva por parte del Estado que se propone resolver los problemas sociales, éticos y políticos que derivan a través de las políticas de integración); en Italia ha predominado el estudio de la legislación especial y la intervención sobre problemas éticos y políticos pero han escaseado las investigaciones sobre la normativa de los extranjeros y la interacción con la normativa italiana (9).

Además, en el ámbito de la prevención hubiera sido importante el establecimiento de políticas de integración que, a diferencia de otros países, no se han llevado a cabo en Italia. De hecho, la doctrina se hace eco y critica la carencia de dichas políticas que conllevarían modelos de política social, política migratoria, cooperación en diversos ámbitos, estudios de las afinidades y diferencias con la sociedad de acogimiento, entre otras cuestiones (10).

2.1 Antecedentes criminológicos

Finalizando la década de los años ochenta, surge un debate social sobre la mutilación genital femenina que se manifiesta en numerosas revistas médicas y en los diarios de ámbito nacional.

La prensa se hace eco de la presencia de mujeres inmigrantes en Italia que han sufrido tal práctica (11) y la asistencia médica por parte de importantes hospitales italianos ante las consecuencias físicas que la mutilación ocasiona a la mujer. A consecuencia de esa realidad social se celebra una reunión con representantes del Ministerio de Sanidad y otros representantes de diversos sectores sociales destacando la diferencia de los grupos étnicos que hay en Italia en relación

(9) FACCHI, «Pluralismo giuridico...», *cit.*, p. 54.

(10) DONNE, B. y PALMENTIERI, S., *L'immigrazione tra identità e integrazione*, Roma, 2007, pp. 52-69.

(11) *La Repubblica* 12-1-1988. Incluso se presupone un número aproximado de 30.000 mujeres en Italia cuya procedencia se corresponde con países donde se practica la MGF; TURILLAZI y NELLI, «Luci ed ombre...», *cit.*, p. 291.

a los de otros países europeos, constatando que no se han realizado prácticas de este tipo en centros sanitarios italianos y de llevarse a cabo se sancionarían como lesiones gravísimas (12).

El interés suscitado lleva a la consecución de una de las primeras investigaciones tendente a delimitar la difusión de la mutilación genital femenina en Italia. La investigación se desarrolla por la *Università di Padova*. Se llega a la conclusión de que existen numerosas mujeres inmigrantes portadoras de secuelas y patologías postoperatorias imputables a la mutilación genital femenina; además se observa que si la práctica es ilegal en Italia esto no desanima a los progenitores a la realización de la mutilación en la niña (13).

En un ámbito más local, se realiza un estudio en la Toscana, entrevistando a 304 mujeres de Somalia cuya edad oscila entre los once y los cuarenta y ocho años. Todas habían sufrido infibulación. Del estudio se derivan algunas cuestiones: a) la marginalidad social, cultural y sanitaria de las nuevas inmigrantes considerando la infibulación como una cosa intrínseca a la propia cultura; b) la continuidad de esta tradición en la segunda generación, una vez establecidas en la nueva realidad social; c) la infibulación no es una práctica del pasado sino del presente y del futuro; d) Italia debe tutelar a las niñas en riesgo y al tiempo informar a las recién llegadas y a los operadores sanitarios italianos (14).

Con posterioridad surgen otras investigaciones, más generales, en este tema intentando dar respuesta a la problemática que ocasionan estas prácticas desde el punto de vista social, sanitario y legal.

Así la ONG italiana Aidos realiza un estudio basándose en los artículos publicados, sobre mutilación genital femenina, entre 1992 y 1998 en los periódicos *Corriere della Sera* y *La Stampa*. Se observa un creciente número de artículos a raíz de 1997, fecha en la que se conoce el primer caso de estas características en Italia. El estudio de los artículos se centra en el análisis de la frecuencia en relación a: el uso del término mutilación genital femenina, los significados atribuidos al mismo, la identificación de los países sujetos a riesgo, la individualización de las connotaciones cognitivas y afectivas atribuidas a la

(12) GRASSIVARO GALLO, *Figlie d'Africa...*, cit., pp. 43-46.

(13) El grupo estudiado es de 50 hombres y 30 mujeres, además de entrevistas y difusión de cuestionarios en el sector sanitario ginecológico. A ello se unen los estudios realizados sobre los procesos de constitución de la identidad en los grupos migratorios, siendo diferente entre la primera y la segunda generación, afectando al simbolismo que pueda tener la mutilación genital femenina; *ibid.*, pp. 47-54. Metodológicamente se realiza un estudio cualitativo y posteriormente cuantitativo; *ibid.*, pp. 62 y 63.

(14) SALAD HASSAN, S., *La donna mutilata*, Firenze, 1999, pp. 59 y 60.

mutilación genital femenina. Entre otras conclusiones se ha de destacar que el término se utiliza de forma difusa y el grupo de riesgo se concreta en la nueva generación de niñas que llegarán a ser italianas por residir en el país (15).

Un trabajo de campo más reciente con una muestra más reducida es el realizado entre 1997 y 2002 en el *Dipartimento Materno-Infantile del Ospedale S. Camillo* en Roma. De los 21 casos estudiados todas las mujeres habían sufrido infibulación sufriendo diferentes secuelas físicas (16).

Más amplio y reciente es el Proyecto Stop MGf del *Dipartimento Pari Opportunità* de la *Presidenza del Consiglio di Ministri* llevando a cabo un estudio profundo de la realidad italiana actual en este tema y proporcionando considerable información al respecto (17).

No obstante, doctrinalmente se critica el hecho de que la mayoría de los análisis se han desarrollado en Italia por médicos y otros estudiosos careciendo de una base antropológica. Si bien no se puede negar el carácter divulgativo de los mismos aunque muchas veces carecen de rigor y adolecen de arbitrariedad (18).

Desde otra perspectiva, las categorías de comportamientos violentos son diversas, entre ellas se mencionan aquellos comportamientos que se manifiestan en delitos en los que se actúa mediante una agresión a la víctima. De ellos se destacan los que atentan contra la vida o la integridad personal, como es el caso de la mutilación genital femenina.

Una parte de la investigación criminológica se ocupa de trazar un cuadro concreto y actual de la criminalidad violenta verificando la tipología y analizando la frecuencia. Datos útiles para la política criminal se ofrecen por esta parte de la criminología, tal y como destaca la doctrina (19).

Por ello, a pesar de las críticas, estos estudios y otros muchos han contribuido a determinar el fenómeno en Italia en cuanto a grupos de riesgo, actores y factores contextuales. Todo ello sirve de fundamento

(15) El resultado de la investigación se publica en PASQUINELLI, C. et altri, *Antropologia delle mutilazioni dei genitali femminili*, Aidos, Roma, 2000.

(16) LA MONACA, G., AUSANIA, F. y SCASSELLATI SFORZOLINI, G., «Le mutilazioni genitali femminili. Aspetti socio-antropologico, giuridici e medico-legali e contributo casistico», en *Rivista Italiana di Medicina Legale*, maggio-agosto, 3-4, 2004, pp. 661-663.

(17) Este Proyecto es reciente y engloba muy diferentes ámbitos de actuación. Para más información: <http://www.stopmgf.org>.

(18) FUSASCHI, M., *I segni sul corpo, per una antropologia delle modificazioni dei genitali femminili*, Torino, 2003, p. 136.

(19) BARBONI, R.M., *Il concetto di violenza nel diritto penale: aspetti criminologici e spunti di ricostruzione dommatica*, Napoli, 1999, p. 17.

para poder establecer determinadas políticas de prevención en torno a estas prácticas.

2.2 Política de prevención

La Criminología y la Política Criminal son ciencias estrechamente unidas entre sí. Una efectiva política criminal requiere de un estudio criminológico previo. La Política Criminal tiene como una de sus finalidades la prevención. De hecho esta ciencia se definía por Rocco como «la ciencia o el arte de los medios preventivos y represivos de los cuales el Estado, en su triple vertiente del poder legislativo, administrativo y judicial, dispone para conseguir la finalidad de la lucha contra la criminalidad» (20). La doctrina italiana continúa manteniendo la idea de la prevención en relación a la política criminal y destaca el análisis crítico político y social que lleva a cabo (21). Indudablemente en el marco de una política criminal se desarrollan políticas de prevención y eso también sucede en relación a la MGF.

En el ámbito de la violencia doméstica o en la familia, en la cual se encuadra la mutilación genital femenina tal y como se describe en la Resolución del Parlamento Europeo del 2001, es muy importante la prevención y el tratamiento.

La prevención es un tema que preocupa en el conjunto de las ciencias sociales (22). La violencia familiar en sus diferentes facetas tam-

(20) ROCCO, A., «*Il problema del metodo della scienza del diritto penale*», en *Opere giuridiche*, Roma, 1933, pp. 263 ss.

(21) VASALLI, G., *Scritti Giuridici*, Volume IV, Milano, 1997, p. 486. Si bien, una política criminal adecuada a las dificultades actuales podrá llevarse a cabo con la combinación de la investigación criminológica y de una equilibrada política general; *ibid.*, p. 492. El autor constata como hay un cierto fervor en considerar la política criminal como un sector particular de la política criminal; *ibid.*, p. 402. En cualquier caso se pretende conseguir la reducción y tratamiento más adecuado de todas las formas de desviación siendo la política criminal no sólo política legislativa sino política administrativa y judicial; *ibid.*, pp. 404 y 405.

(22) En el conjunto de las ciencias sociales se distinguen diversas clasificaciones. Una de ellas diferencia entre prevención primaria, secundaria y terciaria. En la prevención primaria se engloban aquellas medidas tendentes a la erradicación del fenómeno, en la prevención secundaria se tiende a tratar el fenómeno de manera precoz con la finalidad de prevenir su manifestación o que ésta se repita, y la prevención terciaria se identifica con el concepto de tratamiento en sentido estricto; GULOTTA, G., *Famiglia e violenza, aspetti psicosociali*, Milano, 1984, p. 138. Otra clasificación distingue la prevención situacional de la social.

En cualquier caso, la prevención es un tema que adquiere relieve en Italia desarrollándose diferentes políticas de prevención con carácter general; para ampliar el tema véase: SELMINI, R., «La prevención», en Barbaglie/Gatti (a cura di), *La criminalità in Italia*, Bologna, 2002, pp. 213-223.

bién preocupa en Italia desde hace años tal y como nos muestran estudios realizados sobre Consultorios familiares creados en los años setenta para prestar apoyo a la familia en diferentes ámbitos de actuación, entre ellos el de la violencia contra la mujer y los niños (23).

Estos antecedentes político-preventivos denotan una preocupación en diversos sectores italianos por la prevención en relación a la violencia doméstica, siendo un terreno abonado para el establecimiento y consecución de políticas de prevención en materia de mutilación genital femenina.

De hecho, el Parlamento italiano desde la década de los noventa muestra un interés por la problemática que genera la mutilación genital femenina y para ello adopta una actitud positiva y activa en esta materia como lo demuestran diferentes tramitaciones parlamentarias.

En términos de prevención y represión, en el orden del día del Parlamento italiano (n. 9/3238/4) del 26-6-1997 se vota solicitando el inicio de indagaciones cognoscitivas y de políticas de prevención para evitar el uso de la mutilación genital (24). En el orden del día (n. 9/3240/3) del 19-11-1997 (25) se solicitan campañas de información, formación y prevención al solicitar la figura autónoma del delito. Y el 8-9-1999 un decreto prevé instituir una comisión interministerial para la definición de un Proyecto nacional contra la mutilación genital femenina. Aún así, la doctrina estima la ausencia de una política nacional coherente en temas de inmigración lo que hace que en Italia exista falta de certeza acerca de si se adopta una política de acogimiento de asimilación o de multiculturalismo, ante esto se destaca la actitud que adopte la comunidad local de acogimiento (operadores sociales y sanitarios) (26). Se aboga por una política de respeto a la específica identidad del inmigrante pero esto no puede llegar a consentir la consecución de prácticas culturales gravemente lesivas contra el derecho a la salud, reconocido constitucionalmente (27). La pre-

(23) MATERAZZI, V., «La violenza sulla donna nella famiglia: una risposta istituzionale», en Batista Traverso (a cura di) *Il comportamento violento sulla donna e sul minore (norma giuridica, contesto psico-sociale, strategie di intervento)*, Milano, 1988, pp. 97-103; CASELLA GHIARA, A. M., «La violenza sulla donna: alcune risposte istituzionali», *ibid.*, pp. 90-95.

(24) Orden del día n. 9/3238/4, en el sentido de la Legge n. 285 de 1997, relativa a disposiciones para la promoción de los derechos y oportunidades de la infancia y la adolescencia.

(25) Orden del día n. 9/3240/3.

(26) PASQUINELLI, C., CENCI, C., MANGANELLI, S. y GUELFY, V., «Progetto di ricerca sulle MGF in un contesto di immigrazione», en Pasquinelli (a cura di) *Antropologia...*, *cit.*, p. 11.

(27) VITALONE, A., «Mutilazione genitale femminile e diritti umani», en *Giurisprudenza di Merito*, Vol. XXXIII, maggio-giugno, 2001, p. 870.

vención unido al respeto cultural de la persona hizo que el *Comitato Regionale Toscano di Bioetica* propusiera la llamada *infibulazione soft*, es decir, la práctica no cruenta y simbólica de la infibulación pero de parecido significado capaz de sustituir al rito de la infibulación para aquellas mujeres que se empeñan en practicarla; naturalmente las reacciones en contra de todos los sectores implicados no se hizo esperar (28).

Paralelamente a las iniciativas parlamentarias y doctrinales se desarrolla el Proyecto IDIL (29) que es un proyecto bienal (2001/2003) dentro del programa europeo Daphne con la finalidad de experimentar estrategias para la prevención de la mutilación genital femenina entre la comunidad de inmigrantes provenientes de países con tradición en estas prácticas y residentes en países de la Unión Europea. En el proyecto IDIL la prevención ocupa un lugar destacado basándose en: menos necesidad de recurrir a las tradiciones para reafirmar su identidad en el marco de una cultura difusa de acogimiento, ayudar a las familias a integrarse en el país de residencia, ayudar a las familias a tomar conciencia de que estas prácticas en la tierra de acogimiento suponen un daño físico y psicológico que es un estigma y que puede ser motivo de una ulterior marginación. Para llevar a cabo esta labor de prevención es fundamental la cooperación de: la asistencia pediátrica, la escuela y los servicios sociales (30).

En un ámbito más reducido se realiza una investigación en Turín y Roma para intentar entender en qué medida la interacción con la

(28) Esta infibulación simbólica surge de una propuesta de un hospital toscano, se presenta al Comité de Bioética el cual da una respuesta favorable pues es una intervención sobre el cuerpo de la mujer que no constituye ninguna tipología delictiva y puede encontrar acogida en el sector sanitario al ser un rito simbólico compatible con la legislación italiana, aunque el código de deontología médica prohíbe, en su artículo 50, toda práctica de mutilación genital femenina. En cualquier caso la reacción generalizada fue contraria a esta propuesta del Comité; TURILLAZZI y NERI, «Luci ed ombre...», *cit.*, pp. 295-297.

(29) IDIL, nombre somalí que significa íntegra, son las siglas de *Instruments to Develop the Integrity of Lasses*. Participan en este proyecto: Italia, España, Alemania, Holanda, Dinamarca y Suiza. En el marco de este proyecto se publica una guía para los agentes sociales implicados titulada «Salvare la diversità, non la sofferenza», en *Le mutilazioni genitali femminili-MGF. Linee guida per operatori*, <http://www.eu-idil.org>.

El proyecto se propone los siguientes objetivos: extender la experiencia del norte de Europa a los países del sur; elaborar instrumentos específicos para la prevención, formación de personal, promoción de campañas de sensibilización. Para ello se ha elaborado una guía para los agentes sociales implicados, información para las comunidades de todos los países que intervienen en el proyecto, una guía de formación para los agentes implicados y un sitio web de información.

(30) *Le mutilazioni...*, *cit.*, pp. 13-17.

sociedad que acoge puede llegar a alterar la unión de las mujeres africanas hacia una costumbre que desde tiempo inmemorial es una regla de vida (31).

En este contexto el 18-4-2003 la *Commissione di Giustizia del Senato* aprueba una Propuesta de ley núm. 414 para la modificación del *Codice Penale* en materia de mutilación genital femenina. Posteriormente se reforma el 4-5-2004 (diseño de *Legge* n. 414-B) y nuevamente se modifica el 6-7-2005. En este último texto el artículo 1 expresa la finalidad de la Ley dictando las medidas necesarias para prevenir, contrarrestar y reprimir las prácticas de mutilación genital femenina que conculcan los derechos fundamentales a la integridad de la persona y a la salud de las mujeres y de las niñas. El artículo 2 destaca las actividades de promoción y coordinación, correspondiendo a la Presidencia del Consejo de Ministros promover y sostener la coordinación de los Ministerios competentes para la prevención, asistencia a las víctimas y eliminación de las prácticas de mutilación genital femenina, recabando los datos e información a nivel nacional e internacional sobre la actividad desarrollada para la prevención y represión y sobre las estrategias de choque programadas o realizadas por otros Estados. El artículo 3 propugna campañas informativas y políticas sociales, el artículo 4 aboga por la formación del personal sanitario estableciendo unas directrices generales sobre el sector y el artículo 5 contempla la institución de un número verde a los tres meses de la entrada en vigor de la Ley para recibir la información de todos aquellos que conozcan de la realización en territorio italiano de las prácticas de mutilación genital femenina (32).

Se observa una estrategia preventiva en el sector más amplio posible (33). A ello se une la aprobación definitiva de la reforma del *Codice Penale* introduciendo los delitos de mutilación genital feme-

(31) PASQUINELLI, C., «Donne africane in Italia (Mutilazioni dei genitali femminili, identità di genere e appartenenza etnica)», en *Questione Giustizia*, 3-2001, pp. 487-501.

(32) Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, XV Legislatura-Disegni di legge e relazioni-Documenti, N. 150-3282-3867-3884-4204-B, pp. 2-4.

La propuesta del número verde adjunto al Ministerio del Interior inquieta desde el punto de vista teórico pues se prevé la práctica de la denuncia no pudiendo evitarse también la anónima; CASSANO, G. y PATRUNO, F., «Mutilazioni genitali femminili», en *Famiglia e Diritto*, 2, 2007, p. 191.

(33) La prevención es fundamental, pues un sector doctrinal se hace eco hasta el 2006 de datos del Ministerio del Interior que prevén la escisión o infibulación sufrida por aproximadamente de 27 a 30.000 mujeres en Italia; TURILLAZZI y NERI, «Luci ed ombre...», *cit.*, pp. 292 y 293.

nina en la *Legge* núm. 7 del 2006 del 18-1-2006 además de regular las directrices de prevención antes mencionada (34).

No obstante, una ley represiva de la MGF debe ir acompañada de una valoración del contexto teórico más amplio y complejo que el del simple papel de la ley como medida y regla de derechos de la mujer y de la libertad femenina así como de la integridad corporal y de la función reproductiva (35); esto ha conllevado recientes críticas a la nueva reforma penal destacándose la ausencia de mecanismos efectivos de protección de las víctimas de la mutilación genital y, más concretamente, el reconocimiento del estatus de refugiada a las mujeres que intentan sustraerse o sustraer a sus hijas al riesgo de sufrir tales prácticas (36).

III. TUTELA PENAL

3.1 Antecedentes

El derecho penal italiano no sancionaba expresamente la mutilación genital femenina. Desde hacía tiempo, el *Codice Penale* italiano regulaba en el artículo 582 las lesiones personales y en el artículo 583, como lesión gravísima y pena de seis a doce años, la mutilación de un miembro dejándolo inservible. Se entiende que la pérdida es en sentido anatómico más que funcional (37) y se considera como miembro uno de los cuatro segmentos articulados del cuerpo que se unen al tronco (38). Según esta definición doctrinal la mutilación genital no quedaría bajo la protección de este precepto; sin embargo, el artículo 583 regula otras lesiones gravísimas en las que podía encu-

(34) *Gazzeta Ufficiale* n. 14 del 18-1-2006.

(35) De ello se hace eco Brunelli; BRUNELLI, G., «Prevenzione e divieto delle mutilazioni genitali femminili: genealogia (e limiti) di una legge», en *Quaderni Costituzionali*, 3-2007, p. 574.

(36) El tema de la concesión de refugiada a la mujer en riesgo se discutió en la *Camera dei Deputati* el 4 y el 13 de marzo del 2003 saliendo adelante la moción Paleotti Tangheroni que solicitaba la predisposición del gobierno italiano de «campos de asilo» en los países de origen no haciendo referencia a una eventual protección en Italia; *ibid.*, p. 580. Otro mecanismo de protección se encuentra en el artículo 19 del D.lgs. núm. 268 de 1998, *Testo unico sull'immigrazione* utilizado por los Jueces de Paz vetando la expulsión de menores de dieciocho años o a un país extranjero que pueda ser objeto de persecución por motivos de raza, sexo, religión, condición social, etc.; *ibid.*, p. 584.

(37) CRESPI, A., STELLA, F. y ZUCCALÀ, G., *Comentario breve al Codice Penale*, Padova, 2003, p. 1807.

(38) *Ibid.*, p. 1807.

drarse tal acción (39). Indudablemente, esta protección penal está acorde con el artículo 32 de la Constitución italiana donde expresamente la República tutela la salud como derecho fundamental del individuo e interés de la colectividad.

Ahora bien, la sanción por el Tribunal Ordinario de Milán (40) de un supuesto de infibulación a una niña menor pone de manifiesto el interés de hechos que parecía pertenecían al pasado; por ello, diversos sectores jurídicos (41) y sociales italianos comienzan a pedir la tutela penal de la mutilación genital femenina; tutela que se lleva a cabo en el 2006 (42) y que es acorde con los valores democráticos y sociales de la Unión Europea así como de defensa de los derechos humanos (43).

Los antecedentes jurídicos hasta llegar a la regulación penal de la mutilación genital femenina han sido laboriosos y comienzan con la *Sentenza del Tribunale Ordinario di Milano (IV Sezione Penale)* de 25 de noviembre de 1999 (44). Si bien existía, con anterioridad, un Decreto 17-7-1997 del

(39) Este artículo también sanciona, entre otras lesiones, la pérdida de un miembro, la pérdida de uso de un órgano o de la capacidad de procrear, la enfermedad cierta o probablemente incurable.

(40) Sentenza del Tribunale di Milano, 25-novembre-1999.

(41) No obstante, con anterioridad a la Sentencia del Tribunal de Milán de 1999, los autores se hacían eco de resoluciones de Tribunales extranjeros que sancionaban la mutilación aunque no con la especialidad de mutilación genital femenina. Tal es el caso de Facchi que menciona la sentencia de la Corte francesa de 20 de agosto de 1983 que establece que la ablación del clítoris se considera mutilación y en consecuencia es punible por el artículo 312 del Code Pénal, introducido en 1981; FACCHI, A., «L'escisione: un caso giudiziario», en *Sociologia del Diritto*, fascicolo 1, 1992, p. 112.

(42) Articolo 6 della Legge n. 7 di 9 di gennaio del 2006 (en *Gazzeta Ufficiale*, 18-gennaio-n.14). Este artículo introduce en el Codice Penale el artículo 583 bis bajo la rúbrica «Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili».

(43) La doctrina italiana destaca los instrumentos internacionales que reconocen y tutelan los derechos humanos y que permiten examinar la problemática de la mutilación genital femenina; consolidándose algunos principios específicos como son los criterios de las políticas nacionales e internacionales seguidas que deberían consentir la afirmación y la realización de los derechos de la mujer y del niño: no discriminación por razón de sexo, mejor interés del niño, participación de la mujer en las elecciones que le afecten y la necesidad de asegurar el desarrollo de la persona en todos los sectores de la vida; VITALONE, «Mutilazione genitale...», *cit.*, pp. 857 y 858.

(44) El hecho que fundamenta esta resolución se concreta en la denuncia de una mujer separada interpuesta a su marido egipcio pues durante las vacaciones de él, un hijo de 5 años y una hija de 10, los parientes mutilan a los niños. La niña al regresar a Milán presenta hemorragias, fiebre e infección siendo denunciado el marido por la ex mujer y acusado de lesiones personales gravísimas.

Posteriormente se realizó una encuesta al Tribunal de Menores de Roma y una investigación revelando que no se habían dado otros casos en Italia. La mutilación suele realizarse durante las vacaciones de la niña en su país de origen. Y el hecho de

Tribunale per i minorenni del Piemonte e Valle D'Aosta, que limitaba temporalmente la patria potestad de los padres respecto de su hija que había sufrido una intervención de escisión en Nigeria (45).

Para cierta doctrina italiana, la protección de la mutilación genital femenina viene dada a través de diferentes instrumentos, concretándose en: la tutela de los derechos humanos fundamentales, la tutela de los derechos de la mujer y de los niños, y los instrumentos internacionales regionales. Se dice que si bien la mutilación genital se realiza por cuestiones religiosas y aunque Italia sea un Estado laico no implica que el ordenamiento pueda consentir comportamientos lesivos de los derechos y la dignidad de otros (46). Pero incluso la pertenencia a un credo religioso por parte del inmigrante no se ve al margen de una cierta influencia de los valores y desvalores, no sólo religiosos, de la sociedad que acoge (47).

De hecho se elabora una Propuesta de Ley, aprobada por la Comisión Permanente de Justicia del Senado (8-4-2003), modificada por la Cámara de los Diputados (4-5-2004) y modificada nuevamente por el Senado (6-7-2005) (48). En esta Propuesta se regulan las disposicio-

que no exista una tipología concreta incide en las denuncias. Véase, PITCH, T., «Il trattamento giuridico delle mutilazioni dei genitali femminili», en *La legge giusta*, Aidos, Roma, 2000, pp. 11 y 12.

(45) Se autorizó a los padres a visitar a la niña en el hospital de Turín en el que se encontraba recuperándose de un grave absceso. Los padres fueron denunciados por un delito de lesiones gravísimas, si bien no se podía determinar en ese momento si la gravedad se debía a imprudencia de los padres por el retraso en el traslado al hospital.

(46) VITALONE, A., «Mutilazione genitale...», *cit.*, pp. 854-870.

Ya en los años noventa se ponía de manifiesto por la doctrina la escasa experiencia italiana en el ámbito de las minorías religiosas a las que se las veía bajo un perfil de marginalidad pero se ponía de manifiesto que no era posible conceder exenciones de responsabilidad en nombre del ejercicio de la libertad religiosa, dándose un conflicto en relación a la atenuante del artículo 62.1 (motivos de particular valor social o moral); para ampliar el tema véase: MUSSELLI, L., «Islam ed ordinamento italiano: riflessioni per un primo approccio al problema», en *Il Diritto Ecclesiastico*, parte prima, 1992, pp. 621-644.

Además el pluralismo de cultos ha producido nuevos comportamientos individuales y colectivos surgiendo una serie de conflictos, entre ellos está la familia, el ejercicio de la educación religiosa o la observación de prescripciones y prácticas de culto que entran en contradicción con normas incriminatorias reflejando concepciones muy diferentes en el ámbito de los derechos humanos, como es el caso de la MGF la cual se revela contraria a las buenas costumbres y al límite de los derechos inviolables del hombre; GARGANI, A., «Libertà religiosa e precepto penale nei rapporti familiari», en *Il Diritto Ecclesiastico*, 3-luglio-settembre, 2003, pp. 1011-1039.

(47) Cada religión, separada de su ámbito territorial, asume aspectos con connotaciones diferentes a las de origen; BOUCHARD, M., «Identità culturale uguaglianza e diversità», en *Questione Giustizia*, 3-2001, p. 479.

(48) Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, XV Legislatura-Disegni di legge e relazioni-Documenti, N. 150-3282-3867-3884-4204-B, pp. 1-7.

nes concernientes a la prevención y castigo de las prácticas de mutilación genital femenina, contemplando expresamente esta tipología en el *Codice Penale* en un nuevo artículo 583-bis; el cual sanciona al que ocasiona una mutilación de los órganos genitales femeninos incluso con el consentimiento de la víctima. Entendiendo por mutilación genital femenina: la clitoridectomía, la escisión, la infibulación y cualquier otra práctica que ocasione una mutilación similar.

Ahora bien, una minoría doctrinal entendía que la creación de un delito específico de mutilación genital, con su fuerte connotación punitiva y de control podría traducirse en un aumento de las prácticas clandestinas (49). De hecho, uno de los primeros estudios italianos sobre MGF revela que si dicha operación no fuese permitida en Italia en la mayoría de los casos los progenitores enviarían a la niña al país de origen para que se la practicasen y otros casos revelan que la practicarían en Italia a escondidas (50). Si bien, en ausencia de una política nacional coherente asumiría un papel determinante la comunidad de acogida local, en particular los trabajadores sociales y sanitarios (51).

Por ello, la doctrina se cuestionaba sobre las ventajas y desventajas de una ley penal sobre la materia razonando sobre la adecuación y oportunidad de la utilización del Derecho penal en esta materia (52).

(49) FUSASCHI, *I segni sul corpo...*, cit., p. 152.

A propósito de estas dos corrientes discordantes habría que señalar que el pluralismo cultural significa pluralismo jurídico, teoría esta que asume la existencia junto al ordenamiento estatal de otros ordenamientos jurídicos; véase, FACCHI, A., «L'escissione: pratiche tradizionali e tutela delle minorenni», en *Diritto penale e processo*, n. 4, 1996, p. 502.

(50) De 100 encuestas, en 73 casos enviarían a la niña al país de origen y en 30 casos la practicarían clandestinamente en Italia; véase, SALAD HASSAN, *La donna...*, cit., p. 84. Incluso este mismo estudio revela que muchas mutilaciones son practicadas en ciudades italianas sobre mesas de cocina, en las habitaciones y por expertos hechos venir desde los países de procedencia; *ibid.*, p. 23.

(51) PASQUINELLI, C. y otros, *Antropología delle mutilazioni dei genitali femminili*, Aidos, Roma, 2000, p. 11.

(52) Al respecto Pitch considera que construir un problema como delito significa entender la respuesta penal como la más adecuada a varios objetivos: la disminución del problema, el reconocimiento simbólico del problema como un mal y el cambio de las actitudes y de las normas culturales al problema; PITCH, T., «Il trattamento giuridico delle mutilazioni genitali femminili», en *Questione Giustizia*, 3-2001, p. 508.

Comentario general a la ley la realiza Amato en diferentes artículos de interés; véase, AMATO, G., «L'introduzione in Italia di un apposito reato è un'innovazione opportuna ma perfettibile», en *Il Sole-24 Ore*, n. 5, febbraio, 2006, pp. 21-26; AMATO, G., «Usanza che crea danni fisici e psicologici», en *Il Sole-24 Ore*, n. 5, febbraio, 2006, pp. 30-37.

3.2 Protección penal

Toda esta discusión legislativa y doctrinal da lugar a la introducción en el *Codice Penale* del artículo 583 bis bajo la rúbrica de «Prácticas de mutilación de los órganos femeninos» (53).

El párrafo 1 del mencionado precepto sanciona a quien, en ausencia de exigencias terapéuticas, ocasione la mutilación de los órganos genitales femeninos con la pena de reclusión de cuatro a doce años. Y se entiende por prácticas de mutilación de los órganos genitales femeninos la clitoridectomía, la escisión, la infibulación y cualquier otra práctica que ocasione efectos del mismo tipo.

El párrafo 2 sanciona a quien, en ausencia de exigencias terapéuticas, provoca con el fin de menoscabar las funciones sexuales, lesiones en los órganos genitales femeninos diferentes de los indicados en el primer párrafo, de los cuales se derive una enfermedad en el cuerpo o en la mente, castigándose con la pena de reclusión de tres a siete años. La pena disminuye hasta los dos tercios si la lesión es de entidad leve.

El párrafo 3 aumenta la pena en un tercio cuando las prácticas del primer y segundo párrafo son cometidas con daño a un menor o bien si el hecho se comete con fin de lucro.

El párrafo 4 considera que las disposiciones del artículo se aplican también cuando el hecho se comete incluso en el extranjero por ciudadano italiano o extranjero residente en Italia, o bien un daño de ciudadano italiano o de extranjero residente en Italia. El culpable es castigado a solicitud del Ministro de Justicia.

Además se contempla una pena accesoria de interdicción de la profesión de tres a diez años (art. 583 ter del *Codice Penale*) contra el ejerciente de una profesión sanitaria por alguno de los delitos previstos en el artículo 583 bis. Además se comunicará la sentencia de condena al Orden médico-quirúrgico y de odontología.

Vemos que la regulación italiana es más exhaustiva que la regulación española. Estableciendo incluso unas normas de perseguibilidad si bien no hace mención expresa a temas de tutela o protección de la menor, como sucede en la legislación española, debiendo remitirse estas cuestiones a la legislación civil italiana.

Cierto es que poco a poco se van introduciendo en las legislaciones penales de los Estados de la Unión Europea preceptos específicos que sancionan y persiguen la mutilación genital femenina (54). Al igual

(53) Artículo 6 de la Legge 9-gennaio-2007.

(54) Siguiendo las directrices establecidas en la Resolución del Parlamento Europeo 2001/2035.

que España, Italia contempla esta práctica dentro de las tipologías de las lesiones; si bien, sin casi jurisprudencia, el legislador ha debido hacer frente al delicado problema de la ubicación sistemática de la mutilación genital femenina (55). Queda, por tanto, al margen de tipologías específicas del maltrato. Aunque en el *Codice Penale* el delito de *maltrattamento* también se regula dentro del capítulo general de las lesiones, a diferencia de nuestro Código penal que distingue un maltrato habitual y no habitual con una ubicación sistemática diferente.

La legislación italiana contempla dos nuevas tipologías, siendo una necesidad porque era inadecuado reconducir tales prácticas a la tutela penal de las lesiones graves. Además, según Dolcini y Marinuci, se da la oportunidad de crear una norma-símbolo y establecer unas sanciones más duras (56). Ciertamente es que hay quien piensa que en realidad no se crea una nueva incriminación sino que la Ley del 2006 ha dado lugar a una sucesión de leyes siguiendo la tendencia legislativa de fragmentación de la figura de las lesiones en una pluralidad de tipologías dotadas de autonomía político-criminal (57).

Del estudio de estos preceptos se constata que:

– El bien jurídico protegido en estas nuevas tipologías es doble: la integridad física y la salud psico-sexual (58), aunque un sector mino-

(55) GAROFOLI, R., *Manuale di Diritto Penale, parte speciale*, Milano, 2006, p. 123.

(56) DOLCINI, E. y MARINUCCI, G., *Codice Penale Commentato*, Vincenzo, 2006, p. 3880.

(57) MAGNINI, V., «La disciplina penale delle mutilazioni genitali femminili. Le nuove fattispecie di cui agli artt. 583-bis e 583-ter CP», en *Studium Iuris*, 10-006, p. 1082. La autora manifiesta que la toma de posición expresa por el legislador sancionando la MGF supone la creación de una norma-símbolo subrayando su peculiar desvalor y una mayor certeza sobre la existencia de la prohibición legislativa; *ibid.*, pp. 1082 y 1083.

(58) En relación al bien jurídico salud también se destaca la faceta de la incolumidad individual; GAROFOLI, *Manuale di Diritto Penale...*, *cit.*, p. 125. El riesgo para la salud depende de la gravedad de la mutilación, de las condiciones higiénicas, de la habilidad y de la capacidad de la persona que opera y de la resistencia de la niña; PAGANELLI, M. y VENTURA, F., «Una nuova fattispecie delittuosa: le mutilazioni genitali femminili», en *Rassegna Italiana di Criminologia*, 3-4, luglio-dicembre, 2004, p. 455.

Las consecuencias que ocasiona la mutilación genital femenina son: a) físicas, ocasionándose complicaciones a breve y largo plazo; b) psicológicas.

El menoscabo de la salud física y psicosexual, como consecuencia de la práctica de la MGF, se pone de manifiesto en Congresos desde hace décadas; este es el caso del Congreso «Una violenza in più: la salute delle donne e le mutilazioni sessuali» celebrado en Roma el 13-2-1992. Véase: CIRILLO, E., «La salute delle donne e le mutilazioni sessuali: un problema della società multietnica», en *Politica del Diritto*, volumen XXIII, núm. 1, marzo, 1992, pp. 149-152.

ritario de la doctrina estima un bien jurídico triple: la incolumidad individual, la dignidad de la mujer y el derecho del menor a un desarrollo armónico de su personalidad (59).

– Sujetos: La norma (art. 583 bis párrafo 1 del Codice Penale) no condena una determinada tipología de sujeto activo, que es indiferente, aunque hay quien destaca que las mutilaciones suelen realizarse de hecho por específicos operadores sean sanitarios o no con la posibilidad de concurso a través varias formas de participación material o moral (en particular, de los progenitores) (60). Pero sí protege una determinada tipología de sujeto pasivo (61): el femenino. La mujer, sujeto pasivo, puede ser adulta o menor.

– Objeto material son los órganos genitales femeninos externos (62), aunque expresamente el precepto no lo establezca.

– Conducta típica: La conducta típica es la práctica de la mutilación tal y como se describe en el precepto (art. 583 bis párrafos 1 y 2) (63) si bien el párrafo 2 se considera una disposición residual sancionando la conducta que no implica la remoción total o parcial de los órganos genitales femeninos, no obstante, provocando lesiones en éstos (64).

Las prácticas incriminadas en el párrafo 1 del artículo 583 bis se contemplan en orden creciente de gravedad: clitoridectomía o mutilación del clítoris, escisión o mutilación del clítoris y los labios pequeños, e infibulación o mutilación del clítoris, pequeños y grandes labios y restricción de la apertura vaginal. Además el precepto hace referencia a la incriminación de cualquier otra práctica con iguales efectos (65).

(59) MANTOVANI, F., *Diritto Penale, parte speciale I (delitti contro la persona)*, Milano, 2008, p. 155.

(60) MANTOVANI, *Diritto Penale...*, *cit.*, pp. 153 y 154.

(61) GAROFOLI, *Manuale di Diritto Penale...*, *cit.*, p. 125.

(62) Los órganos genitales femeninos son: las gónadas, las vías genitales y los genitales externos.

La exclusión de los órganos femeninos internos se basa en tres argumentos: las tipologías de la mutilación genital femenina, la elevada sensibilidad de los órganos externos frente a la carencia de la misma de los órganos internos pues son órganos reproductivos, y evitar la superposición con el tipo de lesiones gravísimas por pérdida de la capacidad de procrear; DOLCINI, MARUCI, *Codice penale...*, *cit.*, pp. 3881 y 3882.

(63) Es una fórmula que cierra unas prácticas homogéneas con suficiente precisión y límites; MAGNINI, «La disciplina penale...», *cit.*, p. 1084.

(64) ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto Penale, parte speciale I*, Milano, 2008, p. 93

(65) El silencio de la norma hace necesaria su interpretación que puede ocasionar dificultad en la individualización de qué prácticas están comprendidas; GAROFOLI, *Manuale di Diritto Penale...*, *cit.*, p. 127. Para Mantovani suponen un menoscabo permanente de la funcionalidad sexual; MANTOVANI, *Diritto Penale...*, *cit.*, p. 154.

Este precepto se considera como una hipótesis especial del delito de lesiones (66).

El párrafo 2 sanciona prácticas diferentes con la finalidad de menoscabar las funciones sexuales de las cuales deriva una enfermedad en el cuerpo o en la mente. Este párrafo guarda una estrecha relación con las lesiones dolosas del artículo 582 del *Codice Penale* utilizando idéntica expresión en cuanto a las consecuencias (67).

– Ausencia de exigencia terapéutica: la exigencia terapéutica concurre cuando la mutilación o lesión de los órganos genitales femeninos se practican en interés de la salud de la mujer para prevenir una enfermedad o su empeoramiento o para su curación (68). Se dice que esta precisión es superflua atendiendo a los artículos 51 y 54 del *Codice Penale*, y su inclusión en el 583 bis se debe a la definición que de la infibulación da la Organización Mundial de la Salud (69). Se considera que la ausencia terapéutica es el presupuesto de la conducta y se entiende por exigencia terapéutica la presencia de un estado patológico.

– Ejercicio de un derecho: Respecto al ejercicio de un derecho, se podría invocar la libertad religiosa, máxime cuando Italia se proclama un Estado laico, y el ejercicio de un derecho consuetudinario. Sin embargo, el derecho a la vida y a la integridad física y mental así como a la salud son derechos más importantes y con una mayor protección frente a los dos derechos invocados por aquellos que justifican tales prácticas.

No obstante, los penalistas destacan la perplejidad generada por la condena de la práctica de mutilación y la condena de la cultura étnica o la violación del principio de laicidad del Estado (70).

– Consentimiento: En relación al consentimiento, los trabajos preparatorios de la reforma penal incluían una mención expresa al mismo. Sin embargo, tal mención se suprime en el texto final y habrá

(66) MAGNINI, «La disciplina penale...», *cit.*, p. 1083.

(67) De hecho, hay quien la califica como una figura especial de una lesión personal agravada e incluye los siguientes supuestos: *piercing*, *pricking*, incisión del clítoris y/o de los labios, alargamiento del clítoris y/ de los labios, cauterización por quemadura del clítoris y tejidos circundantes, *angurya cuts*, *gishiri cuts*, introducción de sustancias corrosivas en la vagina para causar hemorragias, introducción en la vagina de hierbas para estrecharla; DELPINO, L., *Diritto Penale, parte speciale*, Napoli, 2006, pp. 1452 y 1453.

(68) DOLCINI y MARINUCCI, *Codice penale...*, *cit.*, p. 3883.

(69) DELPINO, *Diritto Penale...*, *cit.*, p. 1450.

(70) *Ibid.*, p. 124. Si bien la doctrina italiana señala que no se puede encontrar una específica referencia y fundamento religioso en sentido estricto; DELPINO, *Diritto penale...*, p. 1451

que estar a la normativa de la parte general del derecho penal italiano (71).

– Tipo subjetivo: El tipo subjetivo contempla tanto el dolo genérico para el párrafo 1 como el específico para el párrafo 2 (72); el dolo genérico, en el párrafo 1, consiste en la conciencia y voluntad de ocasionar una mutilación genital en ausencia de exigencias terapéuticas. El dolo se excluye en el caso de que haya exigencia terapéutica (párrafo 1) (73).

En ausencia de representación y voluntad de mutilar o lesionar, la imprudencia sería admisible en el ámbito de las lesiones personales culposas del artículo 590 del *Codice Penale*.

– *Iter criminis*: Se consuma de forma instantánea y se distingue si los efectos son permanentes o no. Es factible la tentativa.

– Circunstancias especiales (74): El artículo 583 bis 3 contempla la agravación en el caso de daño a un menor o ánimo de lucro. El artículo 583 bis 2 prevé una atenuación en el supuesto de lesiones de leve entidad. Este precepto se pone en conexión en relación de especialidad con el delito de lesiones del artículo 582 del *Codice* siendo el elemento específico la finalidad de menoscabar las funciones sexuales consistiendo la acción en cualquier intervención sobre los órganos genitales femeninos externos (75).

– Perseguibilidad: Es plausible que expresamente se establezcan disposiciones concretas sobre la aplicación del precepto cuando tales prácticas se dan en el extranjero por italianos o extranjeros o en Italia sobre italianos o extranjeros. Se sigue el criterio de normativas europeas en las que cabe la sanción respecto de prácticas realizadas en el

(71) GAROFOLI, en *Manuale di Diritto Penale...*, cit., p. 123, considera no aplicable el consentimiento de la víctima al causar un daño orgánico irreparable, además numerosa normativa e instrumentos internacionales sitúan la infibulación en el ámbito de las conductas penalmente relevantes.

(72) *Ibid.*, p. 126. Antes de la introducción del artículo 582 bis en el *Codice Penale*, este tipo de prácticas se sancionaban por la tipología de las lesiones personales gravísimas en las que concurría dolo genérico pero no un dolo específico o intencional; LA MONACA, G.; AUSANIA, F. y SCASELLATI SFORZONOLI, G., «Le mutilazioni genitali femminili. Aspetti socio-antropologici, giuridici e medico-legali e contributo casistico», en *Rivista Italiana di Medicina Legale*, vol. XXVI, maggio-agosto, 2004, p. 664.

(73) En este sentido se manifiesta Manna; MANNA, A., *Reati contro la persona*, Torino, 2007, p. 125. Respecto al párrafo 2 entiende que la tipología constituye un delito de peligro con dolo de daño respecto a lo previsto en el párrafo 1 del artículo 583 bis; *ibid.*, p. 126.

(74) El artículo 583 bis puede plantear problemas en el caso de: rito alternativo, deinfibulación y reinfibulación; MAGNINI, «La disciplina penale...», cit., p. 1087.

(75) *Ibid.*, pp. 1085 y 1086.

extranjero por parte de personas residentes en Europa (76). Pero en el caso de persona extranjera ha de tener la residencia en Italia (77). Respecto a la solicitud por parte del Ministro de Justicia se entiende referido al supuesto de hechos cometidos en el extranjero en perjuicio de ciudadano italiano o de extranjero residente en Italia (78).

– Penas: Además de las penas principales señaladas en el artículo 583 bis y la pena accesoria del artículo 583 ter, se establece una responsabilidad de los entes por la comisión de los delitos de mutilación genital femenina (art. 25 quáter del *Codice Penale*) (79). Ahora bien, cuando los motivos que mueven a la comisión de este delito son fundamentalmente de índole religiosa, consuetudinaria y cultural se puede cuestionar hasta qué punto la pena tiene un valor intimidatorio o éste desaparece.

Estudios italianos sobre violencia destacan como en un largo espacio temporal la criminalidad en su complejidad y los singulares delitos han ido en relación a los cambios sociales, económicos y culturales que han intervenido en ese espacio de tiempo (80).

Por ello, si no hay un cambio cultural (81) por parte del sector inmigrante que realiza estas prácticas difícilmente podrá tener un carácter intimidatorio la pena establecida para estas tipologías y difícilmente podrán erradicarse estas prácticas. De ahí que también adquiriera gran importancia la política criminal y más concretamente las políticas de prevención.

(76) Inglaterra, España.

(77) Se exige estabilidad y fijar la sede en el país; DOLCINI/MARINUCI, *Codice Penale...*, cit., p. 3888.

(78) Así se manifiesta Garofoli; GAROFOLI, *Manuale di Diritto Penale...*, cit., p. 126.

(79) Sanción de 300 a 700 cuotas y sanción interdictiva del artículo 9.2 del *Codice Penale*, e interdicción definitiva para el ente o su unidad organizativa que tengan la finalidad única o prevalente de consentir o facilitar la comisión de estos delitos.

(80) GIUSTI, G.; BACCI, M.; SANTORI, M. B.; TALAMONTI, D. y TARDINI, M., «Le radici della violenza», en *Rassegna italiana di Criminologia*, N. 2-3, aprile-luglio, 1992, p. 267.

(81) La capacidad de aprender es elemento único y distintivo del ser humano y sobre la base del aprendizaje cultural los individuos crean, recuerdan y discuten con ideas y pensamientos caracterizándose las culturas por ser conjuntos de mecanismos de control para dirigir el comportamiento; de hecho, la mayor parte de las prácticas y costumbres de nuestra cotidianidad son el fruto de concretas elecciones culturales que por ser habituales se perciben como naturales encontrándonos ante un conjunto de valores de base que distingue a unas culturas de otras. Sin embargo, las culturas van cambiando en base a la difusión, aculturación e invención independiente; KOTTAk, *Antropologia...*, cit., pp. 46-58.

3.3 Sistema penal y pluralismo cultural

Estas últimas reflexiones guardan estrecha relación con los delitos culturalmente orientados (82) y las divergencias que pueden darse entre el sistema penal y el pluralismo cultural.

En el ámbito anglosajón ha surgido con fuerza el estudio de la *cultural defense*. Surge ante la existencia de conductas realizadas por personas de culturas diferentes a la dominante en el país de acogida, siendo sancionadas en éste pero toleradas o excusadas por el grupo al que se pertenece, como es el caso de la mutilación genital femenina.

Es decir, la *cultural defense* se puede entender como una causa de atenuación o de exclusión de la pena, invocada por inmigrantes, refugiados, poblaciones indígenas o minorías como un *background* cultural diferente de las costumbres y de los usos generalmente seguidos por la mayoría de la comunidad (83). Concorre una preocupación de garantizar una adecuada relación entre las normas culturales y el derecho penal respondiendo a la exigencia de adecuar armónicamente costumbres y tradiciones pertenecientes a minorías étnicas que viven en un territorio con el ordenamiento y los valores éticos sociales prevalentes en el mismo. Ahora bien, no todas las infracciones penales de las minorías constituyen delitos culturales sólo aquellas en las que el elemento cultural condiciona de modo directo el comportamiento del sujeto.

En Italia, a diferencia de sociedades como la estadounidense, no se habla de sociedad multicultural pero sí de sociedad multirracial planteándose doctrinalmente los primeros conflictos entre delitos culturalmente orientados y ordenamiento positivo a propósito de la mutilación genital femenina pues no se olvida que tales prácticas obedecen a un deber social y moral por parte de quien las practica.

De hecho, a finales de los noventa cuando todavía no estaba contemplada específicamente en el *Codice Penale* la MGF aunque se podía tutelar penalmente en el ámbito del delito de lesiones, el informe de una mediadora cultural haciendo referencia a las raíces culturales en el país de origen de los padres de la niña afectada incidió decisiva-

(82) Se entiende por delito cultural la acción cometida por el inmigrante, indígena o persona perteneciente a una minoría que puede ser considerada delito en el sistema penal de la cultura mayoritaria, siendo justificada, aceptada o aprobada en el propio grupo; MONTICELLI, L., «Le cultural defenses (esimenti culturali) e i reati "culturalmente orientati"». Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale», en *L'indice penale*, maggio-agosto, 2003, p. 540.

(83) *Ibid.*, pp. 535 y 536.

mente en dos disposiciones del *Tribunale per i Minorenni* en relación al tema que nos ocupa (84).

En cualquier caso, son dos las temáticas a las que puede reconducirse la relación entre sociedad multicultural y derecho: la primera se refiere al vínculo entre derechos fundamentales e identidad cultural y la segunda a los potenciales y conflictos reales entre expresiones culturales de los inmigrantes y principios fundamentales o normas del ordenamiento y las limitaciones al disfrute de derechos que tales conflictos pueden ocasionar: cultura y derecho son dos ámbitos no siempre conectados; un claro ejemplo de esta falta de conexión se da en el ámbito de la MGF (85). Es evidente que el respeto por los derechos inviolables, como es la vida o la salud, encuentran su confirmación tanto en la legislación como en la jurisprudencia europea e italiana representando un límite no superable para el reconocimiento de la diferencia cultural (86).

Con carácter más general, es importante destacar las respuestas que el derecho penal da a los hechos cometidos por sujetos culturalmente diferentes. Estas respuestas son tres: a) Actitud de tolerancia dándose la previsión de ordenamientos penales y procesales paralelos, la no aplicación de alguna norma del derecho penal sustancial a los sujetos pertenecientes a particulares grupos étnico-culturales o textos legales permisivos con normas de carácter general; b) Actitud de indiferencia; c) Actitud de intolerancia encuadrándose en este grupo la normativa italiana sobre la MGF (87). Desde un punto de vista polí-

(84) En dicho informe se destacaba que un tribunal de menores debe comprender y conocer las razones de determinados comportamientos de los padres y los componentes legados por la cultura de origen aunque debe intervenir con firmeza en la tutela de los menores en el caso de que resulten comprometidos derechos irrenunciables como la integridad física; CASTELLANI, C., «Infibulazione ed escissione: fra diritti e identità culturale», en *Minori Giustizia*, 3, 1999, pp. 140-142.

(85) El ciudadano egipcio condenado en Milán no encuentra en Italia el reconocimiento de una práctica que aunque no prevista en las normas del derecho egipcio se permite de hecho, está bastante difundida y tiene un cierto valor en términos culturales; MANCINI, L., «Società multiculturale e diritto italiano. Alcune riflessioni», en *Diritto e Politica Ecclesiastica*, 1, aprile, 2000, p. 74.

(86) El 5 de agosto de 1998 se publica un documento que es el punto de referencia de la política de inmigración en Italia intentando promover una política multicultural lo cual no implica la admisión de conductas delictivas por el hecho de tener una raigambre cultural. Este documento es el *Documento programmatico relativo alla politica dell'immigrazione e degli stranieri nel territorio dello Stato*.

(87) BERNARDI, A., «L'ondivaga rilevanza penal del fattore culturale», en *Politica del Diritto*, marzo-1, 2007, pp. 7-11.

De hecho, en relación a la MGF se ha alegado la circunstancia atenuante del artículo 62.1 del *Codice Penale* y los Tribunales han considerado que debe ser valorada con referencia a las actitudes ético-sociales prevalentes y no a los valores propios del ambiente de pertenencia.

tico-criminal y de prevención el dato cultural podría ser contraindicado incidiendo directamente en la función de intimidación además de sacrificar algunos bienes jurídicos individuales en favor de los derechos colectivos culturales pero, incluso, una política de asimilación no garantizaría la función preventiva del Derecho Penal (88) y en casos como el de la MGF es difícil pensar que el factor cultural pueda jugar a favor del culpable (89).

En Italia se ha procedido a un silencio intencional en el ámbito de la política general de inmigración por la dificultad de adscribirse a uno de los dos grandes modelos existentes (de asimilación o multicultural). Esto incide en el ámbito legislativo y en el penal no existiendo ninguna norma general que conceda especial relieve a favor del reo en el caso de conflicto normativo/cultural; en el ámbito jurisprudencial hay sentencias que valoran este conflicto del reo y otras que experimentan indiferencia dándose una clara oscilación en uno u otro sentido hasta la Ley 7 de 9-1-2006 que sanciona la MGF iniciando un nuevo tipo de reacción de intolerancia ante los delitos culturalmente motivados los cuales difícilmente pueden reconducirse a alguno de los dos modelos mencionados (90).

(88) *Ibid.*, pp. 20 y 21.

(89) De los dos modelos existentes en la UE: modelo de asimilación francés o multicultural inglés es evidente la clara objeción a este último por cuanto aceptar las prácticas culturales puede conllevar el riesgo de aceptar prácticas culturales incompatibles con los valores liberal-democráticos; BASILE, F., «Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili)», en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fascicolo 4-ottobre-dicembre, 2007, p. 1317.

(90) *Ibid.*, p. 1336.

SECCIÓN LEGISLATIVA

Disposiciones

MARÍA DEL CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Universidad de Alcalá

LEY 1/2008, DE 4 DE DICIEMBRE, PARA LA EJECUCIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA DE RESOLUCIONES QUE IMPONGAN SANCIONES PECUNIARIAS

(«BOE» núm. 293, de 5 de diciembre de 2008)

PREÁMBULO

I

El objetivo, establecido en el Tratado de Ámsterdam, de crear un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea, ha venido exigiendo un importante esfuerzo de cara a incrementar la cooperación judicial entre los Estados miembros.

En este sentido, el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales se reconoce como la base del espacio judicial europeo, desde que fuese consagrado en el Consejo Europeo de Tampere como la «piedra angular» de la cooperación judicial en materia civil y penal en la Unión Europea. Este principio se basa en la confianza mutua de que las resoluciones que van a reconocerse y a ejecutarse cumplen plenamente las exigencias básicas de legalidad y proporcionalidad en todos los países comunitarios.

La primera vez que se incorporó a un instrumento jurídico de la Unión el principio de reconocimiento mutuo, fue con ocasión de la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, incorporada al Derecho español a través de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega y de la Ley Orgánica 2/2003, de 14 de marzo, complementaria de la anterior.

Posteriormente, tuvo lugar la aprobación de la Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas, recientemente incorporada a nuestro derecho mediante la Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales, complementada por la Ley Orgánica 5/2006, de 5 de junio.

El tercer paso en este proceso dirigido al incremento de la cooperación judicial a través del principio de reconocimiento mutuo, ha venido dado de nuevo con la apro-

bación de un instrumento jurídico, en este caso la Decisión Marco 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias. Esta iniciativa se corresponde con la conclusión n.º 37 del Consejo de Tampere y la medida n.º 18 del Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo, que se refiere a la «elaboración de un instrumento que permita garantizar la recaudación por el Estado de residencia de las multas impuestas con carácter definitivo por otro Estado miembro a personas físicas o jurídicas».

A través de esta ley se pretende, por tanto, incorporar al Derecho español la citada regulación, con el fin de garantizar en España la máxima cooperación judicial con el resto de Estados miembros de la Unión Europea.

II

El objeto de esta norma consiste, en primer lugar, en regular el procedimiento a través del cual se van a transmitir, por parte de las autoridades judiciales españolas, aquellas resoluciones firmes por las que se exija el pago de una sanción pecuniaria a una persona física o jurídica como consecuencia de la comisión de una infracción penal, a otros Estados miembros de la Unión Europea. Y, en segundo lugar, en establecer el modo en el que las autoridades judiciales españolas van a reconocer y a ejecutar tales resoluciones cuando les sean transmitidas por otro Estado miembro.

Ello tendrá lugar en aquellos supuestos en que la persona sancionada posea propiedades, obtenga ingresos o tenga su residencia habitual o su sede en otro Estado miembro de la Unión Europea, distinto de aquel en el que ha sido dictada la resolución.

En este sentido, es necesario aclarar que el término sanción pecuniaria se refiere no solamente a aquella cantidad de dinero exigida en concepto de multa impuesta como consecuencia de la comisión de una infracción, sino también a la impuesta en la misma resolución en concepto de costas judiciales, como compensación en beneficio de las víctimas o destinada a un fondo público u organización de apoyo a las víctimas. Además, las sanciones impuestas pueden derivar de la comisión de una infracción de carácter penal o administrativo.

También resulta necesario aclarar que la referencia en la Decisión Marco 2005/214/JAI a las sanciones administrativas tan sólo se refiere a aquellas que sean recurribles en el orden penal. Se trata de una situación inexistente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que si bien coexiste una tipificación penal con otra administrativa, las autoridades administrativas competentes no se encuentran en la situación prevista en la norma europea, ya que sus resoluciones son recurribles en vía contencioso-administrativa y no en vía penal. Por ello la ley no incluye estos supuestos como resoluciones dictadas en España cuya ejecución se pueda solicitar en otro Estado de la Unión Europea.

III

La base fundamental sobre la que se asienta ese procedimiento consiste en la aplicación del principio de reconocimiento mutuo, que permite la ejecución casi automática de la resolución transmitida, al no requerir de un proceso de verificación de su conformidad con el ordenamiento jurídico del Estado que va a ejecutarla.

Asimismo, el procedimiento parte de la renuncia a la exigencia del control de doble incriminación para aquellas infracciones establecidas en la norma. Así pues, las resoluciones que castiguen la comisión de aquellas infracciones tendrán que ser llevadas a efecto por el Estado de ejecución aunque en dicho Estado no estuviesen castigadas.

Respecto del resto de las infracciones no especificadas en la Decisión Marco 2005/214/JAI, se permite al Estado de ejecución supeditar el cumplimiento de la resolución recibida a la condición de que el hecho esté también castigado en su legislación.

Como excepción al automatismo de la ejecución, la ley regula una serie de motivos que justifican la denegación del reconocimiento y la ejecución de la resolución.

Por lo que respecta al procedimiento de transmisión de las resoluciones, éste se asemeja al previsto para la ejecución de las resoluciones de embargo y aseguramiento de pruebas en procedimientos penales, al no requerir de un título «ad hoc» como ocurre en la orden europea de detención y entrega, sino limitarse a especificar que junto con la resolución sancionadora habrá de acompañarse un certificado conforme al modelo que se establece en el anexo de la ley, traducido a la lengua que en cada caso resulte oportuno.

Una vez transmitida la resolución y salvo que concurra alguno de los motivos de denegación o suspensión de la ejecución, la resolución será ejecutada de acuerdo con el ordenamiento jurídico del Estado encargado de aplicarla.

IV

La ley se estructura en tres capítulos, a los que se añaden dos disposiciones adicionales, una transitoria y tres finales, más un anexo.

El primer capítulo contiene las disposiciones generales, referidas al objeto de la ley, a la definición de los conceptos fundamentales y a las autoridades que en España serán competentes tanto para emitir las resoluciones objeto de la ley, como para ejecutarlas, el destino de las cantidades cobradas en ejecución de las sanciones pecuniarias y la inexistencia de reembolso de gastos entre Estados.

El segundo capítulo regula la transmisión por las autoridades españolas de las resoluciones por las que se exija el pago de sanciones pecuniarias a otros Estados miembros de la Unión Europea, para que éstos procedan a su ejecución. En especial se atiende a la forma de transmisión y al modo en que aquélla ha de documentarse, así como a las consecuencias que se desprenden de la transmisión de una resolución. Finalmente, se atiende al derecho que será aplicable a la resolución adoptada, así como al régimen de suspensión, impugnación de la sentencia, amnistía e indulto.

Por último, el capítulo tercero se refiere a la ejecución en España de aquellas resoluciones que le sean transmitidas por otros Estados miembros de la Unión Europea.

Esta regulación parte del reconocimiento del principio de no sujeción al control de la doble tipificación y por tanto del reconocimiento y ejecución automático de la resolución, para admitir a continuación la existencia de una serie de supuestos en que sí se exige la doble tipificación o en los que la autoridad competente puede denegar el reconocimiento y ejecución de la sanción. Regula también las normas aplicables a la ejecución de la resolución, los supuestos en que debe revisarse la cuantía de la sanción, las sanciones alternativas en el caso de impago y los supuestos de suspensión o concesión de la amnistía o el indulto.

La parte final de la ley contiene dos disposiciones adicionales, la primera regula el régimen especial aplicable a la transmisión de medidas con el Reino Unido e Irlanda, y la segunda contiene una previsión relativa a la remisión de información estadística. Se incluyen también una disposición transitoria, que determina el régimen jurídico de las resoluciones que se encuentren en curso a la entrada en vigor de la ley, y tres disposiciones finales. La primera de ellas fundamenta la competencia estatal para dictar esta ley en el artículo 149.1.6.^a de la Constitución, la segunda señala que la nueva ley incorpora al Derecho español la Decisión Marco 2005/214/JAI y la última establece el momento de su entrada en vigor. Se incluye finalmente, en el anexo, el certificado que han de remitir los tribunales españoles para el reconocimiento de las sanciones pecuniarias impuestas por ellos en otros Estados miembros de la Unión Europea.

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. *Objeto.*

1. Esta ley tiene por objeto regular el procedimiento que deben seguir las autoridades judiciales españolas para transmitir, a las autoridades correspondientes de los demás Estados miembros de la Unión Europea, una resolución firme por la que se exija el pago de una sanción pecuniaria a una persona física o jurídica como consecuencia de la comisión de una infracción penal.

2. Se regula, asimismo, la actuación que han de desarrollar las autoridades judiciales españolas cuando reciban una resolución firme emitida por la autoridad judicial competente de otro Estado miembro de la Unión Europea por la que se exija el pago de una sanción pecuniaria a una persona física o jurídica como consecuencia de la comisión de una infracción penal, para su reconocimiento y ejecución.

Estas normas comprenderán también la ejecución en España de las sanciones pecuniarias impuestas por autoridades de otro Estado miembro de la Unión Europea distintas de órganos judiciales por contravención de la respectiva legislación. En este caso, se exigirá que esa resolución hubiera sido recurrible ante órganos jurisdiccionales con competencia en materia penal en dicho Estado.

3. Las disposiciones de esta ley se entenderán sin perjuicio de la aplicación de aquellos Convenios con otros Estados miembros de la Unión Europea celebrados por España que contribuyan a una mayor simplificación y agilidad en los procedimientos de ejecución de las sanciones pecuniarias.

Artículo 2. *Estado de emisión y Estado de ejecución.*

A los efectos regulados en esta ley, se entenderá por:

a) Estado de emisión: el Estado miembro en el que se ha dictado la resolución por la que se exige el pago de una sanción pecuniaria.

b) Estado de ejecución: el Estado miembro al que se ha transmitido la resolución por la que se exige el pago de una sanción pecuniaria, para su reconocimiento y ejecución.

Artículo 3. *Sanción pecuniaria.*

1. Se entenderá por sanción pecuniaria la cantidad de dinero exigida por una resolución en concepto de multa impuesta como consecuencia de la comisión de una

infracción penal o de una infracción administrativa, siempre que, en relación con estas últimas, las sanciones administrativas fueran recurribles ante un órgano jurisdiccional penal.

2. A los efectos de esta ley, también se incluirán en las sanciones pecuniarias las cantidades que figuren en las correspondientes resoluciones y se refieran a los siguientes conceptos:

a) Aquella cantidad de dinero impuesta en concepto de costas judiciales o gastos administrativos originados en el procedimiento.

b) Una compensación en beneficio de las víctimas, siempre que la víctima no pueda ser parte civil en el procedimiento y el órgano jurisdiccional actúe en el ejercicio de su competencia penal.

c) Una cantidad destinada a un fondo público o a una organización de apoyo a las víctimas.

3. La sanción pecuniaria a los efectos de esta ley no podrá comprender órdenes de confiscación de instrumentos o productos del delito, ni resoluciones de restitución, ni reparación del daño ni la indemnización de perjuicios materiales y morales, determinadas en un procedimiento penal, sin perjuicio de lo previsto en la letra b) del apartado anterior.

Artículo 4. *Autoridades judiciales españolas competentes.*

1. Será competente para transmitir una resolución por la que se exija el pago de una sanción pecuniaria impuesta a una persona física o jurídica que posea propiedades u obtenga ingresos en otro Estado miembro de la Unión Europea el órgano jurisdiccional penal competente para su ejecución en España.

2. Son autoridades competentes para ejecutar en España una resolución por la que se exija el pago de una sanción pecuniaria los Jueces de lo Penal del lugar donde se encuentren las propiedades o fuente de ingresos o la residencia habitual de la persona física o la sede social de la persona jurídica sobre la que recaiga la sanción pecuniaria.

Artículo 5. *Destino de las cantidades cobradas.*

Las cantidades percibidas en concepto de ejecución de una resolución en España se ingresarán en la cuenta de depósitos y consignaciones judiciales, salvo que se hubiese acordado otra cosa con el Estado de emisión respecto de las cantidades que constituyan una compensación en beneficio de las víctimas a que se refiere la letra b) del artículo 3.2.

Fuera del caso de la citada compensación en beneficio de las víctimas, España no admitirá ningún otro acuerdo que pudiera variar la regla expresada en el párrafo anterior.

Artículo 6. *Gastos.*

Las actuaciones previstas en esta ley no conllevarán ninguna reclamación de reembolso de gastos al Estado al que se dirija o del que provenga el reconocimiento de la sanción pecuniaria, ni tampoco se pagará cantidad alguna a otro Estado por estas actuaciones.

CAPÍTULO II

TRANSMISIÓN POR LAS AUTORIDADES ESPAÑOLAS DE UNA RESOLUCIÓN POR LA QUE SE EXIJA EL PAGO DE UNA SANCIÓN PECUNIARIA PARA SU EJECUCIÓN EN OTRO ESTADO MIEMBRO DE LA UNIÓN EUROPEA

Artículo 7. *Transmisión de una resolución por la que se exija el pago de una sanción pecuniaria.*

1. La autoridad judicial penal española competente para ejecutar una resolución por la que se condene al pago de una sanción pecuniaria a una persona física o jurídica que posea propiedades, obtenga ingresos o tenga su residencia habitual o su sede social en otro Estado miembro de la Unión Europea, podrá transmitir la resolución, siempre que ésta sea firme, a la autoridad competente de dicho Estado para que proceda a su ejecución.

2. En el caso de que la autoridad judicial penal española no conozca cuál es la autoridad competente para ejecutar la resolución, podrá efectuar todas las investigaciones que considere oportunas y valerse de todos los medios que resulten necesarios, incluidos los puntos de contacto de la Red Judicial Europea.

3. La autoridad judicial penal española transmitirá la resolución a un único Estado de ejecución cada vez.

Artículo 8. *Documentación y modo de transmisión.*

1. La resolución que se pretende ejecutar deberá ir acompañada de un certificado, cuyo modelo figura en el anexo, el cual irá firmado por la autoridad judicial penal española que, conforme a la legislación interna, fuere competente para su ejecución.

2. La autoridad judicial penal española transmitirá la resolución original o una copia testimoniada de la misma, junto con el certificado, directamente a la autoridad encargada de la ejecución, por cualquier medio que deje constancia escrita en condiciones que permitan a la autoridad a la que se dirige establecer su autenticidad.

La autoridad judicial penal española mantendrá comunicación de forma directa con la autoridad a la que se dirige la resolución.

3. El certificado deberá traducirse a la lengua oficial o a una de las lenguas oficiales del Estado al que se dirige o, en su caso, a una lengua oficial de las instituciones comunitarias que hubiera aceptado dicho Estado.

Artículo 9. *Consecuencias de la transmisión de una resolución.*

1. Una vez transmitida la resolución, la autoridad judicial penal española no podrá proceder a su ejecución, salvo en los casos en que se produzca su devolución.

Tal suspensión alcanzará sólo a los pronunciamientos relativos a la imposición de una pena de multa y a las costas.

2. Si, después de transmitir una resolución, la autoridad penal española recibiese una cantidad de dinero, sea porque hubiera sido pagada voluntariamente por la persona condenada o porque fuera resultado de actuaciones judiciales anteriores, aplicará el pago recibido en la forma legalmente prevista e informará inmediatamente de ello a la autoridad competente del Estado de ejecución, con indicación de la reducción

que haya experimentado la cuantía y los conceptos incluidos en la sanción pecuniaria sometida a ejecución.

Artículo 10. *Adopción de una medida de suspensión de la ejecución.*

La autoridad judicial penal española informará inmediatamente a la autoridad encargada de la ejecución de la adopción de cualquier medida que tenga por objeto suspender o dejar sin efecto el carácter ejecutorio de la resolución, solicitando la devolución de la resolución.

Artículo 11. *Impugnación de la sentencia, amnistía e indulto.*

1. La autoridad judicial penal española conocerá de cualquier impugnación que se interponga contra la resolución.

2. En caso de estimación de un recurso o de concesión de amnistía o indulto que afecte a alguna de las cantidades comprendidas en la sanción pecuniaria impuesta, la autoridad judicial penal española lo comunicará inmediatamente al Estado de ejecución.

La concesión de amnistía o indulto no podrá alcanzar, en ningún caso, al concepto de costas o gastos administrativos generados en el proceso ni tampoco a la compensación otorgada en beneficio de la víctima.

CAPÍTULO III

EJECUCIÓN EN ESPAÑA DE UNA RESOLUCIÓN POR LA QUE SE EXIJA EL PAGO DE UNA SANCIÓN PECUNIARIA EMITIDA POR LA AUTORIDAD COMPETENTE DE OTRO ESTADO MIEMBRO DE LA UNIÓN EUROPEA

Artículo 12. *Principio de doble tipificación.*

1. Las resoluciones firmes que castiguen hechos enjuiciados como alguno de los delitos o infracciones enumerados a continuación, no estarán sujetas a control de doble tipificación, bastando con que estén castigados en el Estado de emisión.

Estas infracciones son:

Pertenencia a una organización delictiva.

Terrorismo.

Trata de seres humanos.

Explotación sexual de menores y pornografía infantil.

Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

Tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos. Corrupción.

Fraude, incluido el que afecte a los intereses financieros de las Comunidades Europeas.

Blanqueo del producto del delito.

Falsificación de moneda, incluida la del euro.

Delitos informáticos.

Delitos contra el medio ambiente, incluido el tráfico ilícito de especies animales protegidas y de especies y variedades vegetales protegidas.

Ayuda a la entrada y a la estancia irregulares.

Homicidio voluntario y agresión con lesiones graves. Tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos.

Secuestro, retención ilegal y toma de rehenes. Racismo y xenofobia.
 Robos organizados o a mano armada.
 Tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y las obras de arte.
 Estafa.
 Chantaje y extorsión de fondos.
 Violación de derechos de propiedad intelectual o industrial y falsificación de mercancías.
 Falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos falsos.
 Falsificación de medios de pago.
 Tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento.
 Tráfico ilícito de materias nucleares y radiactivas.
 Tráfico de vehículos robados.
 Violación.
 Incendio provocado.
 Delitos incluidos en la competencia de la Corte Penal Internacional.
 Apoderamiento ilícito de aeronaves y buques.
 Sabotaje.
 Conducta contraria a la legislación de tráfico, incluidas las infracciones a la legislación de conducción y de descanso y a las normas reguladoras de transporte de mercancías peligrosas.
 Contrabando de mercancías.
 Infracciones a los derechos de propiedad intelectual e industrial.
 Amenazas y actos de violencia contra las personas, incluida la violencia durante los acontecimientos deportivos.
 Vandalismo.
 Robo.
 Infracciones establecidas por el Estado de emisión en virtud de normas comunitarias.

2. Cuando el Juez de lo Penal competente reciba la resolución de una autoridad judicial de otro Estado miembro de la Unión Europea para que ejecute una sanción pecuniaria impuesta por una infracción no prevista en el apartado anterior, supeditará el reconocimiento y la ejecución de la resolución a la condición de que el hecho por el que la misma se haya dictado sea también constitutivo de infracción según el Derecho español.

Artículo 13. *Reconocimiento y ejecución de las resoluciones.*

1. El Juez de lo Penal competente estará obligado a reconocer y a ejecutar, sin más trámite, una resolución por la que se condene al pago de una sanción pecuniaria a una persona física o jurídica que posea propiedades, obtenga ingresos o tenga su residencia habitual o sede social en España, que haya sido debidamente transmitida por la autoridad competente del Estado de emisión, salvo en aquellos casos en que concurra alguno de los motivos para el no reconocimiento o la no ejecución que se contemplan en el artículo siguiente.

Cuando el certificado que acompañe a la resolución de ejecución de una sanción pecuniaria no venga traducido al español se remitirá inmediatamente a la autoridad judicial que lo hubiera firmado para que lleve a cabo la traducción correspondiente.

Los Jueces de lo Penal competentes admitirán las resoluciones de ejecución de las sanciones pecuniarias que regula esta ley que se efectúen mediante correo certifi-

cado, fax o medios informáticos o telemáticos cuando se trate de documentos firmados electrónicamente, que permitan verificar su autenticidad.

2. El Juez de lo Penal competente informará a la autoridad competente del Estado de emisión, por cualquier medio que deje constancia escrita, de la ejecución de la resolución tan pronto como ésta haya finalizado.

3. Cuando un Juez de lo Penal reciba una resolución para su reconocimiento y ejecución y no sea competente para ello, la transmitirá de oficio al que lo sea, si así se desprende de la documentación recibida, e informará de ello inmediatamente y por cualquier medio que deje constancia escrita a la autoridad del Estado de emisión.

Artículo 14. *Denegación del reconocimiento y la ejecución de la resolución.*

1. El Juez de lo Penal competente denegará el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones que exijan el pago de una sanción pecuniaria en los siguientes casos:

a) Cuando se haya dictado en España una resolución contra la misma persona y respecto de los mismos hechos.

b) Cuando se haya dictado una resolución contra la misma persona y respecto de los mismos hechos en un Estado distinto al de emisión y ejecución y la resolución haya sido ejecutada.

c) Cuando la resolución castigue una infracción distinta de las reguladas en el artículo 12 y ésta no se encuentre tipificada en el Derecho español.

d) Cuando la resolución se refiera a hechos para los que sean competentes las autoridades españolas y, de haberse dictado la condena por un órgano jurisdiccional español, la sanción impuesta hubiese prescrito de conformidad con el Derecho español.

e) Cuando la resolución se refiera a hechos que el Derecho español considere cometidos en su totalidad o en parte en territorio español o cuando se hayan cometido fuera del Estado emisor y el Derecho español no permita la persecución de dichas infracciones cuando se hayan cometido fuera de su territorio.

f) Cuando exista una inmunidad que impida la ejecución de la resolución.

g) Cuando la resolución castigue a una persona física que, debido a su edad, no habría podido ser considerada responsable penal de acuerdo con lo previsto en la legislación española.

h) Cuando falte el certificado que ha de acompañar a la solicitud de ejecución de la resolución, sea incompleto o no se corresponda manifiestamente con la resolución.

i) Cuando con arreglo al certificado, el interesado:

1.º En caso de procedimiento escrito, no hubiera sido informado en virtud de la legislación del Estado de emisión, personalmente o por medio de un representante competente con arreglo a su legislación nacional, de su derecho a impugnar la resolución y de los plazos para ello.

2.º No hubiera comparecido en persona, salvo que el certificado indicara que, de conformidad con la legislación del Estado de emisión, le ha sido notificado el procedimiento al interesado personalmente o por medio de un representante competente con arreglo a su legislación nacional, o bien que el interesado haya indicado que no impugna la resolución.

j) Cuando la sanción pecuniaria sea inferior a 70 euros o, tratándose de otra divisa, a un importe equivalente.

k) Cuando, del certificado y resolución comunicada para su ejecución, se evidencie que se ha producido una vulneración de los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea y reflejados en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.

2. En los casos a que hacen referencia los apartados d), h), i) y k) del apartado anterior, antes de denegar, ya sea parcial o totalmente, el reconocimiento y la ejecución de la resolución, el Juez de lo Penal habrá de consultar a la autoridad del Estado de emisión por cualquier medio que considere adecuado para que aclare y, en su caso, subsane la vulneración cometida.

3. El Juez de lo Penal competente habrá de informar inmediatamente y mediante cualquier medio que deje constancia escrita al Estado de emisión, de cualquier resolución que suponga la denegación del reconocimiento o ejecución de una resolución previamente transmitida, así como de los motivos que llevaron a aquélla.

Artículo 15. *Normas aplicables a la ejecución de la resolución.*

1. La ejecución de la resolución se regirá por el Derecho español, llevándose a cabo del mismo modo que si se tratase de una sanción pecuniaria impuesta por una autoridad española, con las excepciones establecidas en materia de recursos en el artículo 19 de esta misma ley.

No obstante, la ejecución se llevará a efecto sin que sea preciso que el ejecutado cuente con asistencia letrada. Todo ello, sin perjuicio de participar al obligado las resoluciones judiciales que le afecten cuando tenga su domicilio o residencia en España y reconociéndosele en todo caso el derecho a intervenir en el proceso con abogado y procurador, si lo tuviere por conveniente.

2. También se ejecutará la sanción pecuniaria que se haya impuesto en el Estado de emisión a una persona jurídica por una infracción para la que no se prevea su responsabilidad de acuerdo con el Derecho español.

Artículo 16. *Revisión de la cuantía de la sanción.*

1. En el supuesto de que la persona sancionada presente una prueba de pago total o parcial en cualquier Estado, el Juez de lo Penal deberá consultar con la autoridad competente del Estado de emisión y deducir la parte de la sanción que haya sido efectivamente cobrada en otro Estado de la cantidad sometida a ejecución en España.

2. Cuando se demuestre que la resolución se refiere a hechos que no fueron cometidos dentro del territorio del Estado de emisión y sobre los que las autoridades judiciales penales españolas tengan competencia, el Juez de lo Penal podrá decidir la reducción del importe de la multa ejecutada a la cuantía máxima prevista para hechos del mismo tipo conforme a lo previsto en el ordenamiento jurídico español.

3. En estos casos, el Juez de lo Penal competente informará del carácter parcial de la ejecución de la resolución a la autoridad competente del Estado de emisión por cualquier medio que deje constancia escrita.

4. En aquellos casos en que la sanción se hubiera impuesto en un Estado con distinta divisa, el Juez de lo Penal convertirá a euros la cuantía de la sanción, aplicando el tipo de cambio vigente en el momento en que se impuso la misma.

Artículo 17. *Sanciones alternativas en caso de impago de la sanción pecuniaria.*

1. Cuando sea imposible ejecutar total o parcialmente una resolución, el Juez de lo Penal competente podrá aplicar sanciones alternativas, incluida la privación de libertad, conforme a lo previsto en el ordenamiento jurídico español, en los casos en que el Estado de emisión hubiera aceptado aplicar dichas sanciones alternativas en el certificado presentado y, en todo caso, sin exceder del nivel máximo de la sanción previsto en el mismo.

En ningún caso se aplicará como sanción alternativa la privación de libertad cuando la sanción pecuniaria cuya ejecución se solicite se hubiera impuesto por la comisión de una infracción administrativa, aun cuando hubiera sido recurrida ante un órgano jurisdiccional penal del Estado de emisión.

2. El Juez de lo Penal competente informará inmediatamente y mediante cualquier medio que deje constancia escrita, de la aplicación de una sanción alternativa conforme a lo dispuesto en el apartado anterior.

Artículo 18. *Suspensión de la ejecución.*

El Juez de lo Penal estará obligado a suspender la ejecución de la resolución tan pronto como la autoridad competente del Estado de emisión le informe de la adopción de cualquier resolución o medida que tenga por efecto suspender o dejar sin efecto la resolución por cualquier otro motivo, incluida la concesión de la amnistía o el indulto.

En cualquiera de estos casos, el Juez de lo Penal devolverá la resolución a la autoridad competente del Estado de emisión.

Artículo 19. *Recursos.*

1. Contra las resoluciones dictadas por el Juez de lo Penal que resuelvan acerca del reconocimiento y ejecución de las resoluciones emitidas por una autoridad de otro Estado miembro de la Unión Europea, el Ministerio Fiscal, el sujeto pasivo del proceso de que trae causa la resolución o los titulares de derechos e intereses legítimos que puedan verse afectados podrán interponer el recurso de reforma y el de apelación, que no suspenderán la ejecución.

El recurso de apelación podrá interponerse subsidiariamente con el de reforma o por separado. En ningún caso será necesario interponer previamente el de reforma para presentar la apelación. Todos estos recursos se tramitarán de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la recurribilidad de los autos de los Jueces de lo Penal en el procedimiento abreviado.

2. Tan pronto como se interpongan los recursos de reforma o de apelación, el Juez de lo Penal comunicará esta circunstancia al órgano judicial del Estado emisor, por cualquier medio que deje constancia escrita, en condiciones que permitan a la autoridad judicial a la que se dirige establecer su autenticidad, para que exponga, en su caso, las consideraciones que estime oportunas en el plazo de cinco días desde la recepción del certificado.

3. El Juez de lo Penal informará a la autoridad judicial de emisión del resultado del recurso de reforma o apelación.

4. Los motivos de fondo por los que se haya adoptado la resolución sólo podrán ser impugnados mediante un recurso interpuesto en el Estado miembro de la autoridad judicial de emisión.

DISPOSICIONES ADICIONALES

Disposición adicional primera. *Transmisión de medidas con el Reino Unido y la República de Irlanda.*

La transmisión de las resoluciones por las que se exija el pago de una sanción pecuniaria con el Reino Unido y la República de Irlanda, se efectuará con arreglo a lo dispuesto en esta ley, a menos que estos Estados manifiesten mediante declaración depositada ante la Secretaría General del Consejo y notificada a la Comisión, que optan por la transmisión de sus resoluciones y del certificado correspondiente por conducto de su autoridad o autoridades centrales especificadas en la declaración.

Disposición adicional segunda. *Remisión de información estadística.*

De conformidad con las directrices que, en su caso, se fijen por la Comisión Nacional de Estadística Judicial, los Juzgados o Tribunales que transmitan o reciban resoluciones de reconocimiento de sanciones pecuniarias, lo comunicarán al Consejo General del Poder Judicial.

El Consejo General del Poder Judicial remitirá trimestralmente la información a la que se refiere el párrafo anterior al Ministerio de Justicia.

Disposición transitoria única. *Resoluciones en curso.*

1. Esta ley será aplicable a las resoluciones que se transmitan o reciban con posterioridad a su entrada en vigor, con independencia de que hubieran sido dictadas con anterioridad.

2. Las resoluciones por las que se exija el pago de una sanción pecuniaria que se encuentren en ejecución a la entrada en vigor de esta ley seguirán tramitándose conforme a las normas hasta entonces vigentes.

DISPOSICIONES FINALES

Disposición final primera. *Competencia estatal.*

Esta ley se dicta en ejercicio de la competencia atribuida al Estado en materia de legislación procesal por el artículo 149.1.6.^a de la Constitución.

Disposición final segunda. *Incorporación de Derecho de la Unión Europea.*

En esta ley se incorpora al Derecho español la Decisión Marco 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias.

Disposición final tercera. *Entrada en vigor.*

La presente ley entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

LEY ORGÁNICA 2/2008, DE 4 DE DICIEMBRE, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 6/1985, DE 1 DE JULIO, DEL PODER JUDICIAL, COMPLEMENTARIA DE LA LEY PARA LA EJECUCIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA DE RESOLUCIONES QUE IMPONGAN SANCIONES PECUNIARIAS

(«BOE» núm. 293, de 5 diciembre de 2008)

PREÁMBULO

La Ley 1/2008, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones que impongan sanciones pecuniarias establece en el artículo 4 la competencia de los Jueces de lo Penal para la adopción de las medidas previstas en dicha Ley cuando España sea Estado de ejecución de las resoluciones objeto de tal regulación. Por este motivo, es necesario modificar la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que enumera las competencias de los órganos jurisdiccionales.

Así, debe, en primer lugar, añadirse en el apartado 2 del artículo 89 bis de dicha Ley la atribución a los Juzgados de lo Penal de la competencia para el cumplimiento de las resoluciones que impongan sanciones pecuniarias por la comisión de infracciones.

Esta nueva competencia obliga también a modificar el número segundo del artículo 65 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que hasta ahora atribuía a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional la ejecución de sentencias dictadas por tribunales extranjeros. Con la aprobación de la Ley 1/2008, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones que impongan sanciones pecuniarias, debe contemplarse, en dicho artículo, la posibilidad de que se pueda encomendar la ejecución de determinadas resoluciones procedentes de las autoridades competentes de otros Estados miembros a otros órganos judiciales.

Artículo único. *Modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.*

La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, queda modificada como sigue:

Uno. Se modifica el número 2.º del artículo 65, que queda redactado del siguiente modo:

«2.º De los procedimientos penales iniciados en el extranjero, de la ejecución de las sentencias dictadas por Tribunales extranjeros o del cumplimiento de pena de prisión impuesta por Tribunales extranjeros, cuando en virtud de un tratado internacional corresponda a España la continuación de un procedimiento penal iniciado en el extranjero, la ejecución de una sentencia penal extranjera o el cumplimiento de una pena o medida de seguridad privativa de libertad, salvo en aquellos casos en que esta Ley atribuya alguna de estas competencias a otro órgano jurisdiccional penal.»

Dos. Se añade un nuevo párrafo al final del apartado 2 del artículo 89 bis, con la siguiente redacción:

«Corresponde asimismo a los Juzgados de lo Penal la ejecución de las sentencias dictadas en causas por delito por los Juzgados de Instrucción, y el reconocimiento y ejecución de las resoluciones que impongan sanciones pecuniarias transmitidas por las autoridades competentes de otros Estados miembros de la Unión Europea, cuando las mismas deban cumplirse en territorio español.»

Tres. Se añade un nuevo párrafo al final del apartado 3 del artículo 89 bis, con la siguiente redacción:

«Corresponde asimismo a los Juzgados Centrales de lo Penal la ejecución de las sentencias dictadas en causas por delito por los Juzgados Centrales de Instrucción.»

Disposición final única. *Entrada en vigor.*

La presente Ley Orgánica entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

RESOLUCIÓN DE 20 DE ENERO DE 2009, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGUROS Y FONDOS DE PENSIONES, POR LA QUE SE DA PUBLICIDAD A LAS CUANTÍAS DE LAS INDEMNIZACIONES POR MUERTE, LESIONES PERMANENTES E INCAPACIDAD TEMPORAL QUE RESULTARÁN DE APLICAR DURANTE 2009 EL SISTEMA PARA VALORACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS A LAS PERSONAS EN ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN

(«BOE» núm. 28, de 2 de febrero de 2009)

El texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, establece que anualmente, con efectos de primero de enero de cada año, deberán actualizarse las cuantías indemnizatorias que se recogen en el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación y, en su defecto, quedarán automáticamente actualizadas en el porcentaje del índice general de precios al consumo correspondiente al año natural inmediatamente anterior.

En este último supuesto, y con la finalidad de facilitar el conocimiento y aplicación del sistema, la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones debe dar publicidad a las cuantías resultantes.

Habida cuenta que según datos del Instituto Nacional de Estadística, el índice general de precios al consumo se incrementó en el 1,4 por ciento en el periodo de referencia, procede actualizar en tal cuantía para el ejercicio de 2009 el sistema de valoración citado. A estos efectos se toman como base las cifras contenidas en el anexo del texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, una vez incrementadas en las actualizaciones correspondientes a los años 2005 a 2008.

Sobre la base de cuanto antecede, esta Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones ha acordado:

Dar publicidad a través de esta Resolución a las indemnizaciones, vigentes durante el año 2009, para caso de muerte, lesiones permanentes e incapacidades temporales, que resultan de aplicar el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, recogido en el texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, incorporándose como anexo las cuantías actualizadas.

ANEXO

TABLA I

Indemnizaciones básicas por muerte (incluidos daños morales)

Perjudicados/beneficiarios (1) de la indemnización (por grupos excluyentes)	Edad de la víctima		
	Hasta 65 años — Euros	De 66 a 80 años — Euros	Mas de 80 años — Euros
Grupo I			
Víctima con cónyuge (2)			
Al cónyuge	104.837,52	78.628,14	52.418,76
A cada hijo menor	43.682,30	43.682,30	43.682,30
A cada hijo mayor:			
Si es menor de veinticinco años	17.472,92	17.472,92	6.552,34
Si es mayor de veinticinco años	8.736,46	8.736,46	4.368,23
A cada padre con o sin convivencia con la víctima ...	8.736,46	8.736,46	—
A cada hermano menor huérfano y dependiente de la víctima	43.682,30	43.682,30	—
Grupo II			
Víctima sin cónyuge (3) y con hijos menores			
Sólo un hijo	157.256,27	157.256,27	157.256,27
Sólo un hijo, de víctima separada legalmente	122.310,44	122.310,44	122.310,44
Por cada hijo menor más (4)	43.682,30	43.682,30	43.682,30
A cada hijo mayor que concorra con menores	17.472,92	17.472,92	6.552,34
A cada padre con o sin convivencia con la víctima	8.736,46	8.736,46	—
A cada hermano menor huérfano y dependiente de la víctima	43.682,30	43.682,30	—
Grupo III			
Víctima sin cónyuge (3) y con todos sus hijos mayores			
III.1 Hasta veinticinco años:			
A un solo hijo	113.573,98	113.573,98	65.523,45
A un solo hijo, de víctima separada legalmente	87.364,59	87.364,59	52.418,76
Por cada otro hijo menor de veinticinco años (4)	26.209,38	26.209,38	13.104,69
A cada hijo mayor de veinticinco años que concorra con menores de veinticinco años	8.736,46	8.736,46	4.368,23
A cada padre con o sin convivencia con la víctima	8.736,46	8.736,46	—
A.cada hermano menor huérfano y dependiente de la víctima	43.682,30	43.682,30	—
III.2 Más.de veinticinco años:			
A un solo hijo	52.418,76	52.418,76	34.945,84
Por cada otro hijo mayor de veinticinco años más (4)	8.736,46	8.736,46	4.368,23
A cada padre con o sin convivencia con la víctima ...	8.736,46	8.736,46	—
A cada hermano menor huérfano y dependiente de la víctima	43.682,30	43.682,30	—

Perjudicados/beneficiarios (1) de la indemnización (por grupos excluyentes)	Edad de la víctima		
	Hasta 65 años — Euros	De 66 a 80 años — Euros	Más de 80 años — Euros
Grupo IV			
Víctima sin cónyuge (3) ni hijos y con ascendientes			
Padres (5) :			
Convivencia con la víctima	96.101,05	69.891,68	—
Sin convivencia con la víctima	69.891,68	52.418,76	—
Abuelo sin padres (6) :			
A cada uno	26.209,38	—	—
A cada hermano menor de edad en convivencia con la víctima en los dos casos anteriores	17.472,92	—	—
Grupo V			
Víctima con hermanos solamente			
V.1 Con hermanos menores de veinticinco años:			
A un solo hermano	69.891,68	52.418,76	34.945,84
Por cada otro hermano menor de veinticinco años (7)	17.472,92	17.472,92	8.736,46
A cada hermano mayor de veinticinco años que concorra con hermanos menores de veinticinco años	8.736,46	8.736,46	8.736,46
V.2 Sin hermanos menores de veinticinco años:			
A un solo hermano	43.682,30	26.209,38	17.472,92
Por cada otro hermano (7)	8.736,46	8.736,46	8.736,46

(1) Con carácter general:

Quando se trate de hijos, se incluirán también los adoptivos.

Quando se fijen cuantías distintas según la edad del perjudicado o beneficiario se aplicará la edad que tuviese éste en la fecha en que se produjo el accidente de la víctima.

(2) Cónyuge no separado legalmente al tiempo del accidente.

Las uniones conyugales de hecho consolidadas se asimilarán a las situaciones de derecho.

(3) Se equiparan a la ausencia de cónyuge la separación legal y el divorcio. No obstante, si el cónyuge separado o divorciado tiene derecho a la pensión regulada en el artículo 97 del Código Civil, le corresponderá una indemnización igual al 50 por 100 de las fijadas para el cónyuge en el grupo I.

En los supuestos de concurrencia con uniones conyugales de hecho o, en su caso, de aquéllos o éstos con cónyuges no separados legalmente, la indemnización fijada para el cónyuge en el grupo I se distribuirá entre los concurrentes en proporción a la cuantía que les hubiera correspondido de no haber concurrencia.

(4) La cuantía total de la indemnización que corresponda según el número de hijos se asignará entre ellos a partes iguales.

(5) Si concurriesen uno que conviviera y otro que no conviviera con la víctima se asignará a cada uno el 50 por 100 de la cuantía que figura en su respectivo concepto.

(6) La cuantía total de la indemnización se distribuirá al 50 por 100 entre los abuelos paternos y maternos.

(7) La cuantía total de la indemnización que corresponda según el número de hermanos se asignará entre ellos a partes iguales.

TABLA II

Factores de corrección para las indemnizaciones básicas por muerte

Descripción	Aumento (en porcentaje o en euros)	Porcentaje de reducción
Perjuicios económicos		
Ingresos netos anuales de la víctima por trabajo personal:		
Hasta 26.209,38 euros (8)	Hasta el 10.	–
De 26.209,39 a 52.418,76 euros	Del 11 al 25.	–
De 52.418,77 a 87.364,59 euros	Del 26 al 50.	–
Más de 87.364,59 euros	Del 51 al 75.	–
Circunstancias familiares especiales:		
Discapacidad física o psíquica acusada (anterior al accidente) del perjudicado/beneficiario:		
Si es cónyuge o hijo menor	Del 75 al 100 (9).	–
Si es hijo mayor con menos de veinticinco años	Del 50 al 75 (9).	–
Cualquier otro perjudicado/beneficiario	Del 25 al 50 (9).	–
Víctima hijo único:		
Si es menor	Del 30 al 50.	–
Si es mayor, con menos de veinticinco años	Del 20 al 40.	–
Si es mayor, con más de veinticinco años	Del 10 al 25.	–
Fallecimiento de ambos padres en el accidente:		
Con hijos menores	Del 75 al 100 (10).	–
Sin hijos menores:		
Con hijos menores de veinticinco años	Del 25 al 75 (10).	–
Sin hijos menores de veinticinco años	Del 10 al 25 (10).	–
Víctima embarazada con pérdida de feto a consecuencia del accidente:		
Si el concebido fuera el primer hijo:		
Hasta el tercer mes de embarazo	13.104,69	–
A partir del tercer mes	34.945,84	–
Si el concebido fuera el segundo hijo o posteriores:		
Hasta el tercer mes	8.736,46	–
A partir del tercer mes	17.472,92	–
Elementos correctores del apartado primero 7 de este anexo	–	Hasta el 75.

(8) Se incluirá en este apartado cualquier víctima en edad laboral, aunque no se justifiquen ingresos.

(9) Sobre la indemnización que corresponda al beneficiario discapacitado.

(10) Sobre la indemnización básica que corresponda a cada perjudicado.

TABLA III
Indemnizaciones básicas por lesiones permanentes (incluidos daños morales)
Valores del punto en euros

Puntos	Hasta 20 años	De 21 a 40 años	De 41 a 55 años	De 56 a 65 años	Más de 65 años
	Euros 2009	Euros 2009	Euros 2009	Euros 2009	Euros 2009
1	776,83	719,18	661,52	608,99	545,08
2	800,81	739,73	678,64	625,84	553,71
3	822,32	758,11	693,86	640,90	562,45
4	841,40	774,30	707,16	654,13	567,16
5	858,02	788,31	718,56	665,56	571,98
6	872,20	800,13	728,06	675,15	575,55
7	890,95	816,23	741,49	688,37	582,42
8	907,84	830,69	753,49	700,22	588,35
9	922,92	843,51	764,07	710,71	593,31
10-14	936,16	854,69	773,23	719,85	597,34
15-19	1.100,24	1.007,08	913,89	847,54	666,59
20-24	1.250,94	1.147,03	1.043,12	964,83	729,84
25-29	1.401,33	1.286,60	1.171,88	1.081,84	794,44
30-34	1.542,13	1.417,29	1.292,46	1.191,38	854,71
35-39	1.673,56	1.539,30	1.405,04	1.293,66	910,78
40-44	1.795,88	1.652,87	1.509,86	1.388,84	962,78
45-49	1.909,30	1.758,19	1.607,09	1.477,11	1.010,76
50-54	2.014,11	1.855,53	1.696,94	1.558,69	1.054,86
55-59	2.153,54	1.984,73	1.815,91	1.667,05	1.117,53
60-64	2.290,24	2.111,41	1.932,58	1.773,27	1.178,97
65-69	2.424,28	2.235,60	2.046,93	1.877,44	1.239,21
70-74	2.555,68	2.357,37	2.159,07	1.979,54	1.298,27
75-79	2.684,49	2.476,73	2.269,00	2.079,65	1.356,16
80-84	2.810,79	2.593,77	2.376,76	2.177,80	1.412,92
85-89	2.934,60	2.708,51	2.482,42	2.274,01	1.468,58
90-99	3.056,00	2.821,00	2.586,00	2.368,36	1.523,14
100	3.175,01	2.931,28	2.687,56	2.460,88	1.576,63

TABLA IV

Factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes

Descripción	Aumento (en porcentaje o en euros)	Porcentaje de reducción
Perjuicios económicos		
Ingresos netos de la víctima por trabajo personal:		
Hasta 26.209,38 euros (11)	Hasta el 10.	–
De 26.209,39 a 52.418,76 euros	Del 11 al 25.	–
De 52.418,77 hasta 87.364,59 euros	Del 26 al 50.	–
Más de 87.364,59 euros	Del 51 al 75.	–
Daños morales complementarios		
Se entenderán ocasionados cuando una sola secuela exceda de 75 puntos o las concurrentes superen los 90 puntos. Sólo en estos casos será aplicable	Hasta 87.364,59.	–
Lesiones permanentes que constituyan una incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la víctima ...		
Permanente parcial:		
Con secuelas permanentes que limiten parcialmente la ocupación o actividad habitual, sin impedir la realización de las tareas fundamentales de la misma	Hasta 17.472,92.	–
Permanente total:		
Con secuelas permanentes que impidan totalmente la realización de las tareas de la ocupación o actividad habitual del incapacitado	De 17.472,92 a 87.364,59.	–
Permanente absoluta:		
Con secuelas que inhabiliten al incapacitado para la realización de cualquier ocupación o actividad	De 87.364,60 a 174.729,19.	–
Grandes inválidos:		
Personas afectadas con secuelas permanentes que requieren la ayuda de otras personas para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria, como vestirse, desplazarse, comer o análogas (tetraplejías, paraplejías, estados de coma vigil o vegetativos crónicos, importantes secuelas neurológicas o neuropsiquiátricas con graves alteraciones mentales o psíquicas, ceguera completa, etc.):		
Necesidad de ayuda de otra persona:		
Ponderando la edad de la víctima y grado de incapacidad para realizar las actividades más esenciales de la vida. Se asimilan a esta prestación el coste de la asistencia en los casos de estados de coma vigil o vegetativos crónicos	Hasta 349.458,38.	–

Descripción	Aumento (en porcentaje o en euros)	Porcentaje de reducción
Adecuación de la vivienda: Según características de la vivienda y circunstancias del incapacitado, en función de sus necesidades	Hasta 87.364,59.	—
Perjuicios morales de familiares: Destinados a familiares próximos al incapacitado en atención a la sustancial alteración de la vida y convi- vencia derivada de los cuidados y atención conti- nuada, según circunstancias	Hasta 131.046,89.	—
Embarazada con pérdida de feto a consecuencia del accidente (12): Si el concebido fuera el primer hijo: Hasta el tercer mes de embarazo	Hasta 13.104,69.	—
A partir del tercer mes	Hasta 34.945,84.	—
Si el concebido fuera el segundo hijo o posteriores: Hasta el tercer mes de embarazo	Hasta 8.736,46.	—
A partir del tercer mes	Hasta 17.472,92.	—
Elementos correctores del apartado primero.7 de este anexo	Según circunstancias.	Según circunstanc.
Adecuación del vehículo propio: Según características del vehículo y circunstancias del inca- pacitado permanente, en función de sus necesidades ...	Hasta 26.209,38.	—

(11) Se incluirá en este apartado cualquier víctima en edad laboral, aunque no se justifiquen ingresos.

(12) Habrá lugar a la percepción de esta indemnización, aunque la embarazada no haya sufrido le-
siones.

TABLA V

Indemnizaciones por incapacidad temporal (compatibles con otras indemnizaciones)

A) Indemnización básica (incluidos daños morales)

Día de baja	Indemnización diaria — Euros
Durante la estancia hospitalaria	65,48
Sin estancia hospitalaria: Impeditivo (13)	53,20
No Impeditivo	28,65

(13) Se entiende por día de baja impeditivo aquél en que la víctima está incapacitada para desarrollar su ocupación o actividad habitual.

B) Factores de corrección

Descripción	Porcentajes aumento	Porcentajes disminución
Perjuicios económicos:		
Ingresos netos anuales de la víctima por trabajo personal:		
Hasta 26.209,38 euros	Hasta el 10.	-
De 26.209,39 a 52.418,76 euros	Del 11 al 25.	-
De 52.418,77 hasta 87.364,59 euros	Del 26 al 50.	-
Más de 87.364,59 euros	Del 51 al 75.	-
Elementos correctores de disminución del apartado primero.7 de este anexo ..	-	Hasta el 75.

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por
SANTIAGO MIR PUIG

Problemas de omisión y rechazo a la asistencia médica

Comentario a la SAP Ourense de 25 de junio de 2008, p. Cid Manzano

ALBERT ESTRADA I CUADRAS
Becario FPU de la Universitat Pompeu Fabra

I. LOS HECHOS PROBADOS Y LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La SAP Ourense de 25 de junio de 2008, p. Cid Manzano, parte de los siguientes hechos probados:

«El acusado Eugenio con DNI núm. xxx, mayor de edad al haber nacido el 2 de enero de 1973, sin antecedentes penales, convivía y cuidaba desde hace aproximadamente diez años a su abuela Guadalupe, persona de 85 años y con dificultades de movilidad. El día 29 de abril de 2007 aproximadamente sobre las 18:30 horas cuando el acusado y su abuela se encontraban en el domicilio que compartían en Dirección xxx número num. xxx San Xes A Peroxa, partido judicial de Orense, ésta se cae al suelo en presencia del acusado que no puede evitarlo y al no poder levantarla por el peso de Guadalupe y porque se quejaba de dolor al intentar moverla, la deja tirada en el suelo tapándola con una manta y dándole de comer sin dar aviso a persona alguna

a pesar de las constantes quejas de dolor de Guadalupe, haciendo así el acusado caso a su abuela que le manifiesta que no llamase a nadie. En esta situación transcurre el resto de las horas del domingo, y el lunes hasta que el martes día 1 de mayo cuando el acusado se levanta la encuentra muerta. La causa inmediata de la muerte de Guadalupe un tromboembolismo pulmonar y la causa fundamental un politraumatismo».

El Juzgado de lo penal número uno de Ourense condenó en primera instancia al acusado Sr. Eugenio por un delito de omisión del deber de socorro con la agravante de parentesco, absolviéndole del delito de homicidio imprudente por el que venía siendo acusado como primera calificación por el Ministerio fiscal.

En sede de apelación, en respuesta al recurso presentado por el Ministerio fiscal, la sección segunda de la Audiencia provincial de Ourense condena al acusado, Eugenio, como autor de un delito de homicidio imprudente a una pena de prisión de dos años y a una pena de inhabilitación especial para el sufragio pasivo durante el mismo tiempo. No hace mención alguna a la agravante de parentesco y absuelve del delito de omisión del deber de socorro. La sentencia de la Audiencia provincial es firme y contra la misma no cabe recurso ordinario alguno. A continuación se resumen los fundamentos de derecho.

2. En el fundamento jurídico segundo, el Tribunal explica que el comportamiento penalmente relevante puede presentarse en forma de acción o de omisión, que los delitos de omisión se agrupan en delitos de omisión pura y delitos de comisión por omisión y, finalmente, cuál es la estructura del tipo objetivo del delito de comisión por omisión. Inmediatamente después, el Tribunal anticipa la calificación jurídica de los hechos y afirma, sólo empezar el tercer fundamento jurídico, que si bien la causa inmediata de la muerte de la Sra. Guadalupe fue un tromboembolismo pulmonar, desde una perspectiva jurídico-penal la causa de la muerte fue su no evitación por parte de su nieto, faltando éste a la diligencia mínima exigible. ¿Por qué?

En primer lugar, porque

«la conducta del acusado [recordemos: no pedir asistencia médica para su madre, esto es, una omisión] es una condición sin la cual el resultado no se habría producido, y ello atendiendo a criterios naturales que proporciona la lógica y la experiencia, como establecería la teoría de la equivalencia de las condiciones o “conditio sine qua non”» (FD 3.º).

En segundo lugar, porque

«... la muerte se produjo por consecuencia de tromboembolismo evitable, porque derivó de inadmisibles inmovilizaciones no seguidas del tratamiento facultativo idóneo por virtud de conducta pasiva del acusado, al que, asumiendo posición de garante, le era exigible comportamiento distinto.

Incurrió, pues, en grave imprudencia que le hace tributario de reproche penal por obra del título de imputación sancionado en el art. 142.1 CP...» (FD 4.º).

Entre estas dos afirmaciones, la sentencia hace referencia a la necesidad de aplicar la teoría de la imputación objetiva como filtro del juicio de (mera) causalidad (FD 3.º), así como a la estructura del delito imprudente (FD 3.º), se supone que para analizar posteriormente si concurren en el caso concreto sus respectivos presupuestos. Sin embargo, en el fundamento jurídico cuarto se limita a repetir de nuevo que existió causalidad entre el tromboembolismo mortal y la «ociosa» actitud del acusado que permitió que su abuela se mantuviera tirada, así como a insistir en que en el caso de que la Sra. Guadalupe hubiera sido oportunamente tratada no habría muerto, incluso cuando el perito de instancia no pudiera afirmar con precisión matemática que el tratamiento la habría salvado.

La resolución no hace mención alguna de los requisitos del tipo objetivo del delito de comisión por omisión que inicialmente enumeró en su fundamento jurídico segundo. Tan solo se afirma, al final del cuarto fundamento y antes de calificar los hechos como homicidio imprudente, que el nieto de la fallecida se encontraba en posición de garante, aunque sin aclarar por qué. Tampoco se da mayor relevancia a la petición de la abuela de que su nieto no llamara a nadie, hecho declarado probado y al que no se hace ninguna referencia a lo largo de toda su fundamentación jurídica.

3. En las líneas que siguen se comenta esta sentencia a la luz de una sucinta aproximación a la doctrina y jurisprudencia actuales en materia de comisión por omisión (1). Después de hacer una breve mención a la distinción entre acción y omisión, los comentarios se centran en la supuesta posición de garante del Sr. Eugenio, en primer lugar, y en la eventual relevancia jurídico-penal de la petición de la Sra. Guadalupe a su nieto de que no llamara a nadie, en segundo lugar.

(1) Sería exageradamente ingenuo pretender resumir el estado actual de esta cuestión en el reducido espacio de un comentario de sentencia. El único objetivo de las líneas que siguen es presentar los principales enfoques con los que la doctrina española ha abordado los problemas que plantea la comisión por omisión para analizar, posteriormente, hasta qué punto la sentencia comentada los tiene en cuenta y, en caso contrario, cómo habrían podido afectar a la determinación de la responsabilidad penal del acusado.

A un lado se dejan la calificación de los hechos como imprudentes y si la misma está correctamente fundamentada o no. Cualquier otra cuestión procesal o sustantiva que la resolución pueda plantear tampoco va a ser objeto de examen en este comentario.

II. LA DISTINCIÓN ENTRE ACCIÓN Y OMISIÓN

1. A la hora de distinguir entre acciones y omisiones resulta necesario aclarar en qué plano se está hablando: si en el ontológico (material o físico-natural), o bien en el normativo. Y ello porque, en el plano ontológico, en realidad, tiene escasa relevancia distinguir entre acciones y omisiones, pues lo único que existe son procesos causales, acciones en sentido estricto (2).

Cuando el padre no da de comer a su hijo pequeño, realiza acciones: salir a trabajar, regar las plantas, lavar platos, etc. Incluso cuando esté sentado en el sofá mirando por la ventana se puede afirmar que lleva a cabo procesos causales (acciones): respirar, por ejemplo.

Pero si bien es cierto que en el plano ontológico solamente podemos hablar de procesos causales, no es menos cierto que de entre estos procesos se pueden distinguir aquellos que son causa (aún en términos físico-naturales) de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, y aquellos que no lo son.

Así, el acto de clavar el cuchillo en el corazón de su víctima por parte del sicario será causal del resultado de muerte. Por su parte, la conducta del padre consistente en mirar el televisor o fregar los platos no será nunca causa, en términos físico-naturales, de la muerte de su hijo. La causa de su muerte es la inanición y la causa de la inanición la imposibilidad del niño de alimentarse.

3. Sin embargo, esta diferencia tiene una relevancia relativa en el plano normativo. En sede de tipicidad jurídico-penal, cabe distinguir entre tipos de injusto que consisten en el empeoramiento del estado de los bienes jurídicos ajenos o, lo que es lo mismo, la producción de resultados lesivos (comisiones) y, por otro lado, tipos de injusto que consisten en la ausencia de una intervención en salvaguarda de los bienes

(2) Por todos, SILVA SÁNCHEZ, «“Comisión” y “omisión”: criterios de distinción», en GIMBERNAT ORDEIG (dir.) *La comisión por omisión*, Madrid (CGPJ) 1994, pp. 12-54, p. 13.

jurídicos de terceros (omisiones) (3). Los primeros lesionan el principio de autonomía o de responsabilidad por la propia organización, los segundos el principio de solidaridad (4). Hasta aquí el plano normativo.

¿Qué queda del plano ontológico? Pues bien, normalmente (5), los tipos de injusto que consisten en una omisión (ausencia de una intervención en salvaguarda de bienes jurídicos ajenos) serán realizados por acciones que no guardan ningún tipo de relación de causalidad físico-natural con el eventual resultado de lesión o puesta en peligro del bien jurídico que se protege en el tipo. Luego, ¿los tipos de comisión son los realizados por las acciones que sí guardan una relación de causalidad físico-natural con la lesión o puesta en peligro del bien jurídico? No siempre. Normalmente sí, pero en algunos casos se considerará que una acción que no guarda relación de causalidad físico-natural con el resultado lesivo ha producido dicho resultado. Estos son los llamados supuestos de comisión por omisión. *Omisión*, porque en el plano ontológico no existe relación de causalidad con el resultado lesivo. *Comisión*, porque en el plano normativo, entendemos que dicha acción equivale a la puesta en peligro o lesión activa del resultado, y por eso se lo imputamos.

Pero, si normativamente la calificación de comisión u omisión de una conducta no depende de su virtualidad causal, ¿tiene algún tipo de relevancia la causalidad de la acción en relación con el resultado? Que en el plano normativo acabe siendo superficial si el comportamiento era o no causal del resultado no significa que las diferencias en el sustrato ontológico no tengan ninguna relevancia a la hora de analizar la realización del tipo desde una perspectiva normativa. Comisión activa y comisión por omisión siguen manteniendo suficientes singularidades en el plano ontológico que aconsejan su distinción a efectos dogmáticos y analíticos. Así, más allá de si se comparten o no los posicionamientos teóricos que puedan existir detrás de las peculiaridades que algunos autores mencionan, se consi-

(3) Ya se entiendan como puestas en peligro, ya como efectivas lesiones del bien jurídico penalmente protegido.

(4) SILVA SÁNCHEZ, «“Comisión” y “omisión”: criterios de distinción» en GIMBERNAT ORDEIG (dir.), 1994, pp. 14-15.

(5) En determinados casos, algunos sectores de la doctrina admiten calificar como omisiones en el plano del tipo acciones que en el plano físico-natural sí guardan una relación de causalidad con la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Así, por ejemplo, en los supuestos de desconexión de una máquina de corazón-pulmón cuando no existe ninguna posibilidad de que el paciente pueda mantenerse en vida de manera autónoma en el futuro, véase SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona (Marcial Pons) 1986, pp. 249-259; ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. II, München (Beck) 2003, pp. 664-665.

dera que la comisión por omisión presenta diferencias respecto de la comisión activa en materia de causalidad, de imputación, de tipo subjetivo, de inexigibilidad, de tentativa, de error de tipo o de prohibición, etcétera (6).

4. La importancia de la distinción no es meramente teórica o, en el peor de los casos, meramente didáctico-expositiva. Muy al contrario, hay quien ya ha advertido su posible trascendencia en el ámbito procesal. El procesamiento por la realización comisiva u omisiva del tipo puede tener implicaciones en materia de tutela judicial efectiva (art. 24 CE), pues cuando la calificación inicial tan solo se refiera a una de las dos modalidades de realización, la imputación en instancias posteriores del procedimiento por la otra modalidad podría ser contraria al principio acusatorio colocando al acusado en situación de indefensión (7).

5. No obstante, la necesidad de distinguir entre comisión activa y comisión por omisión en el plano normativo no está exenta de crítica, así como tampoco existe consenso acerca de con qué criterio debe distinguirse entre quienes lo consideran necesario (8). En todo caso, a los efectos de este comentario, basta con haber puesto de manifiesto la posibilidad y necesidad de distinguir los planos ontológico y normativo a la hora de atribuir responsabilidad penal por la producción de un resultado a una conducta que no guarda ningún tipo de relación de causalidad físico-natural con el mismo.

III. DISTINCIÓN ENTRE ACCIÓN Y OMISIÓN EN EL PRESENTE CASO

1. Una clara confusión de los planos ontológico y normativo es lo que se detecta en la sentencia objeto de este comentario. El tribunal afirma, en su FD 3.º, que

«... la conducta del acusado es una condición sin la cual el resultado no se habría producido, y ello atendiendo a criterios naturales que proporciona la lógica y la experiencia, como establecería la teoría de la equivalencia de las condiciones o *conditio sine qua non*.»

(6) SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986, pp. 176 ss.; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 8.ª ed., Barcelona (Reppertor) 2008, pp. 311-312, 12/12; ROXIN, *AT*, t. II, 2003, pp. 627-628, 651-656.

(7) Así, véase el voto particular del magistrado Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar en la STS de 19 de octubre de 2001, p. Sánchez Melgar.

(8) Véase, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986, pp. 163-191.

La teoría de la equivalencia de las condiciones es una teoría de la causación del resultado típico o, lo que es lo mismo, de cuándo existe relación de causalidad entre una conducta y un resultado. Su principal postulado es que causa de un resultado es toda condición de la cual ha dependido su producción, independientemente de la mayor o menor proximidad respecto del resultado, siempre en términos ontológicos (9). De ahí que se hable de equivalencia y de ahí que, con esta fórmula, se amplíe hasta el infinito el ámbito de la causalidad, pues cualquier condición físico-natural del resultado será considerada causa: así, el conocido ejemplo de la madre del asesino que, de acuerdo con esta teoría, se considera causa del resultado de muerte. Por eso es necesario recurrir a criterios *normativos* que permitan seleccionar, de entre las condiciones que ontológicamente son causa del resultado, las que jurídico-penalmente se consideran relevantes. Estos criterios nos los aporta, por ejemplo, la teoría de la imputación objetiva.

2. Pues bien, en ningún caso cabe afirmar que las acciones que llevó a cabo Eugenio y que se describen en los hechos probados sean causa en términos físico-naturales del resultado de muerte de su abuela. Cuestión distinta es que, desde una perspectiva normativa, Eugenio tuviera el deber de evitar el tromboembolismo pulmonar que causó la muerte de su abuela. Y en este plano quizá quepa hablar de la *causalidad hipotética* o posibilidad de evitar el resultado con la intervención debida. Esto es a lo que probablemente se refiere la sección 2.^a de la Audiencia de Ourense cuando afirma que la conducta del acusado es una condición sin la cual el resultado no se habría producido. Sin embargo, conviene dejar claro que se está utilizando la teoría de la equivalencia de las condiciones en términos normativos, pues de otra manera afirmaciones como las comentadas dejan de tener sentido.

En los apartados que siguen, por razones de economía del lenguaje, me referiré a las acciones no causales –en términos físico-naturales– del resultado con el término «omisión». A las acciones que sí guarden dicha relación me referiré con el término «acción».

IV. APROXIMACIÓN A LA DOCTRINA ESPAÑOLA EN MATERIA DE COMISIÓN POR OMISIÓN

1. Actualmente, la comisión por omisión se halla expresamente regulada en el artículo 11 del vigente Código penal. Como es sabido, este artículo nace como solución de compromiso entre dos concepcio-

(9) Por todos, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 8.^a ed., 2008, pp. 238 ss.

nes tradicionalmente opuestas de la comisión por omisión. Si bien las aportaciones doctrinales en este ámbito han sido especialmente prolíficas y muy matizadas, cabe distinguir dos líneas dominantes en el enfoque del problema. Por un lado, la de quienes fundamentan la equivalencia entre la acción y la omisión por la vía axiológica o del merecimiento de pena, construyendo la teoría de los delitos de comisión por omisión sobre la base de la infracción de un especial deber de evitar el resultado derivado de una estrecha vinculación con el bien jurídico (10). Por el otro, la de quienes fundamentan la equivalencia entre acción y omisión sobre la base de la identidad estructural y material entre la conducta de producción del resultado –comisión activa– y su no evitación –comisión omisiva– (11). Lo único que comparten estos dos enfoques es su enemigo: la concepción de la comisión por omisión como una mera infracción de deber. Ni a unos ni a otros les basta con la mera infracción por parte del omitente del deber de evitar el resultado pudiendo evitarlo para imputárselo en comisión por omisión.

2. Las teorías de la equivalencia axiológica entienden que el tipo en el que cabe subsumir la comisión por omisión es un tipo diferente a aquel en que se subsume la comisión activa (12). Y ello porque comisión y omisión son irreductibles, ya sea en términos normológicos: de las normas de prohibición contenidas en los tipos de resultado de la parte especial no pueden derivarse mandatos de evitación del

(10) Véase, por ejemplo, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 6.ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch) 2004, p. 241; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general, tomo III, Teoría jurídica del delito* 2, 1.ª ed., Madrid (Tecnos) 2002, p. 263; BACIGALUPO ZAPATER, «Artículo 11» en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *Código penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid (Tivium) 1997, pp. 422-442, *passim*.

(11) Así, por ejemplo, GIMBERNAT ORDEIG, «Artículo 11» en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal*, Alcobendas (Edersa) 1999, pp. 427-430, 433-436; SILVA SÁNCHEZ, «Artículo 11», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal*, Alcobendas (Edersa) 1999, pp. 441-488, p. 456; LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, Barcelona (PPU) 1991, pp. 238-241; DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Comisión por omisión y principio de legalidad. El artículo 11 Cp como cláusula interpretativa auténtica», *RDPC* (ext. 2), 2004, pp. 279-315, pp. 309-315; ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Barcelona (Atelier) 2007, pp. 55 ss; MORALES PRATS, «Artículo 11», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al nuevo Código penal*, Pamplona (Aranzadi) 1996, pp. 85-91, pp. 88 ss.

(12) Por todos, en Alemania, Armin KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión impropia*, Barcelona (Marcial Pons) 2006, pp. 279-297 (traducción de la segunda edición alemana, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen 1980; primera edición: 1959). Por todos, en España, HUERTA TOLCILDO, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Madrid (Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia) 1987, pp. 68-73, pp. 136-137.

resultado; ya sea en términos estructurales y materiales: de la nada nada sale, por lo que una omisión no puede dominar ningún riesgo.

La equivalencia entre acción y omisión vendrá dada por la estrecha vinculación *material* del omitente con el bien jurídico protegido:

«El fracaso de una concepción apoyada en la mera infracción de un deber exige la búsqueda de una solución en la cual se determina, mediante la posición del autor en relación con el bien jurídico, lo que no es posible lograr mediante el contenido del deber o la mera infracción de éste. El objeto de la teoría de la posición de garante reside, por lo tanto, en la especificación de las **relaciones estrechas** que se tienen que dar entre el autor y el bien jurídico, para que la infracción de un determinado deber de acción (omisión) caiga en el ámbito de un delito de omisión. Es decir, que en la teoría de la posición de garante **no importa la fuente del deber** de evitar un resultado, **sino la mayor o menor estrechez** en que el autor se encuentre con el bien jurídico.» (13)

Como vemos, se trata de buscar la relación fáctica del omitente con el bien jurídico protegido. Este es el punto de partida de las teorías *materiales* del deber o de la posición de garante, de entre las que se erige como máximo exponente la teoría de las funciones de Armin Kaufmann. Pero, ¿cuándo existe una estrecha vinculación entre el omitente y el bien jurídico? Los criterios materiales que se han propuesto son numerosos: la confianza, el deber especial, la expectativa social o jurídica, la proximidad social o existencial, la relación jurídica especial o más estrecha, etcétera (14).

En todo caso, conviene advertir que algunas de estas propuestas distinguen entre el fundamento material del deber de evitar el resultado, por un lado, y el fundamento material de la equivalencia de la no evitación del resultado con su producción, por el otro. Se trata de los llamados «modelos de dos pasos» (15). Así, el deber de evitar el resultado se fundamenta con base en la realidad fáctica, más allá de los eventuales deberes formales aplicables, mientras que, por su parte, la equivalencia de la no evitación del resultado con su producción se lleva a cabo a partir de criterios materiales tales como la mencionada «confianza», «proximidad social o existencial», etc. En cualquier

(13) BACIGALUPO ZAPATER, *Delitos impropios de omisión*, Madrid (Dykinson) 2005, p. 133, énfasis añadidos. En la misma línea, CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general, III, Teoría jurídica del delito/2*, 2002, pp. 261, 263.

(14) Para una exposición detallada de estas teorías véase DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia en Derecho Penal*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2006, pp. 201-330. También HUERTA TOCILDO, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, 1987, pp. 75-139.

(15) DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia en Derecho Penal*, 2006, p. 205 y nota 18.

caso, la conclusión es que no basta con la mera infracción del deber de evitar el resultado para afirmar la equivalencia de la omisión con la producción activa del resultado.

3. Los partidarios de las tesis de la equivalencia estructural se oponen con rotundidad a los planteamientos de las teorías materiales del deber o del deber de garante. Quienes las suscriben insisten en la posibilidad y necesidad de que la equivalencia entre acción y omisión sea de carácter estructural y no meramente axiológica o de merecimiento de pena.

Así, de acuerdo con los defensores de estas tesis, afirmar que la equivalencia entre la comisión activa y la comisión por omisión de un tipo de resultado es meramente axiológica es lo mismo que decir que la equivalencia entre la acción de quien clava un cuchillo en el corazón de un niño y le mata, y la de la madre que no da de comer a su hijo dejándole morir de inanición es la misma que existe, por ejemplo, entre los tipos de robo con violencia e intimidación (art. 242.1 Cp) y los tipos de cooperación necesaria al suicidio (art. 143.2 Cp), cuyas penas son equivalentes (16). La acción de quien clava el cuchillo y la omisión de la madre no compartirían nada más que la pena que se les asigna, lo que es insostenible según estos autores, pues entre ambas conductas hay mucho más en común que el mero merecimiento de pena.

El fundamento de los delitos de dominio de la parte especial consiste en el principio de libertad de organización y responsabilidad por las consecuencias: cada cual puede organizar libremente su esfera con el límite de no dañar a terceros. Esta máxima de comportamiento, también conocida como principio *neminem laedere*, se infringe cuando uno configura su esfera de organización *dirigiendo* riesgos desaprobados de lesión o puesta en peligro hacia bienes jurídicos ajenos. La *posibilidad* de una equivalencia estructural entre realización activa y realización omisiva del tipo radica, pues, en la convicción que, desde un plano normativo, una omisión puede controlar o dominar, en la misma medida que una acción causal, el riesgo típico que se dirige contra el bien jurídico protegido de un tercero (17). Y ello porque,

(16) Este ejemplo es de DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Comisión por omisión y principio de legalidad. El artículo 11 Cp como cláusula interpretativa auténtica», *RDPC*, 2004, p. 300.

(17) Todos con tesis próximas a lo afirmado en el texto, aunque con matices, SILVA SÁNCHEZ, «Artículo 11», en COBO DEL ROSAL (dir.), 1999, p. 456; LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, 1991, pp. 238-241; GIMBERNAT ORDEIG, «Artículo 11» en COBO DEL ROSAL (dir.), 1999, pp. 433-436; ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 55 ss. Uno de los impulsores de esta idea, con la fórmula de la «Herrschaft über den Grund des Erfolges», desde su tesis doctoral hasta hoy, SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikten*, pp. 217 ss.; p. 237; SCHÜNEMANN, «Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alema-

cuando alguien introduce en su esfera de organización el control de un determinado riesgo, la víctima potencial del mismo o quien tenga que protegerla frente aquél pueden relajar legítimamente sus barreras de protección de acuerdo con el compromiso asumido por el primero. Así, la prohibición de conductas que generen riesgos para bienes jurídicos ajenos puede materializarse en el plano ontológico tanto con conductas activas: creaciones de riesgo mediante movimientos corporales, como mediante conductas omisivas: creaciones de riesgo mediante asunciones de compromisos de control de riesgos que posteriormente se incumplen (18).

Por lo que respecta a la *necesidad* de una equivalencia estructural, los motivos son varios. En primer lugar, se alegan razones de proporcionalidad. Si el criterio de equivalencia no es la identidad estructural basada en el dominio o control del riesgo típico, sino especiales vínculos del omitente con el bien jurídico que le sitúan en una posición de garantía, de lo que se trata ya no es de infracciones del principio *neminem laedere*, sino de la infracción de deberes cualificados de solidaridad (19). Sin duda las tesis de la posición de garante han realizado una importante labor de identificación de los supuestos en los que puede existir una especial vinculación con el bien jurídico que dé razón de un deber cualificado de solidaridad (20). Pero el hecho de que no pretendan buscar un fundamento común de la responsabilidad con el delito de dominio en su versión activa, quedándose a veces en una mera descripción tónica de los supuestos en que concurrirían estos deberes de prestación positiva, puede conllevar una indeseable expansión de la punibilidad a través de la figura de la comisión por omisión

nia», en GIMBERNAT ORDEIG/SCHÜNEMANN/WOLTER (ed.), *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid (Servicio de publicaciones. Facultad de Derecho UCM) 1994, pp. 11-24, pp. 21-24 (traducción de Silvina Bacigalupo).

(18) SILVA SÁNCHEZ, «Artículo 11», en COBO DEL ROSAL (dir.), 1999, pp. 455-456; SILVA SÁNCHEZ, *Estudios sobre los delitos de omisión*, 2004, pp. 289-292. Con un planteamiento peculiar MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 8.^a ed., 2008, pp. 305-331, p. 319, quien partiendo de la teoría de las funciones exige, como elementos *centrales* de la equivalencia: a) la creación o aumento, en un momento anterior, de un peligro atribuible a su autor y b) que tal peligro determine, en el momento del hecho, una situación de dependencia personal del bien jurídico respecto de su causante.

(19) Por todos, SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986, pp. 339-350, p. 344; el mismo, «Zur Dreiteilung der Unterlassungsdelikte», en SCHÜNEMANN (ed.), *Festschrift für Claus Roxin*, Berlin (WdG) 2001, pp. 641-650, *passim*.

(20) Por todos, GRACIA MARTÍN, «Los delitos de comisión por omisión (Una exposición crítica de la doctrina dominante)», en AA.VV., 2001, p. 449.

y a costa del principio de proporcionalidad (21). Los defensores de la tesis de la identidad estructural no niegan que estos supuestos son de mayor gravedad que una mera omisión del deber general de socorro. Sin embargo, su infracción no puede dar lugar a que se impute al omitente el delito de resultado como si él mismo lo hubiese producido. Por eso algunos proponen, de *lege ferenda*, la tipificación de las llamadas omisiones puras de garante u omisiones de gravedad intermedia (22), que no consistirían en otra cosa que en la infracción de los deberes de solidaridad cualificados que suelen estar detrás de las posiciones de garantía de las teorías de la equivalencia. Sin embargo, mientras no se lleve a cabo un acto legislativo en este sentido, no cabrán más opciones que, o bien castigar por un delito de omisión del deber de socorro (art. 195 Cp), o bien castigar a través de algún otro tipo de la parte especial en el que la omisión sea subsumible (23). Una tercera vía puede ser la de agravar la pena impuesta por el delito de omisión pura aplicando alguna agravante que pudiera contener el especial desvalor de la posición de deber de solidaridad cualificado que pesa sobre el omitente (24). Así, por ejemplo, la circunstancia (agravante) de parentesco (art. 23 Cp) o la agravante de abuso de confianza (art. 22.6 Cp).

De hecho, las tesis del deber entrarían en plena contradicción con las valoraciones del legislador de determinados supuestos expresamente regulados de *mera no evitación* del resultado por parte del garante. Así, el art. 195.3, por ejemplo, impone una pena de prisión de 6 meses a 4 años, muy inferior a la del homicidio doloso (prisión de 10 a 15 años), a quien después de lesionar imprudentemente a un tercero en un accidente de tráfico abandona la víctima, que acaba muriendo a consecuencia de la complicación de las lesiones. Tradicionalmente, los casos de injerencia por actuar precedente jurídico-penalmente

(21) Por todos, GRACIA MARTÍN, «Los delitos de comisión por omisión (Una exposición crítica de la doctrina dominante)», en AA.VV., 2001, pp. 454-482.

(22) SILVA SÁNCHEZ, es quien más ha desarrollado esta idea, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986, pp. 339-350; el mismo, «Zur Dreiteilung der Unterlassungsdelikte», en SCHÜNEMANN (ed.), *FS-Roxin*, 2001, *passim*. También GRACIA MARTÍN, «Los delitos de comisión por omisión (Una exposición crítica de la doctrina dominante)», en AA.VV., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid (UNED) 2001, pp. 411-482, pp. 414-415; ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 101-103.

(23) Afirma que algunos casos de omisión de un progenitor puede equivaler estructuralmente a un delito de abandono de familia, ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, p. 70.

(24) GRACIA MARTÍN, «Los delitos de comisión por omisión (Una exposición crítica de la doctrina dominante)», en AA.VV., 2001, p. 475.

antijurídico se consideran fundamentadoras de una posición de garante (25). En la misma línea cabe mencionar los arts. 189.2, 196 y 619 del Código penal. Todos ellos sancionan la *mera no evitación* del resultado por quien tenía un especial deber de evitarlo (26), sin que exista equivalencia dogmático-estructural con su producción por vía activa.

Junto a las consideraciones de proporcionalidad, también se han señalado las ventajas que una equivalencia basada en el dominio o control del riesgo típico puede presentar en términos de legalidad material así como en términos de seguridad jurídica. Así, se pone en duda que los numerosos *topoi* que dan lugar a esta especial posición, a menudo descritos de manera notablemente vaga, puedan cumplir con el mandato de taxatividad y certeza contenido en el principio de legalidad del art. 25 CE (27). También se han advertido los problemas de seguridad jurídica que puede conllevar la construcción de la equivalencia a través de una larga lista (doctrinal) de situaciones en las que supuestamente existe una estrecha vinculación con el bien jurídico (28).

V. APROXIMACIÓN A LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

1. Por su parte, el Tribunal Supremo ha adoptado en ocasiones una perspectiva bastante cercana a las tesis que conciben la realización del tipo objetivo en comisión por omisión como un caso de mera infracción de un deber. Así, en la Sentencia de 25 de abril de 2005, p. Granados Pérez (caso *Ardystil*), se imputaron los resultados de muerte y lesiones de numerosos trabajadores a un inspector de trabajo que en el transcurso de una inspección por infracción de deberes de la Seguridad Social no levantó acta, no recabó ningún tipo de información ni inició ningún tipo de procedimiento en relación con las fla-

(25) Por todos HUERTA TOCILDO, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, 1987, p. 277.

(26) Así, por ejemplo, GIMBERNAT ORDEIG, «Artículo 11» en COBO DEL ROSAL (dir.), 1999, pp. 416-418; SILVA SÁNCHEZ, «Artículo 11», en COBO DEL ROSAL (dir.), 1999, pp. 466-470.

(27) Véase, por todos, LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, 1991, p. 242.

(28) Así, GRACIA MARTÍN, «Los delitos de comisión por omisión (Una exposición crítica de la doctrina dominante)», en AA.VV., 2001, p. 449: «... cabe hacer una llamada de atención crítica a la grave disparidad de criterios reinantes en torno a esta materia, pues ello impide alcanzar certeza y seguridad en este campo específico de las omisiones punibles».

grantes infracciones de las normas de seguridad y riesgos laborales que tenían lugar en la empresa inspeccionada:

«La posición de garante del recurrente en los hechos enjuiciados aparece incuestionable en cuanto realizó una visita en su condición de Inspector de Trabajo a la empresa en la que se produjeron muertes y graves lesiones por no adoptarse las debidas medidas de seguridad en el trabajo, ámbito al que se extendía su competencia acorde con la normativa que se ha dejado antes expresada. (...)

Tampoco ofrece cuestión que el acusado se desentendió e hizo caso omiso de las condiciones y bajo que medidas de seguridad realizaban sus funciones los trabajadores de la empresa que visitó, sin que sirva de excusa, en este caso, el que el fin de su visita estuviese dirigido a la constatación de una denuncia atinente a la Seguridad Social, (...)

Hubo, pues, omisión de la diligencia debida y nada había que restringiera o limitara la capacidad y competencia del recurrente para investigar las condiciones en las que se estaba prestando el trabajo y con qué medidas de seguridad, acción que omitió y que, en este caso, le era exigible.» (FD 2.º)

En la sentencia de 19 de octubre de 2002, p. Martín Canivell, el Tribunal Supremo condenó por un delito de homicidio imprudente al cabo comandante de guardia que no impidió que un soldado utilizara gasolina de una garrafa de 8 litros para reavivar los rescoldos de una estufa de leña. El soldado utilizó el tapón de la garrafa para dosificar y verter la gasolina en la estufa, dejando reguero. La garrafa se incendió y explotó, matando a un compañero que dormía en una habitación adjunta:

«... el acusado que ahora recurre tenía una obligación legal de intervenir dada su condición de superior jerárquico de quien cometió activamente el hecho, su intervención prohibiendo a su subordinado actuar como lo hizo hubiera impedido la producción del resultado dañoso de muerte y daños materiales, y, en fin, fue consciente de toda la operación que realizaba el otro acusado de coger las llaves del lugar cerrado donde estaba la gasolina, le vio regresar de él portando una garrafa conteniéndola, sabía la existencia de una práctica de gran riesgo por parte de algunos compañeros de utilizar gasolina para avivar el fuego de la estufa de leña, comprendió claramente lo que el otro se proponía hacer cuando le vio llevar al lugar donde estaba la estufa, la garrafa conteniendo gasolina, sabía evidentemente su condición de superior jerárquico del otro acusado que no sólo le permitía actuar sino que le obligaba a hacerlo en evitación de un evidente riesgo y conocía igualmente que si hubiera prohibido la actuación del otro el resultado nocivo no se hubiera producido.» (FD 3.º) (29).

(29) En esta misma línea, véanse, por ejemplo las SSTS de 12 de diciembre de 2006, p. Martínez Arrieta; de 25 de enero de 2006, p. Berdugo y Gómez de la Torre; de 4 de febrero de 2005, p. Delgado García.

Los casos citados consisten en supuestos de homicidio imprudente. Si bien tradicionalmente la jurisprudencia ha adoptado una postura más ampliatoria de la comisión por omisión en los supuestos de imprudencia que en los de dolo (30), lo cierto es que las particularidades del tipo subjetivo no tienen por qué implicar una alteración en los criterios de equivalencia entre acción y omisión en el plano de la tipicidad objetiva.

2. En otras ocasiones, aunque probablemente con menor frecuencia, el Tribunal Supremo ha adoptado una postura más restrictiva a la hora de apreciar la equivalencia entre la omisión y la producción activa del resultado. Así, en la línea de las tesis de la equivalencia estructural, exigiendo una previa asunción o compromiso de control del riesgo para el bien jurídico, cabe citar la Sentencia de 11 de mayo de 1999, p. Móner Muñoz, FD 5.º:

«Así, sólo en los casos en que el compromiso del garante resulta inequívoco es posible referirse a que toma en sus manos el riesgo real o hipotético actuando –como se ha dicho– a modo de “barrera de contención” del mismo, siendo así decisivo que el sujeto que tenga normativamente controlado el riesgo deje, pese a ello, que se origine el resultado lesivo.»

En una línea similar, hablando en términos de control y de dominio, cabe mencionar la Sentencia de 25 de octubre de 2002, p. Sánchez Melgar, FD 1.º:

«Resulta innegable que los responsables de producción de las empresas contaminantes asumen un compromiso de control de los riesgos para bienes jurídicos que puedan proceder de las personas o cosas que se encuentran bajo su dirección. La posición de garante de aquel que «tiene un dominio efectivo sobre las personas responsables mediante el poder de imponer órdenes de obediencia obligatoria» no puede ser puesta en duda.» (31).

VI. LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL PRESENTE CASO

1. Como se ha mencionado *supra* I, la Audiencia de Ourense no fundamenta la posición de garante de Eugenio. Más allá de los evidentes déficit de motivación que acusa la sentencia comentada, corres-

(30) Carlos MIR PUIG, «La posición de garante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en GIMBERNAT ORDEIG (dir.), *La comisión por omisión*, 1994, pp. 251-296, pp. 285-286.

(31) En el mismo sentido, véase, por ejemplo, la STS de 9 de abril de 1996, p. Montero Fernández-Cid. Entre la jurisprudencia menor, véanse, por ejemplo, las SSAP Castellón, de 18 de septiembre de 2008, p. Gómez Santana; AP Cuenca, de 29 de mayo de 2007, p. de la Fuente Honrubia; AP Guipúzcoa, de 25 de septiembre de 2006, p. Subijana Zunzunegui; AP Málaga, de 7 de mayo de 2003, p. Molero Gómez.

ponde ahora analizar qué preguntas debería haberse hecho el Tribunal y cómo se deberían haber contestado para poder imputar la muerte de Guadalupe a Eugenio.

Eugenio y Guadalupe eran nieto y abuela: familiares en línea directa. Los arts. 142 y 143 del Código civil imponen el deber de alimentos entre ascendientes y descendientes. Este deber comprende, entre otras cosas, todo lo que sea indispensable para la asistencia médica. Parece claro, pues, que Eugenio tenía el deber legal de ofrecer la asistencia médica indispensable a su abuela Guadalupe para garantizar su vida e integridad física.

Sin embargo, como se ha visto *supra* III, ya se fundamente la equivalencia a través de las teorías de la posición de garante, ya se fundamente a través de las teorías de la identidad estructural, actualmente casi nadie en la doctrina admite, al menos en el plano teórico, la imputación de un delito de resultado a una omisión por la mera infracción de un deber jurídico-formal de evitación del resultado. Se exige, más bien, una especial vinculación material del omitente con el bien jurídico que fundamente la equivalencia axiológica de la acción con la omisión, o que el omitente domine el riesgo típico en el plano normativo de manera idéntica a como lo puede dominar el sujeto activo en la comisión activa.

Las teorías formales de la fuente del deber presentan importantes problemas de *supra* e *infra*inclusión. De un lado, no se considera aceptable que toda infracción de un deber legal o contractual, en muchos casos extrapenal, de velar por la indemnidad de un bien jurídico sea equivalente a su lesión o puesta en peligro. Piénsese, por ejemplo, en el caso del padre separado que se limita a pagar las facturas de sus hijos y no ejerce la patria potestad de manera efectiva. O el caso de un guía de montaña que contrata con un grupo de excursionistas una salida y no se presenta el día indicado, emprendiendo igualmente la excursión los montañistas y acabándola con bajas y lesionados. De otro, habrá supuestos en los que no existirá ni ley ni contrato que impongan formalmente un deber de evitar el resultado, o que el contrato sea inválido por cuestiones formales, o la ley demasiado imprecisa, pero, sin embargo, la no evitación del resultado se presentará tan grave como su causación. Ejemplo de ello pueden ser los casos de estrechas comunidades de vida o de comunidades de peligro, que en muchas ocasiones los deberes de garantía entre sus miembros no estarán previstas en ninguna ley ni en ningún contrato. En la inoportunidad de las teorías formales para fundamentar el deber de evitar el resultado coinciden, mayoritariamente, tanto los partidarios de la teoría de la infracción del deber como los de la identidad. Existen, lógicamente, excepciones (32).

(32) BACIGALUPO ZAPATER, «Artículo 11» en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), 1997, pp. 424-427, 429; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 6.ª ed., 2004, p. 245; SILVA SÁNCHEZ, «Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario», *CPC* (38), 1989, pp. 367-404, pp. 371-374, 378. Entiende que los requisitos de

De esta forma, y al margen de que una importante línea jurisprudencial aún se mantenga anclada en una concepción formalista de las fuentes de la posición de garante (33), los eventuales deberes de Eugenio frente a su abuela Guadalupe conforme al Código civil tendrían un papel secundario, cuando no nulo, a la hora de fundamentar su deber de evitar el resultado. Lo relevante, y en esto coinciden las tesis de la identidad y las de la posición de garante, es la realidad fáctica, la efectiva relación entre omitente y titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro. No obstante, esto no significa que el deber de evitar el resultado se fundamente en razones extrajurídicas. Al menos, no necesariamente. Que no exista una disposición legal expresa que imponga el deber de evitar el resultado al omitente no significa que a través de una interpretación global del ordenamiento no pueda fundamentarse jurídicamente dicho deber cuando concurra una determinada situación fáctica (34). Otra cosa es que con este método se respeten siempre y en todo caso los mandatos de *lex scripta* y *lex certa* del principio de legalidad (35). Veamos a continuación cómo abordarían el caso de Eugenio y Guadalupe los diferentes planteamientos hasta aquí comentados.

2. Desde la perspectiva de las teorías de la posición de garante, habría que preguntarse si Eugenio mantenía una estrecha vinculación con los bienes jurídicos vida e integridad física de Guadalupe: ¿fueron suficientes diez años de convivencia y cuidados por parte de Eugenio a su abuela para afirmar que aquél se encontraba en una especial posi-

infracción de deber legal, contractual o derivado de injerencia del art. 11 Cp actúan como una restricción tipológica ulterior a la equivalencia estructural, DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Comisión por omisión y principio de legalidad. El artículo 11 Cp como cláusula interpretativa auténtica», *RDPC*, 2004, pp. 309-315. De forma similar, VIVES ANTÓN, «Artículo 11», en COBO DEL ROSAL (dir.), 1999, pp. 489-531, p. 529.

(33) Véase *supra* V. Un ejemplo paradigmático puede encontrarse en la STS de 10 de marzo de 2005, p. Ramos Gancedo: el Tribunal enjuició el caso de una madre a quien le habían retirado la patria potestad de su hija menor. La niña estaba bajo la tutela de un centro de menores pero ocasionalmente pasaba algunos días con su madre. El Tribunal, en lugar de fundamentar su posición de garantía en una asunción voluntaria, ya sea expresa, ya sea mediante actos concluyentes, de los deberes de protección de la niña durante las visitas ocasionales, lo fundamentó en los deberes legales que pesan sobre quien ejerce una guarda de hecho: arts. 303, 304 y 306 Cc, de los que difícilmente puede derivarse una posición de garantía que permita afirmar la equivalencia de su infracción con la comisión. Lo mismo cabe decir de los arts. 153 y 192 Cp, también citados por el Tribunal como fundamento de la equivalencia.

(34) Así, por ejemplo, BACIGALUPO ZAPATER, «Artículo 11», en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), 1997, p. 437.

(35) SEEBODE, «Zur gesetzlichen Bestimmtheit des unechten Unterlassungsdelikts», en *FS-Spendel*, 1992, *passim*.

ción respecto de aquellos bienes jurídicos? La respuesta tiene que ser, en principio, afirmativa. Así, algunos autores consideran que existe una función protectora del bien jurídico tanto a raíz de una vinculación natural entre el omitente y el titular del bien jurídico lesionado (padres e hijos, cónyuges, etc.), como a raíz de una convivencia de facto (36). De forma similar, otros autores entienden que «una comunidad de vida estructurada sobre la base de una ayuda mutua en situaciones de necesidad» da lugar a una posición de garantía derivada de la especial relación de confianza existente entre omitente y titular del bien jurídico. La virtualidad de la especial relación de confianza para operar como fuente de posiciones de garantía la derivan de los principios generales del ordenamiento jurídico (37).

Por tanto, en la medida en que Guadalupe y Eugenio convivían de facto, constando como probado que el nieto cuidó de su abuela durante los diez años de vida en común, la posición de garantía de Eugenio habría quedado fundamentada de acuerdo con las teorías de la posición de garante.

3. Más restrictivas se presentan las tesis de la identidad estructural. Como se ha visto en el anterior apartado, a estas concepciones no les basta la concurrencia de un deber cualificado de garante más o menos fundamentado jurídico-materialmente. Hace falta, en todo caso, que la conducta del omitente sea equiparable dogmático-estructuralmente desde un plano normativo a la de quien causa físico-naturalmente el resultado. Esta identidad se da cuando el omitente –siempre desde un plano normativo– domina o controla el riesgo típico que se dirige contra el bien jurídico de forma imputable a su libre organización. ¿Cuándo concurrirá un dominio o control imputable a la propia autonomía? Algunos autores hablan de una asunción voluntaria del control o dominio del riesgo previa a su surgimiento, tesis que aquí se suscribe.

Así, *Gracia Martín* habla de la «asunción voluntaria y libre del dominio sobre la causa determinante del resultado» (38) y *Silva Sánchez* afirma que la comisión por omisión es comisión «en tanto que la asunción del compromiso más su vulneración implican un control del riesgo idéntico al que se tiene por la vía de la creación activa del mismo» (39). Otros autores, con modelos que acaban siendo igual

(36) MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 6.ª ed., 2004, p. 246. El anclaje jurídico de la convivencia de facto como fuente de deberes de evitación del resultado no lo explicitan en mayor medida.

(37) BACIGALUPO ZAPATER, «Artículo 11», en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), 1997, pp. 436-438.

(38) GRACIA MARTÍN, «Los delitos de comisión por omisión (Una exposición crítica de la doctrina dominante)», en AA.VV., 2001, pp. 412, 459-468.

(39) SILVA SÁNCHEZ, «Artículo 11», en COBO DEL ROSAL (dir.), 1999, p. 456.

de restrictivos, si no más, no hablan de una asunción voluntaria, sino de una atribución del control de un foco de peligro preexistente (*Gimbernat*) (40) o de la creación o aumento del riesgo «...desde el punto de vista social, normativo...» (*Luzón*). (41)

Siendo esto así, en el caso aquí comentado habría que preguntarse si Eugenio asumió voluntariamente el control de los riesgos para los bienes jurídicos vida e integridad física de su abuela. Si bien ambos convivieron durante más de diez años, y consta como probado que Eugenio cuidó a su abuela durante todo ese tiempo, lo cierto es que la información que nos ofrece la redacción de hechos probados es insuficiente para plantearse la cuestión de la asunción del compromiso adecuadamente. ¿Qué tipo de cuidados le prestaba el nieto a su abuela? ¿Se cuidaba de sus problemas de salud o simplemente de su sustento económico o alimentario? ¿Qué tipo de convivencia mantenían y en qué terminos? ¿Se comprometió Eugenio a velar por la salud de Guadalupe ante otros familiares o algún servicio social que pudieran prestarle asistencia médica cuando la requiriera? Y, no menos importante, ¿cuáles eran las condiciones de salud física y mental de Guadalupe? ¿Necesitaba cuidados permanentes o simplemente puntuales? Esto es, ¿incluía el eventual compromiso de Eugenio prestarle asistencia ante cualquier tipo de riesgo para la vida o integridad física de su abuela o solo ante determinados riesgos: problemas respiratorios, problemas coronarios, problemas de movilidad, etc.?

De acuerdo con las teorías de la equivalencia estructural comentadas, así como la línea jurisprudencial que se pronuncia en similares términos, el Tribunal sentenciador debería haberse planteado todas estas preguntas y en los hechos probados deberían constar los datos necesarios para poderlas responder. Mientras esto no sea así, no queda sino invocar el principio *in dubio pro reo* y entender que no ha quedado probada la asunción de dicho compromiso por parte del acusado Eugenio, absolviendo por el delito de homicidio, ya sea doloso, ya sea imprudente, de acuerdo con el principio de presunción de inocencia.

En opinión de *Silva Sánchez*, el contenido del compromiso debe consistir en el «actuar como barrera de contención de riesgos determinados para bienes jurídicos determinados» (42). Si bien la manifestación de este compromiso no ha de ser nece-

(40) GIMBERNAT ORDEIG, «Artículo 11», en COBO DEL ROSAL (dir.), 1999, pp. 433-436.

(41) LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, 1991, pp. 239-241.

(42) SILVA SÁNCHEZ, «Artículo 11», en COBO DEL ROSAL (dir.), 1999, p. 464.

sariamente expresa, deben existir «actos inequívocos de asunción» (43) para entender que se ha producido. En cualquier caso, la asunción del compromiso «es una cuestión organizativa, dinámica, que no puede asociarse ni a instituciones, ni a vínculos estáticos, sino al modo en que se van configurando determinadas situaciones y relaciones intersubjetivas» (44).

4. De acuerdo con estas premisas, y al margen de las consideraciones fundamentales para la solución del caso que se abordarán en el siguiente apartado, las únicas alternativas punitivas en este caso de acuerdo con las tesis de la equivalencia estructural serían las siguientes: o bien recurrir a otros delitos de la parte especial en los que la omisión pudiera subsumirse (45), o bien castigar por el delito de omisión del deber de socorro (art. 195.1) con la agravante de parentesco del art. 23 Cp.

Por el contrario, conforme a los planteamientos de las teorías de la posición de garante, en el presente caso cabría proseguir con el examen de la eventual responsabilidad penal de Eugenio por un delito de homicidio en comisión por omisión. Constatada la especial posición de garante respecto del bien jurídico, correpondería analizar a continuación la relación de la omisión con el resultado. Si en los delitos de comisión activa se exige una relación de causalidad físico-natural entre acción y resultado, en los delitos de comisión por omisión, no pudiendo existir una relación material entre la omisión y el resultado (véase *supra* II) se examina, a través de un juicio de naturaleza contrafáctica, si la conducta debida del garante habría podido evitar el resultado. Se trata del llamado juicio de causalidad hipotética. Se manejan dos estándares: a) la probabilidad rayana en la seguridad de que la conducta debida habría *evitado* el resultado (46) y, b) la probabilidad rayana en la seguridad de que la conducta debida habría *disminuido el riesgo* (47) de producción del resultado.

(43) SILVA SÁNCHEZ, «Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario», *CPC*, 1989, pp. 378-379.

(44) SILVA SÁNCHEZ, «Artículo 11», en COBO DEL ROSAL (dir.), 1999, p. 475.

(45) Cabría plantearse la aplicación de alguno de los delitos contra los derechos y deberes familiares del Libro II, Título XII, Cap. III del Código penal, siempre que, naturalmente, se satisfagan sus requisitos típicos.

(46) Esta parece ser la opción tomada por la doctrina mayoritaria en España, así BACIGALUPO ZAPATER, «Artículo 11», en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), 1997, p. 431; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 8.^a ed., 2008 pp. 330-331; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general, III, Teoría jurídica del delito/2*, 2002, pp. 271-272; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 6.^a ed., 2004, p. 244.

(47) Así, por ejemplo, STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, 5.^a ed., Köln (Heymanns) 2004, p. 329, 3/13.

En el caso concreto, el Tribunal de apelación se encargó de dejar claro que la intervención de Eugenio habría conseguido evitar la muerte de su abuela con todo el grado de probabilidad y certeza que desde el plano hipotético cabe considerar. Por lo tanto, incluso adoptando el estándar más restrictivo, el a), en el caso concreto se debería imputar la muerte de Guadalupe a Eugenio de acuerdo con los postulados de las teorías de la posición de garante materialmente fundamentada. A la misma solución cabría incluso haber llegado desde las tesis de la equivalencia estructural, siempre y cuando se hubiese demostrado que Eugenio había asumido el control de los riesgos para la vida o integridad física de su abuela que pudieran derivarse de los problemas de movilidad que la misma padecía.

De todos modos, esta no es la única crítica a la solución y fundamentación jurídica del caso por parte de la sección segunda de la Audiencia de Ourense. Como a continuación se desarrollará, cabe reprocharle, no de modo menos contundente, el no haber efectuado ninguna consideración sobre la decisión de Guadalupe de rechazar todo tipo de asistencia médica.

VII. EL RECHAZO A LA ASISTENCIA MÉDICA

1. En la sentencia objeto de este comentario consta como probado que Eugenio atendió la petición de su abuela Guadalupe de no llamar a nadie, limitándose a suministrarle una manta y a darle de comer. Esta petición plantea importantes cuestiones de cara a la determinación de la eventual responsabilidad penal de Eugenio por la muerte de su abuela. Entre ellas, por ejemplo, la de si estamos ante un caso de cooperación necesaria al suicidio en comisión por omisión.

En primer lugar, pues, resulta fundamental preguntarse si Guadalupe estaba en condiciones de tomar decisiones libres y responsables después de la caída. En los hechos probados no consta si después del infortunio la señora era capaz de comprender la naturaleza y sentido de su petición de no llamar a nadie. Tampoco consta si Guadalupe tenía problemas de intelección o discernimiento que anularan o disminuyeran su autonomía de la voluntad ya antes de caer.

2. En el supuesto de que, una vez en el suelo, Guadalupe tuviera sus facultades volitivas anuladas (48), la solución es clara: si Eugenio

(48) Sobre los requisitos para considerar que existe una decisión libre y responsable de suicidio, véase SILVA SÁNCHEZ, «Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros», *ADPCP*, 1987, pp. 451-477, pp. 457-462.

se encontraba en una situación de especial vinculación con el bien jurídico vida de su abuela (teorías de la posición de garante) o si había asumido voluntariamente actuar como barrera de contención de los riesgos de muerte derivados de infortunios como el ocurrido (teorías de la identidad), Eugenio debería ser castigado por un homicidio en comisión por omisión, doloso o imprudente, según el caso (49). En el caso de que la no intervención de Eugenio no pudiera considerarse equivalente a la producción activa de la muerte de su abuela, se le debería condenar por un delito de omisión del deber de socorro del art. 195.1 Cp, eventualmente agravado por la circunstancia de parentesco del art. 23 Cp, siempre y cuando se demostrara que actuó dolosamente (50), pues su comisión imprudente es atípica.

3. Si, por el contrario, Guadalupe decidió libre y responsablemente que no se llamara a nadie en busca de asistencia médica, las soluciones cambian, haciéndose preciso introducir ulteriores distinciones. Se trata de las variables de representación del resultado y actitud frente al mismo por parte de los intervinientes: ¿sabían tanto Guadalupe como Eugenio el peligro que suponía que la primera permaneciera en el suelo después de su caída? ¿Cuál fue la actitud que adoptaron ante ese conocimiento? En función de estas variables, son varias las combinaciones que cabe considerar. Veamos.

A1: Guadalupe sabe que va a morir si no recibe asistencia médica y así lo quiere (dolo) (51).

Eugenio sabe que si Guadalupe no recibe asistencia médica va a morir (dolo).

A2: Guadalupe sabe que va a morir si no recibe asistencia médica y así lo quiere (dolo).

(49) Así, por ejemplo, BACIGALUPO ZAPATER, «La “ayuda omisiva” al suicidio y la equivalencia de la omisión con la realización activa del tipo penal en la dogmática española», en GIMBERNAT ORDEIG ET AL. (eds.), *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid (Servicio de publicaciones facultad de Derecho, UCM) 1994, pp. 25-32, p. 30; SILVA SÁNCHEZ, «Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros», *ADPCP*, 1987, p. 470.

(50) En la medida en que el tribunal imputó un delito de homicidio imprudente en comisión por omisión, podría ser que se considerara probado que Eugenio no se representó el peligro manifiesto y grave para la vida de su abuela si permanecía en el suelo después de la caída. En ese caso, faltaría la concurrencia de dolo respecto de uno de los elementos del tipo del art. 195.1 Cp, cuya realización imprudente es atípica.

(51) En este esquema y en su posterior análisis utilizo los conceptos *dolo*, *imprudencia consciente* e *imprudencia inconsciente* en relación con la situación psicológica —a veces también en sentido normativo— de la persona en peligro respecto del resultado. Naturalmente, estos conceptos no se utilizan en un sentido idéntico al que se les puede atribuir en el ámbito de la tipicidad subjetiva dentro de la teoría del delito. Tan solo se utilizan en un sentido analógico a efectos expositivos.

Eugenio sabe que existen muchas probabilidades de que si Guadalupe no recibe asistencia médica va a morir, pero confía en que esto no sucederá (imprudencia consciente) o, en todo caso, ni se ha planteado esta posibilidad, aunque debería habérsela planteado (imprudencia inconsciente).

B1: Guadalupe sabe que hay muchas probabilidades de morir si no recibe asistencia médica pero, aun así, confía en que esto no va a suceder (imprudencia consciente).

Eugenio sabe que si Guadalupe no recibe asistencia médica va a morir (dolo).

B2: Guadalupe actúa con imprudencia consciente respecto del resultado de muerte.

Eugenio actúa con imprudencia consciente o inconsciente respecto del resultado de muerte.

C1: Guadalupe no se ha planteado la posibilidad de que si no recibe asistencia médica va a morir (imprudencia inconsciente).

Eugenio sabe que si Guadalupe no recibe asistencia médica va a morir (dolo).

C2: Guadalupe actúa con imprudencia inconsciente respecto del resultado de muerte.

Eugenio actúa con imprudencia consciente o inconsciente respecto del resultado de muerte.

4. Las combinaciones A1 y A2 deben recibir un mismo tratamiento: la absolución de Eugenio respecto del delito de homicidio de su abuela en comisión por omisión, así como la absolución respecto de una imputación subsidiaria del delito de cooperación necesaria al suicidio (arts. 143.2 ó 3 Cp) o de uno de omisión del deber de socorro del art. 195.1 Cp. Guadalupe, como persona libre y responsable, tiene el derecho a oponerse a cualquier tratamiento médico de acuerdo con el artículo 8 de la Ley 41/2002, de 14 de diciembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica. Las únicas excepciones, de acuerdo con su artículo 9, son los supuestos de riesgo para la salud pública y aquellos en los que no es posible obtener la autorización del afectado. El rechazo libre y responsable de Guadalupe, amparado actualmente por la Ley 41/2002, impide apreciar un deber de intervención por parte de Eugenio en contra de la voluntad de su abuela (52).

(52) En los mismos términos, FELIP SABORIT, «El homicidio y sus formas», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 2.ª ed., Barcelona (Atelier) 2009, p. 47.

5. El resto de combinaciones exigen un mayor esfuerzo analítico. Por lo que respecta a los casos B1 y B2, Guadalupe actúa de manera libre y responsable, conocedora de la virtualidad mortal de su rechazo a recibir asistencia médica, aunque confiando en que la muerte no le va a sobrevenir. En los casos C1 y C2, la abuela actuaría con imprudencia inconsciente respecto del resultado. En ninguna de las cuatro combinaciones cabe plantear la cooperación de Eugenio al suicidio de Guadalupe (art. 143 Cp), pues el concepto jurídico-penal de suicidio no incluye los casos en los que se decide morir de forma imprudente, ya sea con o sin representación de la propia muerte (53). En los cuatro supuestos que a continuación se analizarán tan solo cabe plantear la imputación de uno de los siguientes tres delitos: a) un delito de homicidio doloso en comisión por omisión (arts. 11 y 138 Cp); b) un delito de homicidio imprudente en comisión por omisión (arts. 11 y 142 Cp) o, c) un delito de omisión del deber de socorro (art. 195.1 Cp). Fijadas ya las posibles imputaciones penales, pasemos a examinar las combinaciones restantes.

6. En el supuesto B1, Eugenio actuaría con dolo. Si su omisión es equivalente a la comisión (posición de garante o control del riesgo), cabe plantearse si concurre un delito de homicidio doloso (art. 138 Cp) en comisión por omisión. Si la omisión de Eugenio no pudiera ser equivalente a la comisión, tan solo cabría plantearse la concurrencia de un delito de omisión del deber de socorro (art. 195.1 Cp), con la eventual agravante de parentesco (art. 23 Cp).

En relación con la posibilidad de imputar un homicidio doloso a Eugenio, lo más discutible es que en un caso de rechazo consciente de la asistencia médica por parte del afectado se mantenga el deber de intervenir de quien se encuentra en una posición de garante. En la medida en que en virtud del art. 8 de la Ley 41/2002 no sería posible someter a Guadalupe a ningún tratamiento médico, incluso estando en situación de imprudencia consciente respecto de los efectos de su rechazo, la imputación de un delito de homicidio en comisión por omisión se fundamentaría en una interpretación *contra legem*. Lo mismo cabe decir de la imputación de un delito de omisión del deber de socorro, pues ante el rechazo consciente de la persona afectada no solo se infringiría su derecho a oponerse al tratamiento médico, sino que sería incluso dudoso que existiera el «desamparo» exigido por el art. 195.1 Cp.

(53) El elemento subjetivo respecto de la propia muerte permite distinguir entre la autopuesta en peligro y el suicidio. En cuanto a este último, tan solo hay unanimidad cuando concurre dolo directo de primer grado respecto de la propia muerte: véase SILVA SÁNCHEZ, «Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros», *ADPCP*, 1987, pp. 456-457.

7. De la misma forma habría que resolver el supuesto B2, en el que Eugenio actuaría de manera imprudente. Aquí tan solo cabe plantear la imputación de un delito de homicidio imprudente (art. 142 Cp) en comisión por omisión, siempre y cuando su omisión fuera equivalente a la comisión. Sin embargo, si en el supuesto de que el nieto hubiese actuado con dolo la solución es la absolución en virtud del art. 8 de la Ley 41/2002, la versión imprudente, *a fortiori*, no puede ser penalmente relevante. En caso de ausencia de equivalencia no cabría la realización de un delito de omisión pura de socorro, pues su comisión imprudente es atípica.

8. Distintas son las cosas en relación con los supuestos C1 y C2. En ambos casos Guadalupe habría decidido rechazar la asistencia médica sin ser consciente de las consecuencias mortales que su decisión entrañaría. En C1, pues, cabe plantearse ante el dolo de Eugenio la imputación de un delito de homicidio doloso en comisión por omisión, siempre que su omisión pueda calificarse de equivalente a la comisión. Quien se encuentra en una posición de garante o de control de los riesgos para la vida o integridad física de otro tiene, al menos, el deber de informar al titular del bien jurídico sobre la naturaleza del riesgo que le amenaza (54). De otra forma, la actitud (imprudente) frente al riesgo del afectado no puede desactivar sus deberes de protección del bien jurídico o de control de los riesgos que se dirigen en su contra. Esta conclusión es clara desde la óptica de las teorías de la posición de garante o de la equivalencia axiológica: los deberes cualificados de solidaridad se mantienen más allá de la organización eventualmente defectuosa del afectado.

Lo mismo cabe decir desde la perspectiva de la equivalencia estructural, aunque con matices. Desde estos planteamientos, en la medida en que el fundamento de la responsabilidad penal es la infracción del principio *neminem laedere*, esto es, la injerencia en la esfera de organización ajena lesionando la autonomía del otro, es razonable preguntarse si el ejercicio de autonomía del afectado, aunque defectuoso, puede eliminar o, en todo caso, atenuar la responsabilidad penal del omitente. En este sentido, se ha defendido que la posición psíquica del imputado, cuando la «víctima» actúa de forma responsable, no tiene ningún tipo de relevancia. Así, la imputación del riesgo a la víctima o al autor se debe llevar a cabo en el plano de la tipicidad obje-

(54) El deber de informar, naturalmente, también concurre en los supuestos B1 y B2. Lo que sucede es que no hace falta hacerlo efectivo en la medida en que el beneficiario es consciente de las consecuencias de su decisión, a pesar de que las infravalore.

tiva, al margen de la subjetiva (55). Siendo Guadalupe una persona responsable, y no alterando la concurrencia de una posición de garantía las reglas generales de imputación en un supuesto de autopuesta en peligro (56), en C1 habría que imputar a la «víctima» el riesgo de muerte con base en el principio de autorresponsabilidad (57).

No obstante, si bien es cierto que desde la óptica de la sanción penal no se da relevancia a la distinción entre culpa consciente e inconsciente, cuando se trata de evaluar el comportamiento como ejercicio de la propia autonomía quizá sí sea relevante el carácter consciente o inconsciente con el que se han tomado ciertas decisiones. La pregunta que debemos hacernos en este punto no es otra que la del alcance de los deberes de actuación del garante de protección cuando el protegido, estando en una situación de error, rechaza la intervención de aquél sin poderse proteger a sí mismo. Probablemente, la respuesta deba ser la afirmación de un deber de intervención del garante dirigida a sacar del error al titular del bien jurídico protegido. Y ello porque las decisiones del titular en error no pueden considerarse sino un riesgo más de la vida contra su propio bien jurídico. Sin embargo, en un caso como el aquí comentado, la intervención debida del garante no puede ir más allá del deber de información sobre las consecuencias del rechazo de la asistencia médica. Una vez la persona en peligro conoce las consecuencias, el art. 8 de la Ley 41/2002 impide que se intervenga en contra de su voluntad si sigue oponiéndose a la asistencia médica, incluso cuando infravalore el peligro que la amenaza.

Siguiendo en el supuesto C1, si la omisión de Eugenio no fuera equivalente a la comisión activa de la muerte, cabría todavía plantearse la comisión de un delito de omisión del deber de socorro del art. 195.1 Cp. La pregunta que debemos hacernos es la siguiente: ¿podemos exigir a cualquier ciudadano, en virtud del deber general de solidaridad, que auxilie a una persona «desamparada y en situación de peligro manifiesto y grave» incluso cuando la misma se opone, con imprudencia inconsciente, al auxilio?

Parece claro que para realizar el tipo del art. 195.1 Cp no hace falta que el autor haya hecho caso omiso a una petición de auxilio del necesitado. Sin la solicitud de socorro se puede infringir igualmente el

(55) CANCIO MELIÁ, «La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima (“imputación a la víctima”)», *Revista de Derecho Penal y Criminología* (2), 2.ª Época, 1998, pp. 49-99, pp. 85-89.

(56) CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2.ª ed., Barcelona (Bosch) 2001, p. 315.

(57) CANCIO MELIÁ, «La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima («imputación a la víctima»)», *RDPC* (2), 2.ª Época, 1998, pp. 49-99, *passim*.

deber de solidaridad mínimo. No obstante, las cosas cambian sustancialmente cuando el necesitado rechaza, aunque sea bajo imprudencia inconsciente, el auxilio. En ese caso, la pregunta que debemos hacernos es la siguiente: ¿cabe exigir un deber de información al ciudadano medio sobre las consecuencias del rechazo del auxilio, más allá del propio ofrecimiento de auxilio? Si queremos mantener la distancia de seguridad respecto de un excesivo paternalismo, la respuesta tan solo puede ser que no.

Lo único que cabría plantearse, en el caso concreto, es si la condición de pariente en línea directa de Eugenio respecto de Guadalupe puede elevar su deber de solidaridad mínima respecto de su abuela en relación con el ciudadano medio. En ese caso, la relación familiar no serviría para agravar el injusto (art. 23), sino para fundamentarlo. La solución parece razonable, aunque por razones obvias de espacio tan solo puede quedar apuntada en este comentario.

9. Queda por analizar el supuesto C2. Se trata del caso en que Guadalupe habría actuado con imprudencia inconsciente y Eugenio con imprudencia, consciente o inconsciente. Aquí tan solo cabe plantear la imputación de un delito de homicidio imprudente en comisión por omisión cuando la omisión del nieto sea equivalente a la comisión. En ese caso, y al igual como sucedería en C1, hay que valorar si la conducta imprudente de la «víctima» puede tener algún efecto excluyente o atenuatorio de la responsabilidad penal del omitente. La solución tiene que pasar por los mismos cauces que la de C1.

VIII. CONCLUSIONES

A tenor de todo lo comentado, la conclusión a la que llegó la sección segunda de la Audiencia de Ourense: condena al Sr. Eugenio por homicidio imprudente (art. 142 Cp), habría sido ajustada a Derecho siempre y cuando hubieren quedado probados y fundamentados los extremos contenidos en alguna de las dos opciones siguientes (58):

1. La Sra. Guadalupe no fue libre y responsable cuando rechazó la asistencia médica. Su nieto, el Sr. Eugenio, no pidió, imprudentemente, auxilio a terceros, equivaliendo su omisión a la comisión.

(58) La calificación jurídica tendría que ser, en todo caso, la de homicidio imprudente en comisión por omisión (arts. 11 y 142 Cp). Los problemas en materia de indefensión (art. 24 CE) por infracción del principio acusatorio no pueden desprejiciarse en caso de que la acusación en términos de comisión activa o comisión por omisión durante todo el proceso no coincidiera con la calificación final del Tribunal.

2. La Sra. Guadalupe decidió libre y responsablemente que no se le prestara asistencia médica bajo error sobre el alcance y efectos de su decisión. Su nieto, el Sr. Eugenio, no la informó, imprudentemente, de las consecuencias que podía tener su decisión, equivaliendo su omisión a la comisión.

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

GEMA MARTÍNEZ GALINDO

Doctora en Derecho. Abogada

CONSTITUCIÓN

ARTÍCULO 14

Derecho a la igualdad en la aplicación de la ley

«El Tribunal Constitucional, para estimar vulnerada esta dimensión del principio de igualdad, ha venido exigiendo la concurrencia de varios requisitos. En primer lugar, la acreditación por la parte actora de un *tertium comparationis*, dado que el juicio de igualdad se realiza sobre la comparación entre la resolución judicial que se impugna y aquellas otras precedentes resoluciones del mismo órgano judicial en casos sustancialmente iguales (por todas, STC 186/2000, de 10 de julio, FJ 1), correspondiendo la carga de la prueba al recurrente en amparo (por todas, STC 37/2001, de 12 de febrero, FJ 3). En segundo lugar, la identidad de supuestos resueltos de forma contradictoria (por todas, STC 102/1999, de 31 de mayo, FJ 3), pues sólo si los casos son iguales entre sí se puede efectivamente pretender que la solución dada para uno debe ser igual a la del otro (STC 78/1984, de 9 de julio, FJ 3). En tercer lugar, la identidad de órgano judicial, exigiéndose no sólo la identidad de Sala sino también la de Sección, al considerar a éstas como órganos jurisdiccionales con entidad diferenciada suficiente para desvirtuar una supuesta desigualdad en la aplicación judicial de la ley (por todas, STC 102/2000, de 10 de abril, FJ 2).

En consecuencia, como ha reiterado este Tribunal Constitucional, un mismo órgano jurisdiccional no puede cambiar arbitrariamente el sentido de sus decisiones adoptadas con anterioridad en supuestos sustancialmente iguales sin una argumentación razonada de dicha separación, que permita deducir que la solución dada al caso responde a una interpretación abstracta y general de la norma aplicable, y no a una respuesta *ad personam* (por todas, STC 176/2000, de 26 de junio, FJ 3). Nada impide, sin embargo, que un órgano judicial se aparte conscientemente de sus resoluciones precedentes ofreciendo una fundamentación suficiente y razonable que motive el cambio de criterio (por todas, STC 104/1996, de 11 de junio, FJ 2) o, en ausencia de tal motivación expresa, que resulte patente que la diferencia de trato tiene su funda-

mento en un efectivo cambio de criterio, por desprenderse así de la propia resolución judicial (inferirse con certeza) o por existir otros elementos de juicio externo que así lo indiquen, como podrían ser posteriores pronunciamientos coincidentes con la línea abierta por la Sentencia impugnada (por todas, STC 25/1999, de 8 de marzo, FJ 5).»

(STC 105/2009, de 4 de mayo. Recurso de amparo núm. 4218/2005. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. BOE 6-6-09. En el mismo sentido: SSTC 143/2008, de 31 de octubre, BOE 21-11-08; 160/2008 y 161/2008, de 2 de diciembre, BOE 9-1-09; 87/2009, de 20 de abril. «BOE» 7-5-09.)

«Parece pertinente recordar que este Tribunal tiene declarado, desde la STC 22/1981, de 2 de julio, recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que “el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad, en suma, son las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos” (SSTC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4, y 88/2005, de 18 de abril, FJ 5, por todas).

Lo propio del juicio de igualdad, ha dicho este Tribunal, es “su carácter relacional conforme al cual se requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas” (STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 10) y, de otro, que “las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso (SSTC 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 6; 29/1987, de 6 de marzo, FJ 5; 1/2001, de 15 de enero, FJ 3). Sólo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma” (STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 5).

En definitiva, como ha sintetizado la STC 125/2003, de 19 de junio, el principio de igualdad prohíbe al legislador “configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria”. Dicho de otra manera, sólo ante iguales supuestos de hecho actúa la prohibición de utilizar “elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable” (STC 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4), razón por la cual toda alegación del derecho fundamental a la igualdad precisa para su verificación un *tertium comparatio-*

nis frente al que la desigualdad se produzca, elemento de contraste que ha de consistir en “una situación jurídica concreta en la que se encuentren otros ciudadanos u otros grupos de ciudadanos” (ATC 209/1985, de 20 de marzo, FJ 2).»

(STC 122/2008, de 20 de octubre. Recurso de amparo núm. 3772/2003. Ponente. D. Vicente Conde Martín de Hijas. «BOE» 21-11-08.)

ARTÍCULO 17.1

Prisión provisional: Motivación y prórroga

«Tenemos reiteradamente dicho que en estos casos en que se cuestiona la suficiencia de la resolución de prórroga de la prisión provisional, el derecho fundamental concernido no es el del artículo 24.1 CE, que carece aquí de autonomía sino, por sus efectos sobre la libertad personal del afectado, el del artículo 17 CE, en el que ha de quedar subsumida la queja (entre otras, SSTC 22/2004, de 23 de febrero, FJ 2; 120/2004, de 12 de julio, FJ 2; 333/2006, de 20 de noviembre, FJ 2; 27/2008, de 11 de febrero, FJ 3).

(.../...)

No puede considerarse suficiente el hecho de haberse dictado una Sentencia de condena contra el acusado para fundamentar la prórroga de la prisión provisional hasta entonces acordada, resultando incompatible con el derecho fundamental a la libertad personal una interpretación del artículo 504 LECrim que postule el automatismo de la prórroga por ese motivo.

En efecto, de conformidad con la doctrina de este Tribunal, sentada desde la STC 98/1998, de 4 de mayo, FJ 3, no resulta constitucionalmente admisible la motivación de la prórroga de la prisión provisional hasta el límite de la mitad de la condena impuesta que se sustenta exclusivamente en el dictado de una Sentencia condenatoria, pues tal automatismo supone desconocer las rigurosas exigencias de motivación que tanto la adopción como la prórroga de esta medida han de respetar para poder afirmar que son constitucionalmente legítimas (por todas, SSTC 142/1998, de 19 de junio, FJ 3; 231/2000, de 2 de octubre, FJ 5; 22/2004, de 23 de febrero, FJ 4; 99/2005, de 18 de abril, FJ 4; 333/2006, de 20 de noviembre, FJ 4; 27/2008, de 11 de febrero, FFJJ 4 y 6).

En palabras de la STC 333/2006, de 20 de noviembre, FJ 3, es doctrina constitucional reiterada que para que la motivación de la resolución judicial que acuerde tal medida se considere suficiente y razonable es preciso que la misma sea el resultado de la ponderación de los intereses en juego (la libertad de la persona cuya inocencia se presume, por un lado; la realización de la justicia penal y la evitación de hechos delictivos, por otro), que constituye una exigencia formal del principio de proporcionalidad, y que esta ponderación no sea arbitraria, en el sentido de que resulte acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y especialmente con los fines que justifican la prisión provisional (SSTC 128/1995, de 26 de julio, FJ 4; 33/1999, de 8 de marzo; 14/2000, de 17 de enero; 47/2000, de 17 de febrero, FJ 2; 164/2000, de 12 de junio; 165/2000, de 12 de junio, y 29/2001, de 29 de enero, FJ 3, entre las más recientes).

Concretando dichas directrices, este Tribunal ha identificado dos criterios de enjuiciamiento en la motivación de la medida cautelar. El primero exige tomar en consideración, además de las características y gravedad del delito imputado y de la pena con que se le amenaza, las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado. El segundo introduce una matización en el anterior al valorar la incidencia que el transcurso del tiempo ha de tener en la toma de la decisión de mantenimiento

de la prisión, de modo que si bien es cierto que, en un primer momento, la necesidad de preservar los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional así como los datos de que en ese instante disponga el instructor pueden justificar que el decreto de la prisión se lleve a cabo atendiendo solamente al tipo de delito y a la gravedad de la pena, dado que de este dato puede inferirse razonablemente la existencia de riesgo de fuga (por todas, STC 8/2002, de 14 de enero, FJ 4), también es verdad que el paso del tiempo modifica estas circunstancias y obliga a ponderar los datos personales y los del caso concreto conocidos en momentos posteriores [entre otras, SSTC 128/1995, de 26 de julio, FJ 4 b), 37/1996, de 11 de marzo, FJ 6 a), 62/1996, de 16 de abril, FJ 5, y 33/1999, de 8 de marzo]. En suma, la medida de prisión provisional debe responder en todo momento a los fines constitucionalmente legítimos de la misma, y así debe poder deducirse de la motivación de la resolución que la acuerda, aunque en un primer momento estos fines pueden justificarse atendiendo a criterios objetivos como la gravedad de la pena o el tipo de delito [por todas, STC 44/1997, de 10 de marzo, FJ 5 b)].

No obsta a lo dicho la afirmación, incluida en el Auto de 22 de junio de 2006, de que este Tribunal Constitucional sostendría un criterio contrario al ya expuesto, por tanto favorable a la suficiencia de la Sentencia de condena como causa para la prórroga de la prisión provisional, haciendo cita para ello de las SSTC 62/1996, de 15 de abril, y 42/2000, de 17 de febrero (sic, debe decir STC 47/2000, de la misma fecha). En efecto, la primera de dichas resoluciones se refería en este punto a la adopción de una medida de prisión provisional tras una Sentencia condenatoria de quien se encontraba en libertad provisional, mientras que la segunda se limitaba a recoger el criterio mantenido en la anterior para la situación a que aquélla se refería. De este modo ambas decisiones se sitúan en un plano distinto al de la prórroga de la prisión provisional a que se contrae el caso presente. Y, en todo caso, debe aclararse que la doctrina sentada en dichas Sentencias no legitima el automatismo de la prisión provisional tras el dictado de una Sentencia condenatoria por delito grave —como parece entender el órgano judicial en el Auto de 22 de junio de 2006—, sino que lo que afirmó el Pleno de este Tribunal en la STC 47/2000, de 17 de febrero, FJ 3, es que tal hecho “puede constituir un dato suficiente que justifique razonable y suficientemente la concurrencia de un riesgo de sustracción a la acción de la justicia» lo que en este caso no se ha ponderado”.»

(STC 50/2009, de 23 de febrero. Recurso de amparo núm. 7925/2006. Ponente: D.^a Elisa Pérez Vera. «BOE» 28-3-09.)

«Este Tribunal ha reiterado que 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, de modo que el análisis de los defectos o insuficiencias en la motivación de las resoluciones judiciales que acuerdan la adopción o el mantenimiento de la prisión provisional trasciende el deber genérico de fundamentación de las resoluciones judiciales para entrar en el más estricto de la fundamentación de las medidas restrictivas de la libertad. Igualmente, se ha destacado que 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, entendiendo 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 la resolución judicial ha de expresar cuál es el presupuesto de la medida y el fin constitucionalmente legítimo perseguido. 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, STC 66/2008, de 29 de mayo, FJ 4).

Respecto de la exigencia constitucional del sometimiento de la prisión provisional a plazo máximo, cuya concreta determinación se reserva a la ley (artículo 17.4 CE), este Tribunal ha declarado que su razón última es la de ofrecer una garantía de seguridad jurídica al afectado por la medida cautelar y contribuir a evitar dilaciones indebidas, y que la superación de los plazos máximos legalmente previstos supone una limitación desproporcionada del derecho a la libertad y, en consecuencia, su vulneración (por todas, STC 95/2007, de 7 de mayo, FJ 5). En relación con ello, se ha puesto de manifiesto que la prórroga o ampliación del plazo máximo inicial de prisión provisional decretada requiere una decisión judicial específica que motive tan excepcional decisión, fundada en alguno de los supuestos que legalmente habilitan para ello, y que, además, ha de ser adoptada antes de que el plazo máximo inicial haya expirado, pues constituye una exigencia lógica para la efectividad del derecho a la libertad personal, por más que no venga expresamente exigida por el precepto, sin que la lesión producida por la ignorancia del plazo se subsane por la adopción de un intempestivo acuerdo de prórroga tras la superación de aquél (por todas, STC 27/2008, de 11 de febrero, FJ 4).

Por último, debe subrayarse, en relación con la esfera del análisis constitucional, que este Tribunal tiene atribuido solamente el control externo concerniente a que la adopción o, en su caso, el mantenimiento de la medida hayan sido efectuados de forma fundada, razonada y coherente con los fines de la institución, correspondiendo en exclusiva a la jurisdicción ordinaria determinar la concurrencia y ponderación en cada supuesto de los elementos fácticos que justifican la medida cautelar (por todas, STC 66/2008, de 28 de mayo, FJ 4).»

(STC 122/2009, de 18 de mayo. Recurso de amparo núm. 9109/2006. Ponente: D. Pablo Pérez Tremps. «BOE» 20-6-09.)

ARTÍCULO 17.4

Hábeas corpus

«Como recordamos en la STC 169/2006, de 5 de junio, este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en reiteradas ocasiones sobre el reconocimiento constitucional del procedimiento de hábeas corpus en el artículo 17.4 CE, como garantía fundamental del derecho a la libertad, y en qué medida puede verse vulnerado por resoluciones judiciales de inadmisión a trámite de la solicitud de su incoación, generando una consolidada doctrina, recogida en las SSTC 94/2003, de 19 de mayo, FJ 3,

23/2004, de 23 de febrero, FJ 5, y 122/2004, de 12 de julio, FJ 3. En síntesis, la doctrina de este Tribunal configura el procedimiento de *habeas corpus*, previsto en el inciso primero del artículo 17.4 CE, y desarrollado por la Ley Orgánica 6/1984, de 6 de mayo (LOHC), como una garantía reforzada del derecho a la libertad para la defensa de los demás derechos sustantivos establecidos en el resto de los apartados del artículo 17 CE, cuyo fin es posibilitar el control judicial a posteriori de la legalidad y de las condiciones en las cuales se desarrollan las situaciones de privación de libertad no acordadas judicialmente mediante la puesta a disposición judicial de toda persona que se considere está privada de libertad ilegalmente. El procedimiento de *habeas corpus*, 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.

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 arts. 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 judicial 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 del *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.

Asimismo hemos señalado que en las detenciones producidas en el ámbito propio de la legislación de extranjería, es decir, privaciones de libertad realizadas por la policía sin previa autorización judicial y al amparo de la normativa vigente en materia de extranjería, resulta plenamente aplicable la doctrina jurisprudencial sobre *habeas corpus*. Por el contrario, “el procedimiento de *habeas corpus* queda manifiestamente fuera de lugar cuando ... la intervención judicial ya se ha producido con la aplicación de la Ley de extranjería, sin que todavía hubiera transcurrido el plazo que para la duración del internamiento se había fijado por el Juez” (STC 303/2005, de 24 de noviembre, FJ 5).

Por ello, conforme a la referida doctrina de este Tribunal, las inadmisiones *a limine* de las solicitudes de *habeas corpus* fundadas en la legalidad de la detención (y sin que conste que antes de la decisión de inadmisión hubiera existido una actuación judicial de control de la legalidad de la detención), como ha sucedido en el presente caso, han de considerarse lesivas del artículo 17.4 CE, por lo que procede otorgar el amparo solicitado.»

(STC 172/2008, de 18 de diciembre. Recurso de amparo abogado núm. 5013/2003. Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. «BOE» 24-1-09. En sentido similar y mismo Boletín: STC 173/2008, de 22 de diciembre; 14/2009 y 15/2009, de 12 de enero, «BOE» 13-2-09.)

ARTÍCULO 18.1

Derechos a la intimidad, a la propia imagen y al honor en relación con los derechos a la libertad de información y de expresión

«En relación con el derecho a la propia imagen (artículo 18.1 CE), este Tribunal ha reiterado que se configura como un derecho que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado. Igualmente, se ha destacado que su contenido se encuentra delimitado por el de otros derechos y bienes constitucionales, señaladamente las libertades de expresión o información [artículo 20.1 a) y d), CE], y que dicha delimitación debe efectuarse tomando en consideración la dimensión teleológica del derecho a la propia imagen, por lo que debe salvaguardarse el interés de la persona en evitar la captación o difusión de su imagen sin su autorización o sin que existan circunstancias que legitimen esa intromisión. De ahí que se haya sostenido que la captación y difusión de la imagen del sujeto sólo será admisible cuando la propia conducta de aquél o las circunstancias en las que se encuentre inmerso justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con aquél (por todas, STC 72/2007, de 16 de abril, FJ 3). Por otra parte, en relación con el derecho a la intimidad, este Tribunal ha reiterado que garantiza la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de vida humana, que puede ceder ante la prevalencia de otros derechos, como el derecho a la información cuando se refiera a hechos con relevancia pública, en el sentido de noticiables, y a que dicha información sea veraz (por todas, STC 127/2003, de 30 de junio, FJ 8).

(.../...)

La publicación sin el consentimiento de los afectados de unas fotografías que fueron captadas en el ámbito privado y que no sólo permitían su completa identificación, sino que mostraban sus cuerpos desnudos o semidesnudos, produce una intromisión en sus derechos a la intimidad y a la propia imagen (artículo 18.1 CE) que no puede considerarse legítima ni amparada en la libertad de información por carecer de interés público su difusión, lo que determina que no quepa apreciar la vulneración aducida del derecho a la información respecto de la condena por la difusión de estas imágenes.

En relación con la delimitación entre los derechos a la libertad de información y expresión y el derecho al honor, es reiterado que no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones –garantizado por el derecho a la libertad de expresión– de la simple narración de unos hechos –garantizado por el derecho a la libertad de información–, toda vez que la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o de noticias comprende, casi siempre, algún elemento valorativo o una vocación a la formación de una opinión (por todas, STC 29/2009, de 26 de enero, FJ 2).

(.../...)

Este Tribunal ha destacado que el libre ejercicio del derecho a la libertad de expresión, al igual que el de información, garantiza un interés constitucional relevante como es la formación y existencia de una opinión pública libre, que es una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, que encuentra un límite, constitucionalmente reconocido, en el derecho al honor de las personas, lo que no excluye la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe

sociedad democrática. Igualmente, se han señalado como circunstancias a tener en cuenta a la hora de apreciar los límites de la libertad de expresión, el juicio sobre la relevancia pública del asunto, el tipo de intervención y, por encima de todo, el dato de si, en efecto, contribuyen o no a la formación de la opinión pública, incidiéndose en que este límite se debilita o pierde peso en la ponderación a efectuar cuando los titulares del honor ejercen funciones públicas o resultan implicados en asuntos de relevancia pública, siendo en estos casos más amplios los límites de la crítica permisible, pues estas personas están expuestas a un más riguroso control de sus actividades y manifestaciones que si se tratase de simples particulares sin proyección pública alguna. Por último, también se ha puesto de manifiesto que, incluso en el ámbito en el que los límites de la crítica permisible son más amplios, la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, lo que significa que de la protección constitucional que otorga el artículo 20.1 a) CE, están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias, es decir, las que, en las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad, sean ofensivas o ultrajantes y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate (por todas, STC 9/2007, de 15 de enero, FJ 4)».

(STC 77/2009, de 23 de marzo. Recurso de amparo núm. 6970/2006. Ponente: D. Pablo Pérez Tremps. «BOE»27-4-09.)

Derecho a la intimidad

«Este derecho, que aparece configurado como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad, y que deriva de la dignidad de la persona humana que reconoce el artículo 10 CE, implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana (SSTC 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 4; 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 10; 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3.b).

A fin de preservar ese espacio reservado, el derecho a la intimidad confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido (entre otras, SSTC 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 5; y 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2). En definitiva, como dijimos en la STC 85/2003, de 8 de mayo, FJ 21, lo que garantiza el artículo 18.1 CE es el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal, excluyendo que sean los terceros, particulares o poderes públicos, los que delimiten los contornos de nuestra vida privada.

Sobre esa base doctrinal y en lo que a este caso concierne es preciso detenerse en tres planos de consideración: a) si la información relativa a la salud se incluye en dicho ámbito; b) la posible existencia de límites en cuanto al derecho al secreto sobre la información relativa a datos referentes a la salud y, en ese caso, c) si puede haber intromisiones legítimas en ese ámbito de intimidad.

a) Resulta evidente que el padecimiento de una enfermedad se enmarca en la esfera de privacidad de una persona, y que se trata de un dato íntimo que puede ser preservado del conocimiento ajeno. El derecho a la intimidad comprende la información relativa a la salud física y psíquica de las personas (STC 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2), quedando afectado en aquellos casos en los que sin consentimiento del paciente se accede a datos relativos a su salud o a informes relativos a la misma, o cuando, habiéndose accedido de forma legítima a dicha información, se divulga o utiliza sin consentimiento del afectado o sobrepasando los límites de dicho consentimiento. Dicha apreciación se coherencia con nuestras pautas sociales, como lo demues-

tra el hecho de que en el ámbito de la legalidad ordinaria el acceso y el uso de información relativa a la salud se rodea de garantías específicas de confidencialidad, subrayándose la estrecha relación entre el secreto profesional médico y el derecho a la intimidad. También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como recordamos en la ya citada STC 70/2009, ha insistido en la importancia que para la vida privada poseen los datos de salud (en este sentido, STEDH de 10 de octubre de 2006, caso L.L. c. Francia, § 32), señalando que “el respeto al carácter confidencial de la información sobre la salud constituye un principio esencial del sistema jurídico de todos los Estados parte en la Convención”, por lo que “la legislación interna debe prever las garantías apropiadas para impedir toda comunicación o divulgación de datos de carácter personal relativos a la salud contraria a las garantías previstas en el artículo 8 del Convenio europeo de derechos humanos (SSTEDH caso Z. c. Finlandia de 25 de febrero de 1997, § 95, y caso L.L. c. Francia, de 10 de octubre de 2006, § 44)”.

b) Reconocido así que la información relativa al estado de salud de una persona forma parte de este reducto de privacidad que garantiza el artículo 18.1 CE, conviene señalar la existencia de límites respecto al carácter secreto de los datos relativos a la salud que determinan que, en su caso, no toda injerencia o afectación de este derecho resulta ilegítima:

En efecto, la afectación no será ilegítima cuando medie el previo consentimiento (eficaz) del afectado, que permite la inmisión en el derecho a la intimidad y que, lógicamente, puede ser revocado en cualquier momento (STC 196/2006, de 3 de julio, FFJJ 5 y 6).

Tampoco podrá ser calificada de ilegítima aquella injerencia o intromisión en el derecho a la intimidad que encuentra su fundamento en la necesidad de preservar el ámbito de protección de otros derechos fundamentales u otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, siempre y cuando se respete el contenido esencial del derecho (STC 292/2000, de 30 de diciembre, FJ 9, y ATC 212/2003, de 30 de junio). A esto se refiere nuestra doctrina sobre el carácter no ilimitado o no absoluto de los derechos fundamentales, puesto que el contenido del derecho a la intimidad personal, como el de cualquier otro derecho, se encontrará delimitado por el de otros derechos y bienes constitucionales (STC 156/2001, de 2 de julio, FJ 6; 14/2003, de 28 de enero, FJ 5). Así, aunque el artículo 18.1 CE no prevé expresamente la posibilidad de un sacrificio legítimo del derecho a la intimidad –a diferencia de lo que ocurre en otros supuestos, como respecto de los derechos reconocidos en los artículos. 18.2 y 3 CE–, su ámbito de protección puede ceder en aquellos casos en los que se constata la existencia de un interés constitucionalmente prevalente al interés de la persona en mantener la privacidad de determinada información. De este modo, como ya pusimos de manifiesto en la STC 196/2004, de 15 de noviembre, ya citada, la salvaguarda de la salud de los trabajadores (cuando se trata de verificar si el estado de salud de un trabajador puede causar un peligro para él mismo o para terceros) “es, desde luego, causa legítima que puede justificar la realización de reconocimientos médicos también en el marco de la relación laboral”, aun cuando suponga una restricción de la libre disposición del sujeto sobre el ámbito de su intimidad.

En todo caso las posibles limitaciones del derecho fundamental a la intimidad personal deberán estar fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional, sea proporcionada y que exprese con precisión todos y cada uno de los presupuestos materiales de la medida limitadora (STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 16; 70/2009, de 23 de marzo, FJ 3), pues lo que impide el artículo 18.1 CE son las injerencias en la intimidad “arbitrarias o ilegales”.

En la misma línea se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tal como hemos señalado en la ya citada STC 70/2009, a la que nos remitimos, que

reconoce la posible existencia de límites a la garantía de la intimidad individual y familiar del artículo 8 CEDH (como puedan ser las medidas que se adopten para garantizar la seguridad del Estado o la persecución de infracciones penales), siempre que tales limitaciones estén previstas legalmente y sean las indispensables en una sociedad democrática, lo que implica que la ley que establezca esos límites sea accesible al individuo concernido por ella, que resulten previsibles las consecuencias que para él pueda tener su aplicación, y que los límites respondan a una necesidad social imperiosa y sean adecuados y proporcionados para el logro de su propósito (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso X e Y, de 26 de marzo de 1985; caso Leander, de 26 de marzo de 1987; caso Gaskin, de 7 de julio de 1989; *mutatis mutandis*, caso Funke, de 25 de febrero de 1993; caso Z, de 25 de febrero de 1997).

c) Consecuentemente existirá intromisión ilegítima en el ámbito de la intimidad cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto no sea acorde con la Ley, no sea eficazmente consentida o, aun autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida (STC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2), o bien cuando, aun persiguiendo un fin legítimo previsto legalmente (de forma tal que se identifique el interés cuya protección se persigue de forma concreta y no genérica, STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 11), la medida adoptada no se revele necesaria para lograr el fin previsto, no resulte proporcionada o no respete el contenido esencial del derecho (por todas, STC 70/2009, de 23 de marzo, FJ 3). Ello implica realizar un juicio de proporcionalidad que requiere la constatación de que la medida restrictiva adoptada cumple los tres requisitos siguientes: que la medida sea susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); que sea además necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución del tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, que la medida adoptada sea ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en un juicio estricto de proporcionalidad (entre otras SSTC 281/2006, de 9 de octubre, FJ 2 –y las que allí se citan– y STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4)».

(STC 159/2009, de 29 de junio. Recurso de amparo núm. 9914/2006. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas. «BOE» 28-7-09.)

Derecho a la propia imagen

«Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en relación con quejas referidas a presuntas o efectivas vulneraciones del derecho a la propia imagen (artículo 18.1 CE) en diversas Sentencias, entre las que cabe destacar las SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, 99/1994, de 11 de abril, 117/1994, de 17 de abril, 81/2001, de 26 de marzo, 139/2001, de 18 de junio, 156/2001, de 2 de julio, 83/2002, de 22 de abril, 14/2003, de 28 de enero, 300/2006, de 23 de octubre, 72/2007, de 16 de abril, y 77/2009, de 23 de marzo.

En lo que aquí interesa resaltar, de dicha doctrina resulta que, en su dimensión constitucional, el derecho a la propia imagen (artículo 18.1 CE) se configura como un derecho de la personalidad, que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos que le hagan reconocible que puede ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado (por todas, SSTC 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2, y 72/2007, de 16 de abril, FJ 3).

Ahora bien, lo que no puede deducirse del artículo 18.1 CE es que el derecho a la propia imagen, en cuanto límite del obrar ajeno, comprenda el derecho incondicionado y sin reservas de impedir que los rasgos físicos que identifican a la persona se capten o se difundan. El derecho a la propia imagen, como cualquier otro derecho, no es un derecho absoluto, y por ello su contenido se encuentra delimitado por el de otros derechos, libertades y bienes constitucionales (SSTC 99/1994, de 11 de abril, FJ 5; 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 156/2001, de 2 de julio, FJ 6; y 14/2003, de 28 de enero, FJ 4), entre los que destaca, por lo que al presente caso interesa, la libertad de información [artículo 20.1 d) CE].

La determinación de estos límites debe efectuarse tomando en consideración la dimensión teleológica del derecho a la propia imagen, y por esta razón hemos considerado que debe salvaguardarse el interés de la persona en evitar la captación o difusión de su imagen sin su autorización o sin que existan circunstancias que legitimen esa intromisión. De ahí que hayamos sostenido que “la captación y difusión de la imagen del sujeto sólo será admisible cuando la propia –y previa– conducta de aquél o las circunstancias en las que se encuentre inmerso, justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con aquél” (STC 99/1994, de 11 de abril, FJ 5).

Resulta, por tanto, que el derecho a la propia imagen (artículo 18.1 CE) se encuentra delimitado por la propia voluntad del titular del derecho que es, en principio, a quien corresponde decidir si permite o no la captación o difusión de su imagen por un tercero. No obstante, como ya se ha señalado, existen circunstancias que pueden determinar que la regla enunciada ceda, lo que ocurrirá en los casos en los que exista un interés público en la captación o difusión de la imagen y este interés público se considere constitucionalmente prevalente al interés de la persona en evitar la captación o difusión de su imagen. Por ello, cuando este derecho fundamental entre en colisión con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos, deberán ponderarse los distintos intereses enfrentados y, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, decidir qué interés merece mayor protección, si el interés del titular del derecho a la imagen en que sus rasgos físicos no se capten o difundan sin su consentimiento o el interés público en la captación o difusión de su imagen (SSTC 156/2001, de 2 de julio, FJ 6; y 77/2009, de 23 de marzo, FJ 2, por todas)».

(STC 158/2009, de 29 de junio. Recurso de amparo núm. 8709/2006. Ponente: D. Manuel Aragón Reyes. «BOE» 28-7-09.)

ARTÍCULO 18.3

Intervención de las comunicaciones telefónicas. Deber de motivación

«Por lo que se refiere al deber de motivación de las resoluciones judiciales en las que se autoriza una intervención de las comunicaciones telefónicas, este Tribunal ha reiterado que resulta imprescindible que el órgano judicial exteriorice en la propia resolución o por remisión a la solicitud policial, cuyo contenido puede integrar aquélla, la existencia de los presupuestos materiales de la intervención, como son los hechos o datos objetivos que puedan considerarse indicios de la existencia de un delito grave y la conexión de los sujetos que puedan verse afectados por la medida con los hechos investigados, en tanto que constituyen el presupuesto habilitante de la intervención y el *prius* lógico del juicio de proporcionalidad que ha de realizarse. Igualmente se ha precisado que el carácter objetivo de dichos indicios lo es en un

doble sentido: que no sean tan sólo circunstancias meramente anímicas, que imposibilitaría su control por terceros, y que proporcionen una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito, lo que excluye las investigaciones meramente prospectivas basadas en la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o de despejar sospechas sin base objetiva de los encargados de la investigación penal (por todas, STC 253/2006, de 11 de septiembre, FJ 2)».

(STC 148/2009, de 15 de junio. Recurso de amparo núm. 4406/2007. Ponente: D. Pablo Pérez Tremps. «BOE» 17-07-09).

ARTÍCULO 20.1

Derechos a la libertad de expresión y de información. Diferencia con los delitos de injurias y calumnias

«Este Tribunal viene señalando desde la STC 104/1986, de 17 de julio, la necesidad de distinguir conceptualmente entre los derechos que garantizan la libertad de expresión, cuyo objeto son los pensamientos, ideas y opiniones (entendidas como concepto amplio que incluye las apreciaciones y los juicios de valor), y el derecho a comunicar información, que se refiere a la difusión de 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: 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, en el texto del artículo 20.1 d) CE, ha añadido al término “información” el adjetivo “veraz” (STC 4/1996, de 19 de febrero).

Junto a ello 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: “la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o de noticias no se da nunca en un estado químicamente puro y comprende, casi siempre, algún elemento valorativo o, dicho de otro modo, una vocación a la formación de opinión” (STC 6/1988, de 21 de enero, FJ 5). En tales casos hemos considerado que, para determinar cuál es el derecho fundamental efectivamente en juego en cada supuesto, será necesario atender “al que aparezca como preponderante o predominante” (STC 4/1996, de 19 de febrero, FJ 3). Y a tal efecto nuestra doctrina considera determinante el que del texto se desprenda un “afán informativo” (STC 278/2005, de 7 de noviembre, FJ 2) o que predomine intencionalmente la expresión de un juicio de valor.

(.../...)

Si bien de una parte hemos declarado que nuestro examen no se extiende a la aplicación del tipo penal a los hechos declarados probados por la jurisdicción penal, cuestión de legalidad ordinaria que compete en exclusiva a los Jueces y Tribunales integrantes del Poder Judicial, salvo en aquellos supuestos en los cuales pueda afectar al principio de legalidad penal (SSTC 21/2000, de 31 de enero, FJ 2; 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 3), de otra hemos afirmado que “la dimensión constitucional del conflicto convierte en insuficiente el criterio subjetivo del *animus iniuriandi* tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal para la determinación de la existencia

o no de este tipo de delitos” (SSTC 104/1986, de 17 de julio, FFJJ 4 a 7; 107/1988, de 25 de junio, FJ 2; 105/1990, de 6 de junio, FJ 3; 232/1998, de 30 de diciembre, FJ 5; 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 47/2002, de 25 de febrero, FJ 4). En el ámbito de las libertades de la comunicación, “si bien la legislación penal otorga una amplia protección a la buena fama y al honor de las personas y a la dignidad de las instituciones mediante la tipificación de los delitos de injuria y calumnia y falta de respeto a las instituciones y autoridades, este Tribunal ha declarado reiteradamente que el reconocimiento constitucional de las libertades de expresión y de información ha modificado profundamente la forma de afrontar este enjuiciamiento de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en los que la conducta a considerar haya sido realizada en ejercicio de dichas libertades” (SSTC 42/1995, de 18 de marzo, FJ 2; 107/1988, de 8 de junio, FJ 2; 2/2001, de 15 de enero, FJ 5; 266/2005, de 24 de octubre, FJ 4; 108/2008, de 22 de septiembre, FJ 3). “Y ello entraña la necesidad de que el enjuiciamiento se traslade a un distinto plano, en el que el Juez penal debe examinar, en aquellos casos en los que se haya alegado el ejercicio legítimo de las libertades del artículo 20.1 a) y d) CE, como cuestión previa a la aplicación del pertinente tipo penal a los hechos declarados probados, si éstos no han de encuadrarse, en rigor, dentro de ese alegado ejercicio de los derechos fundamentales protegidos en el citado precepto constitucional, ya que, de llegar a esa conclusión, la acción penal no podría prosperar puesto que las libertades del artículo 20.1 a) y d) CE operarían como causas excluyentes de la antijuricidad de esa conducta” (SSTC 104/1986, de 13 de agosto, FFJJ 6 y 7; 42/1995, de 18 de marzo, FJ 2; 19/1996, de 12 de febrero, FJ 2; 232/1998, de 30 de diciembre, FJ 5; 127/2004, de 19 de julio, FJ 2; 39/2005, de 28 de febrero, FJ 3; 266/2005, de 24 de octubre, FJ 4; 278/2005, de 7 de noviembre de 2005, FJ 3). En definitiva, pues, “es obvio que los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito” (SSTC 2/2001, de 15 de enero, FJ 2; 185/2003, de 27 de octubre, FJ 5).

Entrando en la delimitación constitucional de la libertad de información conviene recordar que forma parte ya del acervo doctrinal de este Tribunal el criterio de que la comunicación que la Constitución protege es la que transmite información veraz relativa a asuntos de interés general o relevancia pública (por todas, STC 28/1996, de 26 de febrero, FJ2). Han de concurrir, pues, en principio los dos mencionados requisitos: que se trate de difundir información sobre hechos noticiosos o noticiables por su interés público y que la información sobre estos hechos sea veraz. En ausencia de alguno de tales requisitos la libertad de información no está constitucionalmente respaldada y, por ende, su ejercicio podrá afectar, lesionándolo, a alguno de los derechos que como límite enuncia el artículo 20.4 CE (STC 154/1999, de 14 de septiembre, FJ 2).

Es precisamente esta garantía la que justifica la exigencia constitucional de la veracidad en el legítimo ejercicio de la libertad de información atendiendo al recíproco derecho de los ciudadanos de recibir aquélla, rechazando como tal derecho constitucional la trasmisión de rumores, invenciones o insinuaciones insidiosas, así como la de noticias gratuitas o infundadas (STC 199/1999, de 8 de noviembre, FJ 2). En cuanto a su plasmación práctica hemos insistido reiteradamente en que el concepto de veracidad no coincide con el de la verdad de lo publicado o difundido. La razón de ello se encuentra en que, como hemos señalado en numerosas ocasiones, cuando la Constitución requiere que la información sea “veraz” no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas como estableciendo un deber de diligencia sobre el informador, a quien se puede y debe exigir que los que transmite como “hechos” hayan sido objeto de previo contraste con datos objetivos (SSTC 6/1988, de 21 de enero; 28/1996, de 26 de febrero; 52/1996, de 26 de marzo; 3/1997, de 13 de enero; y 144/1998, de 30 de junio). 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 la referida indagación la haya efectuado con la diligencia exigible a un profesional de la información (SSTC 21/2000, de 31 de enero, FJ 5; 46/2002, de 25 de febrero, FJ 6; 52/2002, de 25 de febrero, FJ 6; 148/2002, de 15 de julio, FJ 5; 53/2006, de 27 de febrero, FJ 6). Finalmente hemos afirmado 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 sean circunstancias a tener en cuenta para examinar si, no obstante ser veraz, el fondo y la forma de lo publicado pueden resultar lesivos del honor de un tercero (STC 192/1999, de 25 de octubre, FJ 6).

Por lo que hace a la relevancia, puesto que la protección a la libertad de información “se justifica en atención a la relevancia social de aquello que se comunica y recibe para poder contribuir así a la formación de la opinión pública” (por todas, STC 219/1992, de 3 de diciembre, FJ 3), venimos defendiendo que la Constitución sólo protege la transmisión de hechos “noticiables”, en el sentido de que se hace necesario verificar, con carácter previo, el interés social de la información, ya sea por el carácter público de la persona a la que se refiere o por el hecho en sí en que esa persona se haya visto involucrada. Sólo tras haber constatado la concurrencia de estas circunstancias resulta posible afirmar que la información de que se trate está especialmente protegida por ser susceptible de encuadrarse dentro del espacio que a una prensa libre debe ser asegurado en un sistema democrático (STC 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 5).

Junto a los dos requisitos señalados este Tribunal es constante en su prevención de que, en cualquier caso, se sitúan fuera del ámbito de protección de la libertad de información las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan al hilo de la información transmitida, y que por tanto resulten innecesarias en ella, dado que el artículo 20.1 CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás incompatible con la norma fundamental (SSTC 204/1997, de 25 de noviembre; 134/1999, de 15 de julio, FJ 3; 6/2000, de 17 de enero, FJ 5; 11/2000, de 17 de enero, FJ 7; 110/2000, de 5 de mayo, FJ 8; 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 7; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 5; y 148/2001, de 15 de octubre, FJ 4). No cabe duda de que la emisión de apelativos formalmente injuriosos en cualquier contexto, e innecesarios para la labor informativa o de formación de la opinión que se realice, supone inferir una lesión injustificada a la dignidad de las personas (artículo 10 CE) o al prestigio de las instituciones. Pues, ciertamente, una cosa es efectuar una evaluación personal, por desfavorable que sea, de una conducta con ocasión de la narración de la misma, y otra cosa muy distinta emitir expresiones, afirmaciones o calificativos claramente vejatorios desvinculados de esa información y que resultan proferidos, gratuitamente, sin justificación alguna, en cuyo caso cabe que nos hallemos ante una mera descalificación o incluso un insulto proferidos sin la menor relación con el propósito de contribuir a formar una opinión pública libre (por todas, STC 204/2001, de 15 de octubre, FJ 4).

Finalmente, también según se ha afirmado en la doctrina de este Tribunal (STC 165/1987, de 27 de octubre, FJ 10), la protección constitucional de los derechos de que se trata “alcanza un máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción”. Los cauces por los que se difunde la información aparecen así como relevantes para determinar su protección constitucional (STC 105/1990, de 6 de junio, FJ 4).

(STC 29/2009, de 26 de enero. Recurso de amparo núm. 10858/2006. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez. «BOE» 26-2-09).

Derecho a la libertad de expresión de Abogado en ejercicio del derecho de defensa

«En relación con el contenido de la libertad de expresión en el ejercicio de la defensa letrada existe una consolidada doctrina de este Tribunal, que subraya que tal confluencia de derechos, a la expresión y a la defensa, hace que esta libertad sea especialmente inmune a sus restricciones para la preservación de otros derechos y bienes constitucionales. Naturalmente, el carácter reforzado de la libertad de expresión al servicio de la defensa en el proceso está condicionado a esta funcionalidad y no se impone al detrimento desproporcionado de los derechos de los demás partícipes en el proceso y de la integridad del proceso mismo.

En efecto, “la libertad de expresión del Abogado en el ejercicio de la actividad de defensa es una manifestación cualificada del derecho reconocido en el artículo 20 CE, porque se encuentra vinculada con carácter inescindible a los derechos de defensa de la parte (artículo 24 CE) y al adecuado funcionamiento de los órganos jurisdiccionales en el cumplimiento del propio y fundamental papel que la Constitución les atribuye (artículo 117 CE). Por esta razón, se trata de una manifestación de la libertad de expresión especialmente resistente, inmune a restricciones que es claro que en otro contexto habrían de operar” (STC 205/1994, de 11 de julio, FJ 6; también, entre otras, SSTC 184/2001, de 17 de septiembre, FJ 4; 299/2006, de 23 de octubre, FJ 4). Es por ello por lo que ampara “la mayor beligerancia en los argumentos” (SSTC 113/2000, de 5 de mayo, FJ 6; 65/2004, de 19 de abril, FJ 4) e incluso “términos excesivamente enérgicos” (STC 235/2002, de 9 de diciembre, FJ 4), pero siempre en atención “a su funcionalidad para el logro de las finalidades que justifican su privilegiado régimen”, y con el límite del “mínimo respeto debido a las demás partes presentes en el procedimiento, y a la ‘autoridad e imparcialidad del Poder Judicial’” (STC 205/1994, de 11 de julio, FJ 6). La libertad de expresión del Abogado no legitima así ni el insulto ni la descalificación (SSTC 157/1996, de 15 de octubre, FJ 5; 113/2000, de 5 de mayo, FJ 6; 226/2001, de 26 de noviembre, FJ 3; 197/2004, de 15 de noviembre, FJ 7)».

(STC 39/2009, de 9 de febrero. Recurso de amparo núm. 11361/2006. Ponente: D.^a María Emilia Casas Baamonde. «BOE» 14-3-09).

Derecho a la libertad de información

«Este Tribunal ha reiterado que la libertad de información está constitucionalmente amparada siempre que se refiera a hechos con relevancia pública, en el sentido de noticiables, y que dicha información sea veraz, toda vez que este derecho es una pieza esencial tendente a garantizar la formación de una opinión pública libre, lo que justifica que se exija su veracidad atendiendo al recíproco derecho de los ciudadanos de recibir información, debiendo rechazarse la transmisión de rumores, invenciones o insinuaciones insidiosas, así como la de noticias gratuitas o infundadas. En cuanto a su plasmación práctica, este Tribunal ha insistido en que el concepto de veracidad no coincide con el de la verdad objetiva de lo publicado o difundido, ya que cuando la Constitución requiere que la información sea veraz no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas como estableciendo un deber de diligencia sobre el informador, a quien se puede y debe exigir que los que transmite como hechos hayan sido objeto de previo contraste con datos objetivos. Así, se ha destacado que 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

la referida indagación la haya efectuado con la diligencia exigible a un profesional de la información (por todas, STC 29/2009, de 26 de enero, FJ 4).

Más en concreto, este Tribunal ha puesto de manifiesto que la utilización como fuente directa para una información de unas diligencias policiales y judiciales abiertas en las que se confirma su contenido implica que los datos transmitidos en ese momento por el informante no puedan calificarse de producto de la mera invención o carentes de fundamento fáctico, quedando disipada de ese modo una eventual falta de diligencia en el contraste de la información difundida (STC 244/2007, de 10 de diciembre, FJ 5). Sin embargo, también hemos hecho especial incidencia en 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” (STC 68/2008, de 23 de junio, FJ 3)».

(STC 129/2009, de 1 de junio. Recurso de amparo núm. 5318/2004. Ponente: D. Pablo Pérez Tremps. «BOE» 2-7-09).

ARTÍCULO 24.1

Derecho a la tutela judicial efectiva. Acceso a la jurisdicción

«Conforme hemos venido reiterando “el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el de obtener una resolución fundada en Derecho sobre el fondo de las cuestiones planteadas, sea o no favorable a las pretensiones formuladas, si concurren todos los requisitos para ello. De ahí que sea también respetuosa con este derecho fundamental una resolución judicial de inadmisión o de desestimación por algún motivo formal, cuando concorra alguna causa de inadmisibilidad y así lo acuerde el Juez o Tribunal en aplicación razonada de la misma (SSTC 71/2002, de 8 de abril, FJ 1; 59/2003, de 24 de marzo, FJ 2; 114/2004, de 12 de julio, FJ 3; 79/2005, de 4 de abril, FJ 2; 221/2005 entre otras muchas)” (STC 33/2008, de 25 de febrero, FJ 2). También hemos afirmado de forma constante que “si bien el derecho a obtener una resolución de fondo se extiende tanto al ámbito del acceso a la jurisdicción como al del acceso al recurso, el alcance de este derecho no es el mismo en la fase inicial del proceso, una vez conseguida una primera respuesta judicial a la pretensión, que ‘es la sustancia medular de la tutela y su contenido esencial para acceder al sistema judicial’ (STC 37/1995, de 7 de febrero, FJ 5), que en las sucesivas fases de recursos que puedan interponerse contra esa decisión (STC 37/1995, de 7 de febrero, FJ 5)” (SSTC 221/2005, de 12 de septiembre, FJ 2; 33/2008, de 25 de febrero, FJ 2). Por ello, en el acceso a la jurisdicción se proscriben no sólo la arbitrariedad, irrazonabilidad o el error patente, sino también “aquellas decisiones de inadmisión –o de no pronunciamiento sobre el fondo– que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas de inadmisión –o no pronunciamiento sobre el fondo– preservan y los intereses que sacrifican (entre otras muchas, SSTC 27/2003, de 10 de febrero, FJ 4; 3/2004, 14 de enero, FJ 3; 79/2005, de 2 de abril, FJ 2)” (STC 114/2008, de 29 de septiembre, FJ 3)».

(STC 18/2009, de 26 de enero. Recurso de amparo núm. 2604/2005. Ponente: D Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. «BOE» 26-2-09. En el mismo sentido, STC 114/2008, de 29 de septiembre, «BOE» 31-10-08; STC 72/2009, de 23 de marzo, «BOE» 27-4-09).

«A tal efecto debemos recordar que este Tribunal ha declarado de manera reiterada que el primer contenido del derecho a obtener la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso para poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas (SSTC 220/1993, de 30 de junio, FJ 2; y 26/2008, de 11 de febrero, FJ 5, entre otras). No se trata, sin embargo, de un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, ni tampoco de un derecho absoluto e incondicionado a la prestación jurisdiccional, sino de un derecho a obtenerla por los cauces procesales existentes y con sujeción a una concreta ordenación legal que puede establecer límites al pleno acceso a la jurisdicción, siempre que obedezcan a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos (SSTC 311/2000, de 18 de diciembre, FJ 3; 124/2002, de 20 de mayo, FJ 3; y 327/2005, de 12 de diciembre, FJ 3, por todas).

De este modo, el derecho a la tutela judicial efectiva puede verse conculcado tanto por aquellas normas que impongan condiciones impeditivas u obstaculizadoras del acceso a la jurisdicción, siempre que los obstáculos legales sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador en el marco de la Constitución (por todas, SSTC 251/2007, de 17 de diciembre, FJ 4; y 26/2008, de 11 de febrero, FJ 5), como por aquellas interpretaciones de las normas que sean manifiestamente erróneas, irrazonables o basadas en criterios que por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que la causa legal aplicada preserva y los intereses que se sacrifican (SSTC 301/2000, de 11 de diciembre, FJ 2; 166/2003, de 29 de septiembre, FJ 4; 251/2007, de 17 de diciembre, FJ 4; y 135/2008, de 27 de octubre, FJ 2, por todas)».

(STC 40/2009, de 9 de febrero. Recurso de amparo núm. 1093/2007. Manuel Aragón Reyes. «BOE» 14-3-09. En el mismo sentido, STC 182/2008, de 22 de diciembre, «BOE» 24-1-09; STC 94/2009, de 20 de abril, «BOE» 23-5-09; STC 133/2009, de 1 de junio, «BOE» 2-7-09).

«Debemos recordar que este Tribunal, desde su STC 19/1981, de 8 de junio, viene declarando reiteradamente que el derecho a la tutela judicial efectiva que se reconoce en el artículo 24.1 CE comprende, ante todo, el derecho de acceso a la jurisdicción, es decir, el derecho a provocar la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial. Por ello, el derecho a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución razonada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en el proceso se erige en un elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva que, no obstante, se satisface también cuando se obtiene una resolución de inadmisión si concurre causa legal para ello y así se aprecia razonadamente por el órgano judicial (entre otras muchas, SSTC 8/1998, de 13 de enero, FJ 3; 115/1999, de 14 de junio, FJ 2; 122/1999, de 28 de junio, FJ 2; 157/1999, de 14 de septiembre, FJ 2; 167/1999, de 27 de septiembre, FJ 2; y 108/2000, de 5 de mayo, FJ 3). Igualmente venimos sosteniendo que, con carácter general, la decisión sobre la admisión o no de una pretensión, así como la verificación de la concurrencia de los presupuestos y requisitos materiales y procesales de la misma son cuestiones de legalidad, cuya resolución corresponde a los órganos judiciales en el ejercicio de la potestad que privativamente les confiere el artículo 117.3 CE, pues es facultad propia de la jurisdicción ordinaria determinar cuál sea la norma aplicable al supuesto controvertido (por todas, SSTC 147/1997, de 16 de septiembre, FJ 2; 39/1999, de 22 de marzo, FJ 3; 122/1999, de 28 de junio, FJ 2; y 158/2000, de 12 de junio, FJ 5).

Ahora bien, en el acceso a la jurisdicción el principio *pro actione* actúa con toda su intensidad, por lo que las decisiones de inadmisión sólo serán conformes con el artículo 24.1 CE cuando no eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva la pretensión formulada, lo cual implica un escrutinio especialmente severo en estos casos (SSTC 36/1997, de 25 de febrero, FJ 3; 119/1998, de 4 de junio, FJ 1; 63/1999, de 26 de abril, FJ 2; 122/1999, de 28 de junio, FJ 2; 158/2000, de 12 de junio, FJ 5; 252/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 231/2001, de 26 de noviembre, FJ 2; y 30/2003, de 13 de febrero, FJ 3, por todas).

(STC 65/2009, de 9 de marzo. Recurso de amparo núm. 7438/2006. Ponente: D.^a Elisa Pérez Vera. «BOE» 14-4-09).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Acceso a los recursos

«Conviene recordar que es doctrina reiterada de este Tribunal que la decisión sobre la admisión de un recurso y la verificación de la concurrencia de los requisitos materiales y procesales a que está sujeto constituye, en principio, una cuestión de legalidad ordinaria que corresponder determinar a los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la potestad Jurisdiccional que les atribuye el artículo 117.3 CE, sin que del artículo 24.1 CE dimanen un derecho a obtener en todo caso una decisión sobre el fondo del recurso interpuesto, que puede ser inadmitido sin tacha constitucional alguna por razones formales o de fondo (SSTC 252/2004, de 20 de diciembre, FJ 3, y 248/2005, de 10 de octubre, FJ 2, entre otras). Por ello, cuando se alega el derecho de acceso a los recursos, el control constitucional que este Tribunal puede realizar de las resoluciones judiciales dictadas sobre los presupuestos o requisitos de admisión de los mismos, en este caso relacionados con la legitimación para recurrir, es meramente externo, debiendo limitarse a comprobar si tienen motivación, si han incurrido en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad, únicas circunstancias que determinarían la lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (en este sentido, SSTC 57/2001, de 26 de febrero, FJ 4; 265/2005, de 24 de octubre, FJ 2; 51/2007, de 12 de marzo, FJ 4). Sin que debamos extender este control, tal como propone el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, a comprobar si se ha respetado por el órgano judicial el principio *pro actione*, que implica la exigencia de una motivación reforzada en su resolución al estar en juego la garantía constitucional incorporada a nuestro Ordenamiento con base en el artículo 14.5 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP), pues el aspecto del derecho a la tutela judicial efectiva que resulta ahora concernido no es propiamente el del acceso al recurso de una parte en el proceso que pretende la revisión de la condena y la pena que le ha sido impuesta. Tampoco ha de variar el análisis que ahora nos corresponde efectuar por la alegación que se hace sobre la supuesta implicación del derecho al honor del recurrente, pues con la decisión de inadmisión del recurso no resulta directamente afectado este derecho fundamental, no siendo por ello aplicable la doctrina de este Tribunal a que también se refiere el Fiscal sobre el canon que ha de seguirse en relación al examen constitucional de las resoluciones judiciales con la perspectiva del artículo 24.1 CE “cuando quede afectado otro derecho reconocido por la Constitución”.

La especial consideración que, como consecuencia de los mencionados criterios, ha de mantener este Tribunal con respecto a la legalidad procesal por parte de los Jueces y Tribunales se extrema, según ha declarado nuestra doctrina, en el caso del recurso de casación ante el Tribunal Supremo. Así, hemos afirmado que “el respeto que de manera general ha de observarse en relación con las decisiones de los

órganos judiciales adoptadas en este ámbito de la interpretación y de la aplicación de la legalidad ordinaria debe ser, si cabe, aún más escrupuloso cuando la resolución que se enjuicia es del Tribunal Supremo, a quien está conferida la función de interpretar la ley ordinaria, también evidentemente la procesal, con el valor complementario del ordenamiento que le atribuye el artículo 1.6 del Código civil” (SSTC 248/2005, de 10 de octubre, FJ 2, y 265/2005, de 24 de octubre, FJ 2). Sin olvidar la peculiar caracterización de este medio de impugnación, que está sometido a una serie de requisitos, incluso de naturaleza formal (por todas, STC 246/2007, de 10 de diciembre, FJ 3), quedando su admisibilidad condicionada no sólo a los requisitos meramente extrínsecos –tiempo y forma– y a los presupuestos comunes exigibles para los recursos ordinarios, sino a otros intrínsecos, sustantivos, relacionados con el contenido y viabilidad de la pretensión (en este sentido, STC 230/2001, de 26 de noviembre, FJ 3)».

(STC 27/2009, de 26 de enero. Recurso de amparo núm. 8380/2006. Ponente. D. Pascual Sala Sánchez. «BOE» 26-2-09).

«Este Tribunal ha venido manteniendo, en especial desde la STC 37/1995, de 7 de febrero, que así como el acceso a la jurisdicción es un componente esencial del contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24.1 CE, el sistema de recursos frente a las diferentes resoluciones judiciales se incorpora a este derecho fundamental en la concreta configuración que reciba de cada una de las leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales, salvo en lo relativo a las Sentencias penales condenatorias. Como consecuencia de lo anterior el principio hermenéutico *pro actione* opera en la fase inicial del proceso, para acceder al sistema judicial, y no en las sucesivas, conseguida una primera respuesta judicial a la pretensión, que es la sustancia medular de la tutela y su contenido esencial, sin importar que sea única o múltiple, según regulen las normas procesales el sistema de recursos. Ello es así porque el derecho al recurso no nace directamente de la Constitución, salvo en el supuesto antes apuntado, sino de lo que hayan dispuesto las leyes procesales, y se incorpora al derecho fundamental en su configuración legal.

De ahí que se haya destacado que la admisión de un recurso y la verificación de la concurrencia de los requisitos materiales y procesales a que está sujeto constituye, en principio, una cuestión de legalidad ordinaria que corresponde determinar a los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que les confiere en exclusiva el artículo 177.3 CE, sin que del artículo 24.1 CE dimane un derecho a obtener en todo caso una decisión sobre el fondo de un recurso interpuesto, que puede ser inadmitido sin tacha constitucional alguna por razones formales o materiales. Por ello el control constitucional que este Tribunal puede realizar de las resoluciones judiciales dictadas sobre los presupuestos o requisitos de admisión de los recursos es meramente externo, debiendo limitarse a comprobar si tienen motivación, si han incurrido en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad, únicas circunstancias que pueden determinar la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (por todas, SSTC 37/1995, de 7 de febrero, FJ 5; 46/2004, de 23 de marzo, FJ 4; 150/2004, de 20 de septiembre, FJ 3; 164/2004, de 4 de octubre, FJ 2; 248/2005, de 10 de octubre, FJ 2; 309/2005, de 12 de diciembre, FJ 2; 15/2006, de 16 de enero, FJ 3; 51/2007, de 12 de marzo, FJ 4; 181/2007, de 10 de septiembre, FJ 2; 20/2009, de 26 de enero, FJ 4; 27/2009, de 26 de enero, FJ 3)».

(STC 100/2009, de 27 de abril. Recurso de amparo núm. 4726/2005. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas. «BOE» 23-5-09).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Acceso a los recursos. Cómputo de plazos procesales

«Esta dimensión reforzada del derecho de acceso al recurso en el ámbito penal encuentra especial manifestación cuando, como en el presente supuesto, la inadmisibilidad del recurso se sustenta exclusivamente en el cómputo de los plazos procesales, cuestión respecto de la que este Tribunal tiene declarado con reiteración que “la interpretación y aplicación judicial de una norma relativa al cómputo de plazos es una cuestión de legalidad ordinaria que, no obstante, puede adquirir dimensión constitucional cuando la decisión judicial suponga la inadmisión de un proceso o de un recurso o la pérdida de algún trámite u oportunidad procesal prevista en el Ordenamiento jurídico para hacer valer los propios derechos o intereses de parte con entidad suficiente para considerar que su omisión es determinante de indefensión, siempre que tal decisión haya sido adoptada partiendo de un cómputo en el que sea apreciable error patente, fundamentación insuficiente, irrazonable o arbitraria o que se haya utilizado un criterio interpretativo desfavorable para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión recogido en el artículo 24.1 CE (SSTC 179/2003, de 13 de octubre, FJ 3; 222/2003, de 15 de diciembre, FJ 2; 314/2005, de 12 de diciembre, FJ 5; 57/2006, de 27 de febrero, FJ 3; 162/2006, de 22 de mayo, FJ 5, entre otras muchas)” (por todas, STC 122/2007, de 22 de mayo, FJ 4 *in fine*)».

(STC 119/2009, de 18 de mayo. Recurso de amparo núm. 2315/2006. Ponente. D.ª Elisa Pérez Vera. «BOE» 20-6-09).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Cosa juzgada. Intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes

«En lo que hace, ya más en particular, al efecto de cosa juzgada de las resoluciones firmes, su tratamiento constitucional con la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva abarca dos frentes distintos, el de la cosa juzgada formal y el de la cosa juzgada material.

El primero de ellos, el del respeto a la cosa juzgada formal dentro del propio procedimiento en el que se dicta la resolución que la produce, ofrece su protección básica a través del principio de invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes, integrado por nuestra jurisprudencia en el artículo 24.1 CE, con la sola excepción, y en sus estrechos límites definidores, de los recursos de aclaración y de complemento *ex* artículos 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), 214 y 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC; últimamente, SSTC 47/2006, de 13 de febrero, FJ 3; 318/2006, de 15 de noviembre, FJ 2; 121/2007, de 21 de mayo, FJ 1, entre otras).

Y en cuanto a la cosa juzgada material, de una parte, ha de ponerse en conexión con el derecho a no padecer indefensión en los casos en que resultan afectadas por la ejecución de una sentencia personas a las que no se permite formular oposición a ella por no haber intervenido en el proceso declarativo previo, con aplicación en su perjuicio y de modo restrictivo de la eficacia subjetiva de la *res iudicata* (así por ejemplo, SSTC 229/2000, de 2 de octubre, FJ 3; 166/2003, de 29 de septiembre, FJ 6; 184/2005, de 4 de julio, FJ 5; 153/2006, de 22 de mayo, FFJJ 3 y 4); y de otra parte alcanza relevancia constitucional *ex* artículo 24.1 CE en relación con el denominado efecto negativo o prohibición de un segundo proceso (*non bis in idem*), sancionado antes por el derogado artículo 1252 del Código civil (CC) y actualmente por la LEC 1/2000 en sus aspectos subjetivo (artículo 222.3) y objetivo (arts. 222.1, 222.2, 400.2, 408.3 y 447) y consagrado por la misma Ley procesal como óbice impeditivo del pronuncia-

miento de una sentencia de fondo (artículo 416.1.2), por tanto con implicación directa en el ejercicio del derecho de acceso a la jurisdicción (artículo 24.1 CE).

Sobre esta última faceta constitucional de la cosa juzgada hemos reiteradamente afirmado que, aun cuando la actividad de fijación de si concurre o no la identidad subjetiva y objetiva entre procesos para declarar la excepción de cosa juzgada resulta confiada a los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria, *ex* artículo 117.3 CE, sin embargo tal tipo de decisión puede resultar vulneradora de aquel derecho fundamental y hacerla, por ende, susceptible del control del amparo constitucional en dos supuestos perfectamente identificables. El primero, en caso de que resulte evidente, por los términos de la decisión adoptada en el primer proceso, que la pretensión, aun cuando podría haber sido enjuiciada en el mismo, no lo fue por no haberse deducido, y por tanto, al haber quedado formalmente imprejuzgada entonces, no existe peligro de un doble enjuiciamiento ni ruptura de la seguridad jurídica si se plantea a la postre en otro proceso posterior (SSTC 121/1994, de 25 de abril, FJ 3; 15/2002, de 28 de enero, FJ 4; 236/2006, de 17 de julio, FJ 5; 17/2008, de 31 de enero, FFJJ 4 y 5). El segundo, cuando, sin necesidad de abordar específicas disquisiciones jurídicas, propias más bien de la legalidad ordinaria, la sola lectura de la pretensión interpuesta en el segundo proceso manifiesta la palmaria realidad de la divergencia de uno o más de sus elementos constitutivos (subjetivo u objetivo) con los contenidos en la pretensión resuelta por la sentencia firme que se ofrece de contraste, lo que impide de suyo apreciar la existencia de la cosa juzgada material, de tal guisa convertida en obstáculo indebido para una decisión de fondo (STC 43/2002, de 25 de febrero, FJ 4)».

(STC 5/2009, de 12 de enero. Recurso de amparo núm. 6643/2005. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez. «BOE» 13-2-09).

«Este Tribunal ha reiterado que el derecho a la ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales firmes constituye una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, en tanto que garantiza del cumplimiento de los mandatos que estas resoluciones judiciales contienen, lo que determina que este derecho tenga como presupuesto lógico y aun constitucional la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y de las situaciones jurídicas por ellas declaradas. El derecho a que la ejecución de lo juzgado se lleve a cabo en sus propios términos, es decir, con sujeción al principio de inmodificabilidad de lo juzgado, se traduce, así, en un derecho que actúa como límite y fundamento que impide que los Jueces y Tribunales puedan revisar las sentencias y demás resoluciones al margen de los supuestos taxativamente previstos en la ley (por todas, STC 86/2006, de 27 de marzo, FJ 2)».

(STC 22/2009, de 26 de enero. Recurso de amparo núm. 8673/2005. Ponente: D. Pablo Pérez Tremps. «BOE» 26-2-09).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a la doble instancia penal

«a) Con reiteración hemos señalado que es competencia del legislador la configuración del sistema de recursos contra las diversas resoluciones judiciales, arbitrando los medios impugnatorios que estime convenientes con arreglo a los criterios de ordenación que juzgue más oportunos, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que incluso no existan, pues no puede encontrarse en la Constitución ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos (STC 37/1995, de 7 de febrero, FJ 5), a salvo la singularidad del ámbito penal.

b) En efecto, en materia penal el legislador sí debe prever un régimen de impugnación de las sentencias condenatorias, dado que, como ya dijimos en la STC 42/1982, de 5 de julio (FJ 3), el Pacto internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP) –de conformidad con el cual han de interpretarse las normas sobre derechos fundamentales reconocidos por la Constitución ex artículo 10.2 CE– consagra en su artículo 14.5 el derecho de toda persona declarada culpable de un delito 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. Este mandato incorporado a nuestro Derecho interno obliga a considerar que entre las garantías del proceso penal a las que genéricamente se refiere la Constitución en su artículo 24.2 se encuentra la del recurso ante un Tribunal superior, a salvo los supuestos de infracciones menores o cuando la persona haya sido juzgada por un Tribunal que constituya la máxima instancia judicial o cuando haya sido declarada culpable tras un recurso contra su absolución.

También hemos precisado que, «a la vista del tenor literal del mencionado artículo 14.5 PIDCP, e incluso conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con los artículos 6.1 [del Convenio europeo de derechos humanos: CEDH] y 2 del Protocolo núm. 7 del citado Convenio (SSTEDH de 13 de febrero de 2001, caso Krombach c. Francia; y de 25 de julio de 2002, caso Papon c. Francia), dicho precepto se debe interpretar, 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» (SSTC 70/2002, de 3 de abril, FJ 7; 105/2003, de 2 de junio, FJ 2; y 136/2006, de 8 de mayo, FJ 3). La libertad de configuración por parte del legislador interno de cuál sea ese Tribunal superior y de cómo se someta a él el fallo condenatorio y la pena, viene expresamente reconocida por el artículo 14.5 PIDCP, lo que ha permitido que dentro de nuestro Ordenamiento, sean tanto el recurso de apelación como el de casación los que abran al condenado el acceso a un Tribunal superior (SSTC 37/1988, de 3 de marzo, FJ 5; y 123/2005, de 12 de mayo, FJ 6).

c) Por el contrario, no existe propiamente un derecho derivado de la Constitución a disponer de un recurso contra las sentencias absolutorias, de modo que su establecimiento y regulación pertenecen al ámbito de libertad del legislador (en este sentido, por todas, SSTC 251/2000, de 30 de octubre, FJ 3; 71/2002, de 8 de abril, FJ 3; y 270/2005, de 24 de octubre, FJ 3). Sin perjuicio de lo cual también hemos reiterado que una vez que el legislador ha previsto un concreto recurso contra determinadas resoluciones judiciales, el derecho a disponer del citado recurso pasa a formar parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), incorporándose o integrándose en él, lo que es coherente con el carácter de este derecho fundamental como derecho de configuración legal (SSTC 115/2002, de 20 de mayo, FJ 5; y 270/2005, de 24 de octubre, FJ 3). Esta vertiente del artículo 24.1 CE no constituye en puridad un derecho del ciudadano a que se establezca un recurso frente a las decisiones judiciales que le afecten, sino un derecho a que no se le prive de los recursos previstos por el Ordenamiento jurídico (STC 69/2005, de 4 de abril, FJ 2)».

(STC 120/2009, de 18 de mayo. Recurso de amparo núm. 8457/2006. Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. «BOE» 20-6-09).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes

«En relación con la ejecución de las Sentencias y resoluciones judiciales firmes, este Tribunal tiene declarado que ésta forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), ya que, en caso contrario, las decisiones judiciales y los derechos que en ellas se reconocen no serían más que meras declaraciones de intenciones, y por tanto no estaría garantizada la efectividad de la tutela judicial. No obstante se ha destacado también que la interpretación del sentido y alcance del fallo de una resolución judicial es una cuestión que corresponde resolver a los Jueces y Tribunales, por lo que este Tribunal no puede ejercer más control sobre esta actividad jurisdiccional que velar para que tales decisiones se adopten en el seno de un procedimiento de ejecución de un modo razonablemente coherente con el contenido de la resolución que haya de ejecutarse. De ahí que sólo en los casos en los que estas resoluciones sean incongruentes, arbitrarias, irrazonables o incurran en error patente podrán considerarse lesivas del derecho a la tutela judicial efectiva. En todo caso, se ha hecho especial incidencia en que, para apreciar si hubo una correcta ejecución o, por el contrario, una separación irrazonable, arbitraria o errónea en relación con el significado y con el alcance de los pronunciamientos de la parte dispositiva de la resolución que se ejecuta, se exige el contraste entre el fallo de la resolución objeto de ejecución, interpretado de acuerdo con la fundamentación y con el resto de los extremos del pleito, con lo posteriormente resuelto para ejecutarlo (SSTC 115/2005, de 9 de mayo, FJ 4; 209/2005, de 18 de julio, FJ 2; 70/2006, de 13 de marzo, FJ 2; 180/2006, de 19 de junio, FJ 2, por todas).»

(STC 92/2009, de 20 de abril. Recurso de amparo núm. 9608/2005. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas. «BOE» 23-5-09. En el mismo sentido, STC 110/2009, de 11 de mayo, «BOE» 6-6-09).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a obtener una resolución fundada en Derecho

«Hemos de recordar una vez más que el derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24.1 CE, en su dimensión de derecho a obtener una resolución judicial fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos. Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; y en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, lo que conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable o incurra en un error patente ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 3; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6; 55/2003, de 24 de marzo, FJ 6; 223/2005, de 12 de septiembre, FJ 3; 276/2006, de 25 de septiembre, FJ 2; y 177/2007, de 23 de julio, FJ 5, entre otras muchas).

De este modo, no cabe reputar como fundadas en Derecho aquellas decisiones judiciales en la que este Tribunal compruebe que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas, o que siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basa-

das en ninguna de las razones aducidas en la resolución (por todas, SSTC 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 4; 223/2002, de 25 de noviembre, FJ 6; 20/2004, de 23 de febrero, FJ 6; y 177/2007, de 23 de julio, FJ 4).»

(STC 134/2008, de 27 de octubre. Recurso de amparo núm. 6075/2006. Manuel Aragón Reyes. «BOE» 21-11-08. En el mismo sentido, SSTC 36/2009, de 9 de febrero, y 61/2009, de 9 de marzo, «BOE» 14-4-09).

«Debe comenzarse por recordar que este Tribunal ha reiterado que el deber de motivar las Sentencias no es sólo una obligación impuesta a los órganos judiciales por el artículo 120.3 CE, directamente relacionada con los principios de un Estado de Derecho (artículo 1.1 CE) y con el carácter vinculante que para Jueces y Magistrados tiene la Ley, a cuyo imperio están sometidos en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, de conformidad con el artículo 117.1 y 3 CE, sino también un derecho de los intervinientes en el proceso que forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado por el artículo 24.1 CE, que únicamente se satisface si la resolución judicial, de modo explícito o implícito, contiene los elementos de juicio suficientes para que el destinatario y, eventualmente, los órganos jurisdiccionales encargados de revisar sus decisiones puedan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. Es por lo tanto –y sobre todo– una garantía esencial para el justiciable mediante la cual es posible comprobar que la decisión judicial es consecuencia de la aplicación razonada del ordenamiento jurídico y no el fruto de la arbitrariedad. Dicho de otro modo, el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos. Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión y, en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho. Este último aspecto no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, pero sí conlleva la garantía de que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (por todas, STC 311/2005, de 12 de diciembre, FJ 4).»

(STC 26/2009, de 26 de enero. Recurso de amparo núm. 7280/2006. Ponente: D. Manuel Aragón Reyes. «BOE» 26-2-09).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a obtener una resolución fundada en Derecho en decisiones que niegan la prescripción de delitos

«Hemos de recordar que el análisis constitucional de las decisiones que niegan la prescripción de un delito se rige por los parámetros propios del derecho a una tutela judicial efectiva, reforzada, en su caso, cuando lo que esté en juego sea una pena privativa de libertad, por la implicación del derecho a la libertad (STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 7). Este análisis se concreta, en primer lugar, en cuanto análisis de que se ha dispensado una tutela efectiva, en comprobar que la resolución impugnada esté motivada y sustentada “en una argumentación no arbitraria, ni manifiestamente irrazonable, ni incurso en error patente” (por todas, SSTC 63/2001, de 17 de marzo, FJ 7;

63/2005, de 14 de marzo, FJ 3). Habrá de comprobarse además, en segundo lugar, que la decisión judicial sea “conforme” con el derecho a la libertad (STC 24/2005, de 14 de febrero, FJ 3), “compatible” con él (STC 196/2005, de 18 de julio, FJ 4): que exprese o trasluzca “una argumentación axiológica que sea respetuosa” con su contenido (SSTC 63/2005, FJ 3; 34/2008, de 25 de febrero, FJ 3), lo que en materia de prescripción del delito comporta que “sea posible apreciar un nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento y los fines que justifican la institución” (SSTC 63/2001, FJ 7; 11/2004, de 12 de febrero, FJ 2; 63/2005, FJ 4). Tales fines se relacionan con la evitación de la inseguridad que para los ciudadanos supone la latencia de la amenaza penal y con la provisión de una actuación penal “seria, rápida y eficaz, a fin de lograr satisfacer las finalidades de prevención especial que se le atribuyen” (STC 63/2005, FJ 4).»

(STC 129/2008, de 27 de octubre. Recurso de amparo núm. 4615/2005. Ponente: D.^a María Emilia Casas Baamonde. «BOE» 21-11-08).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a obtener una resolución fundada en Derecho en el ámbito de los expedientes sancionados penitenciarios

«En relación con la denuncia de vulneración del artículo 24.1 CE –al igual que hicimos en la STC 77/2008, de 7 de julio, resolviendo otro recurso de amparo interpuesto por el mismo interno– nuestro enjuiciamiento debe partir de la 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.»

(STC 156/2009, de 29 de junio. Recurso de amparo núm. 5682/2004. Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. «BOE» 28-7-09).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a obtener una resolución fundada en Derecho en supuestos de denuncias por malos tratos

«Por lo demás dicha doctrina, 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), se concreta en el fundamento jurídico 6 de la STC 34/2008, de 25 de febrero en los siguientes términos: “El derecho a la tutela judicial efectiva de quien denuncia haber sido víctima de torturas o de tratos inhumanos o degradan-

tes exige, según el canon reforzado descrito en el fundamento jurídico 4, una resolución motivada y fundada en Derecho y acorde con la prohibición absoluta de tales conductas. Tal concordancia 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”; “La tutela judicial será así suficiente y efectiva *ex* artículo 24.1 CE si se ha producido una investigación oficial eficaz allí donde se revelaba necesaria. Esta exigencia no comporta la apertura de la instrucción en todo caso, ni impide la clausura temprana de la misma. Tampoco impone la realización de todas las diligencias de investigación posibles o propuestas. Tales obligaciones conducirían a instrucciones inútiles en perjuicio de los intereses de los imputados y de una racional gestión de los recursos de la Administración de Justicia. Como hemos dicho ‘resulta inútil, e incluso impropio, cualquier medida investigadora que, ya sin poder alterar la convicción del Juez, prolongase indebidamente ... la causa, contrariando los propios derechos constitucionales que obligan a no alargar innecesariamente la fase sumarial en perjuicio de los querrelados’ (SSTC 191/1989, de 16 de noviembre, FJ 3; 232/1998, de 1 de diciembre, FJ 3). Por el contrario, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en este ámbito que no se abra o que se clausure 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. En suma, ‘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, de 22 de octubre, 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, en primer lugar, 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 encarga-

das 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 (SSTC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 7; 52/2008, de 14 de abril, FJ 2; 69/2008, de 23 de junio, FJ 2).»

(STC 123/2008, de 20 de 2008. Recurso de amparo núm. 3121/2005. Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» 21-11-08).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Error patente

«Este Tribunal tiene reiteradamente declarado que el derecho a la tutela judicial efectiva requiere respuestas judiciales fundadas en Derecho, como garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable o incurra en un error patente, pues, 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; y 223/2005, de 12 de septiembre, FJ 3, entre otras muchas).

Ahora bien, para que un error, en tanto que manifestación del Juzgador no ajustada a la realidad, pueda afectar al derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) es necesario que concurran en él ciertas características, pues no toda inexactitud o equivocación del Juzgador tiene relevancia constitucional. Así, en primer término, el error ha de ser patente, manifiesto, evidente o notorio, en cuanto su existencia es inmediatamente verificable de forma clara e incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales. El error ha de ser, en segundo lugar, determinante de la decisión adoptada, de forma que constituya el soporte único o fundamental de la resolución, su ratio decidendi, de tal suerte que, comprobada su existencia, la fundamentación jurídica pierde el sentido y alcance que la justificaba y no puede conocerse cuál hubiese sido el sentido de la resolución de no haberse incurrido en el error. Además, la equivocación debe ser atribuible al órgano que la cometió, es decir, no imputable a la negligencia o mala fe de la parte. Por último, el error ha de producir efectos negativos en la esfera jurídica del ciudadano. En resumen, para alcanzar relevancia constitucional, el error ha de ser patente, determinante de la decisión, atribuible al órgano judicial que lo comete y debe producir efectos negativos en la esfera del ciudadano (SSTC 172/1985, de 16 de diciembre, FJ 7; 107/1987, de 25 de junio, FJ 1; 190/1990, de 26 de noviembre, FJ 3; 219/1993, de 30 de junio, FJ 4; 162/1995, de 7 de noviembre, FJ 3; 63/1998, de 17 de marzo, FJ 2; 206/1999, de 8 de noviembre, FJ 4; 89/2000, de 27 de marzo de 2000, FJ 2; 169/2000, de 26 de junio, FJ 2; 281/2000, de 27 de noviembre, FJ 3; 287/2006, de 9 de octubre, FJ 2; 362/2006, de 18 de diciembre, FJ 2; y 161/2007, de 2 de julio, FJ 4, por todas).»

(STC 112/2008, de 29 de septiembre. Recurso de amparo núm. núm. 2484/2006. Ponente: D. Manuel Aragón Reyes. «BOE» 31-10-08).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Incongruencia de las resoluciones judiciales

«Es doctrina reiterada de este Tribunal que el derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1 CE tiene como contenido primario el que se obtenga de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas en el proceso. Ello implica que la resolución ha de contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión y que ese fundamento de la decisión ha de resultar de la aplicación no arbitraria, manifiestamente irrazonable o incurra en error patente de las normas que se consideren aplicables (por todas, STC 363/2006, de 18 de diciembre, FJ 2).

Estas exigencias adquieren perfiles propios respecto de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, debido a su fundamental papel en la preservación y salvaguarda de los derechos fundamentales de los reclusos, de ahí que la exigencia de una respuesta a las pretensiones formuladas por éstos en el ámbito de la potestad disciplinaria cobre una particular intensidad (en este sentido, STC 124/2007, de 21 de mayo, FJ 4). Más en concreto este Tribunal ha afirmado que, en la medida en que los recursos presentados por los internos ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria contengan alegaciones referidas a un derecho fundamental, existirá denegación de tutela por incongruencia omisiva siempre que no exista resolución expresa, cuando menos, sobre tales pretensiones (STC 2/2004, de 14 de enero, FJ 4, por todas).»

(STC 20/2009, de 26 de enero. Recurso de amparo núm. 4791/2005. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo. «BOE» 26-2-09).

«La doctrina constitucional consolidada sobre el vicio de incongruencia destacando que éste viene referido al deber de decidir por parte de los órganos judiciales, que deben resolver los litigios que se sometan a su conocimiento ofreciendo respuestas a todas las pretensiones formuladas por las partes 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 (por todas STC 40/2006, de 13 de febrero, FJ 2). Al conceder más, menos o cosa distinta a lo pedido, el órgano judicial incurre en las formas de incongruencia conocidas como omisiva, extra petium e incongruencia por error. La primera, la incongruencia omisiva o ex silentio, que es la que se aduce en la demanda de amparo, 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.

En relación con el vicio de incongruencia este Tribunal distingue 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 segun-

das 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.»

(STC 36/2009, de 9 de febrero. Recurso de amparo núm. 8591/2005. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo. «BOE» 14-3-09).

«La doctrina de este Tribunal en relación con la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) que supone la llamada incongruencia omisiva es tan amplia como consolidada.

En lo que ahora interesa puede resumirse en que el vicio de incongruencia omisiva existe cuando el órgano judicial deja sin respuesta alguna de las cuestiones planteadas por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda deducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, pues la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva no exige una respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento de la pretensión, pudiendo ser suficiente a los fines del derecho fundamental invocado, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global o genérica a las alegaciones formuladas por las partes que fundamente la respuesta a la pretensión deducida, aun cuando se omita una respuesta singular a cada una de las alegaciones concretas no sustanciales [por todas, STC 218/2003, de 15 de noviembre, FJ 4 b)]. La exposición de esta conocida doctrina exige reiterar la precisión de que la congruencia exige dar respuesta, no sólo a las pretensiones propiamente dichas, sino también a las alegaciones sustanciales, pues, tal como recordábamos en la STC 85/2006, de 27 de marzo: “el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva ‘no sólo se vulnera cuando la pretensión no recibe respuesta, sino también cuando el órgano judicial omite toda consideración sobre una alegación fundamental planteada oportunamente por las partes. Así lo ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos *Hiro Balani c. España* y *Ruiz Torija c. España* de 9 de diciembre de 1994, y lo han reconocido nuestras SSTC 85/2000, de 27 de marzo; 1/2001, de 15 de enero; 5/2001, de 15 de enero; 148/2003, de 14 de julio, y 8/2004, de 9 de febrero, entre otras’ (FJ 3)”. Finalmente, la circunstancia de que la pretendida incongruencia omisiva se considere producida en una Sentencia que resuelve un recurso de apelación, hace necesario recordar que la relevancia constitucional de la omisión de respuesta judicial a una pretensión o alegación fundamental exigirá que la concreta alegación forme parte del debate procesal que imperativamente ha de resolver el órgano judicial, bien porque haya sido expresamente reiterada o planteada *ex novo* por alguna de las partes en la fase de apelación, bien porque, pese a aquella falta de reiteración de la petición subsidiaria en los sucesivos grados jurisdiccionales, la configuración legal del recurso de que se trate obligue a dar respuesta a todas las cuestiones controvertidas que hayan sido objeto del litigio, lo que implicará entonces, en defecto de una respuesta judicial completa, un vicio de incongruencia [STC 218/2003, de 15 de diciembre, FJ 4.b), que recuerda que así ocurría en el supuesto resuelto por nuestra STC 53/1991, de 11 de marzo, en relación con la casación por infracción de Ley].»

(STC 73/2009, de 23 de marzo. Recurso de amparo núm. 7536/2005. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez. «BOE» 27-4-09. En el mismo sentido, STC 165/2008, de 15 de diciembre, «BOE» 9-1-09).

«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

(artículo 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 petittum*) o algo distinto de lo pedido (*extra petittum*), 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 aquella 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).»

(STC 83/2009, de 25 de marzo. Recurso de amparo núm. 7129/2005. Ponente. D. Javier Delgado Barrio. «BOE» 27-4-09).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Inexistencia del derecho a obtener una condena penal

«Como se sintetiza en la STC 45/2005, de 28 de febrero (FJ 2), de acuerdo con la mencionada doctrina constitucional, la víctima de un delito no tiene un derecho fundamental, constitucionalmente protegido, a la condena penal de otra persona (por todas, SSTC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 4; 199/1996, de 3 de diciembre, FJ 4; 215/1999, de 29 de noviembre, FJ 1; 168/2001, de 16 de julio, FJ 7), sino que meramente es titular del *ius ut procedatur*, es decir, del “derecho a poner en marcha un proceso, substanciado de conformidad con las reglas del proceso justo, en el que pueda obtener una respuesta razonable y fundada en Derecho” (por todas, STC 120/2000, de 10 de mayo, FJ 4), que ha sido configurado por este Tribunal como una manifestación específica del derecho a la jurisdicción (por todas, SSTC 31/1996, de 27 de febrero, FFJJ 10 y 11; 16/2001, de 29 de enero, FJ 4), y que no se agota en un mero impulso del proceso o una mera comparecencia en el mismo, sino que de él derivan con naturalidad y necesidad los derechos relativos a las reglas esenciales del desarrollo del proceso (SSTC 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 2; 138/1999, de 22 de julio, FJ 5; 215/1999, de 29 de noviembre, FJ 1; 16/2001, de 29 de enero, FJ 4, entre otras muchas). Por ende, la función de este Tribunal en el cauce constitucional de amparo se limita a enjuiciar si las resoluciones judiciales impugnadas han respetado el *ius ut procedatur* del justiciable que ha solicitado protección penal de los derechos que las leyes en vigor reconocen.

Asimismo, como se recuerda en la citada Sentencia, este Tribunal ha precisado que si la queja del recurrente en amparo que ha intervenido como titular del *ius ut procedatur* en un proceso penal en el que ha recaído un pronunciamiento absolutorio se fundamenta en la vulneración de derechos procesales garantizados en el artículo 24 CE,

entonces, a diferencia de cuando el justiciable ha acudido a la vía penal como único medio de reacción contra derechos fundamentales sustantivos que considera lesionados y la jurisdicción penal no ha dictado un Sentencia condenatoria, si es procedente, en caso del otorgamiento del amparo, declarar la nulidad de las resoluciones judiciales impugnadas y retrotraer las actuaciones al momento procesal oportuno anterior a aquél en que se produjo la lesión estimada. Pues, en efecto, la imposibilidad de que este Tribunal declare la nulidad de Sentencias penales absolutorias “no ha de entenderse referid[a] a las resoluciones absolutorias dictadas en el seno de un proceso penal sustanciado con lesión de las más esenciales garantías procesales de las partes, pues toda resolución judicial ha de dictarse en el seno de un proceso respetando en él las garantías que le son consustanciales” (por todas, SSTC 215/1999, de 29 de noviembre, FJ 1; 168/2001, de 16 de julio, FJ 7).

En aplicación de esta doctrina hemos estimado posible la anulación de Sentencias absolutorias y la retroacción de actuaciones 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 incongruencia *extra petitum*, al introducirse en la Sentencia de apelación un elemento que no había sido objeto de debate contradictorio (STC 215/1999, de 29 de noviembre); por haberse dictado Sentencia absolutoria en apelación sin haber tenido lugar el juicio oral en el que las partes hubieran podido ejercer su derecho de defensa (STC 168/2001, de 16 de julio); o, en fin, por poder incurrir la Sentencia absolutoria en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente, no satisfaciendo así las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 45/2005, de 28 de febrero, FJ 3).»

(STC 145/2009, de 15 de junio. Recurso de amparo núm. 863/2007. D. Vicente Conde Martín de Hijas. «BOE» 17-07-09).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Reforma peyorativa

«Hemos de recordar que desde las primeras resoluciones de este Tribunal hemos afirmado que la interdicción de la reformatio in peius, 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; 116/1988, de 20 de junio, FJ 2; 56/1999, de 12 de abril, FJ 2; 16/2000, de 31 de enero, FJ 5; 28/2003, de 10 de febrero, FJ 3; 249/2005, de 15 de noviembre, FJ 5). 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; y 310/2005, de 12 de diciembre, FJ 2, por todas).

A lo anterior cabe añadir, siempre de acuerdo con nuestra doctrina, que es trasladable al recurso de apelación contra sentencias penales lo dispuesto en el artículo 902 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim) para el recurso de casación, a fin de preservar el principio acusatorio y evitar el agravamiento de la situación del conde-

nado apelante por su solo recurso cuando ejercita el derecho a la segunda instancia en el orden penal que es producto de la conexión de los arts. 24.1 y 10.2 CE (SSTC 54/1985, de 18 de abril, FJ 7; 84/1995, de 5 de junio, FJ 2; 115/1986, de 6 de octubre, FJ 2; 6/1987, de 28 de enero, FJ 2; 116/1988, de 20 de junio, FJ 2; 19/1992, de 14 de febrero, FJ 2; 56/1999, de 12 de abril, FJ 2; 16/2000, de 16 de enero, FJ 5; 200/2000, de 24 de julio, FJ 2). Lo cual agrega a la prohibición general de reforma peyorativa el nuevo matiz, constitucionalmente relevante, de la seguridad jurídica del condenado sobre la inmutabilidad de la Sentencia en su perjuicio si no media recurso de parte contraria, estando vedada la agravación de oficio “aunque fuera absolutamente evidente su procedencia legal”, pues las garantías constitucionales deben prevalecer sobre el principio de estricta sumisión del Juez a la ley, incluso “para corregir de oficio en la alzada errores evidentes en la aplicación hecha de la misma en la instancia” (SSTC 153/1990, de 15 de octubre, FJ 5; 70/1999, de 26 de abril, FJ 8; 28/2003, de 10 de febrero, FJ 5; y 310/2005, de 12 de diciembre, FJ 2).

En definitiva, para que pueda apreciarse la existencia de reforma peyorativa, constitucionalmente prohibida, el empeoramiento de la situación del recurrente ha de resultar de su propio recurso, sin mediación de pretensión impugnatoria de otra parte, y con excepción del daño que derive de la aplicación de normas de orden público procesal (por todas, SSTC 15/1987, de 11 de febrero, FJ 4; 17/1989, de 30 de enero, FJ 7; 70/1999, de 26 de abril, FJ 5), “cuya recta aplicación es siempre deber del Juez, con independencia de que sea o no pedida por las partes” (SSTC 214/2000, de 16 de octubre, FJ 3; 28/2003, de 10 de febrero, FJ 3; y 249/2005, de 15 de noviembre, FJ 5), excepción que no concurre en el presente caso, en contra de lo que sostiene en sus alegaciones el Abogado del Estado, porque la calificación de norma de orden público procesal no resulta aplicable a la norma cuestionada, artículo 57.2 CP. Así pues la eventual aplicación de oficio de la pena de alejamiento prevista en el citado precepto legal en la Sentencia que resuelva el recurso de apelación interpuesto por el condenado “desborda totalmente las facultades judiciales de velar por el orden público procesal, y perjudica gravemente al acusado, precisamente con ocasión del recurso que la Constitución exige que exista para revisar su condena” (STC 70/1999, de 26 de abril, FJ 7).»

(STC 141/2008, de 30 de octubre. Cuestión de inconstitucionalidad núm. 6563/2006. D. Manuel Aragón Reyes. «BOE» 21-11-09).

Indefensión

«Hemos de reiterar que, sobre el derecho fundamental a no padecer indefensión, este Tribunal ha dicho que “la indefensión es una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa; un menoscabo sensible de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales. Por otro lado, para que la indefensión alcance la dimensión constitucional que le atribuye el artículo 24 CE, se requiere que los órganos judiciales hayan impedido u obstaculizado en el proceso el derecho de las partes a ejercitar su facultad de alegar y justificar sus pretensiones, esto es, que la indefensión sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional (SSTC 109/1985, de 8 de octubre, FJ 3; 116/1995, de 17 de julio, FJ 3; 107/1999, de 14 de junio, FJ 5; 114/2000, de 5 de mayo, FJ 2; 237/2001, de 18 de diciembre, FJ 5, entre otras muchas)” (STC 126/2006, de 24 de abril). No obstante, también ha señalado que “la infracción por los órganos judiciales de las reglas procesales carece no obstante de

relevancia constitucional cuando el propio interesado ha contribuido decisivamente, con su impericia o negligencia, a causar la situación de indefensión que denuncia. Por esta razón en esa misma jurisprudencia está también dicho que no hay vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24.1 CE cuando el propio interesado, ignorando o despreciando las posibilidades de subsanación a su alcance, no hizo lo necesario para defender sus derechos e intereses, ‘cooperando con ello, al menoscabo de su posición procesal’ (STC 287/2005, de 7 de noviembre, FJ 2)” (STC 14/2008, de 31 de enero, FJ 3)».

(STC 62/2009, de 9 de marzo. Recurso de amparo núm. 3485/2006. Ponente. D.^a María Emilia Casas Baamonde. «BOE» 14-4-09).

ARTÍCULO 24.2

Derecho a ser informado de la acusación

«Al definir el contenido del derecho a ser informado de la acusación, este Tribunal ha declarado reiteradamente en anteriores resoluciones que “forman parte indudable de las garantías que derivan del principio acusatorio las que son contenido del derecho a ser informado de la acusación”, derecho que encierra un “contenido normativo complejo”, cuya primera perspectiva consiste en la exigencia constitucional de que el acusado tenga conocimiento previo de la acusación formulada contra él en términos suficientemente determinados para poder defenderse de ella de manera contradictoria [SSTC 12/1981, de 10 de abril, FJ 4; 95/1995, de 19 de junio, FJ 3 a); 302/200, de 11 de septiembre, FJ 2]. Esta exigencia se convierte así en un instrumento indispensable para poder ejercer el derecho de defensa, pues mal puede defenderse de algo quien no sabe qué hechos en concreto se le imputan. Hemos señalado también que, a efectos de la fijación de la acusación en el proceso, el instrumento procesal esencial es el escrito de conclusiones definitivas, el cual debe contener “los hechos relevantes y esenciales para efectuar una calificación jurídica e integrar un determinado delito”, que es lo que ha de entenderse “por hecho punible a los efectos de la necesidad constitucional de conocer la acusación para poder ejercer el derecho de defensa” (STC 87/2001, de 2 de abril, FJ 6). Por eso no es conforme con la Constitución ni la acusación implícita, ni la tácita, sino que la acusación debe ser formulada de forma expresa y en términos que no sean absolutamente vagos o indeterminados (SSTC 36/1996, de 11 de marzo, FJ 5; 87/2001, de 2 de abril, FJ 5; 33/2003, de 13 de febrero, FJ 3; 299/2006, de 23 de octubre, FJ 2; 347/2006, de 11 de diciembre, FJ 2).»

(STC 34/2009, de 9 de febrero. Recurso de amparo núm. 5828/2005. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas. «BOE» 14-3-09).

Derecho a un proceso con todas las garantías. Derecho a un Juez imparcial

«Otra de las garantías fundamentales del derecho a un proceso justo es la del derecho al juez imparcial que, al propio tiempo, configura un derecho fundamental implícito en el derecho al juez legal proclamado en el mismo núm. 2 del artículo 24 CE (por todas, STC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 2). La imparcialidad y objetividad de los Jueces y Tribunales es una garantía fundamental de la Administración de Justicia dirigida a asegurar que la razón última de la decisión adoptada sea conforme

al ordenamiento jurídico y por un tercero ajeno tanto a los intereses en litigio como a sus titulares (entre las últimas, SSTC 45/2006, de 13 de febrero, FJ 4; y 143/2006, de 8 de mayo, FJ 3). Por esta razón, este Tribunal ha declarado que las causas de abstención y recusación, en la medida en que están dirigidas a tutelar la imparcialidad del juzgador, integran este derecho fundamental proclamado por el artículo 24.2 CE (entre las últimas, SSTC 306/2005, de 12 de diciembre, FJ 2; y 116/2006, de 24 de abril, FJ 3).

Por otra parte, hay que tener presente que imparcialidad del Juez se puede analizar desde una doble vertiente: *a)* La “subjetiva” o relativa a la relación del Juez con las partes, pues la neutralidad de los juzgadores se relaciona con la propia disposición del ánimo, con su actitud respecto de los contendientes, sin inclinarse a ninguno de ellos; y *b)* La “objetiva”, en tanto que busca preservar la relación del Juzgador con el objeto del proceso y que se dirige a asegurar que los Jueces y Magistrados que intervengan en la resolución de un recurso se acerquen al mismo sin prevenciones ni prejuicios que en su ánimo pudieran quizás existir a raíz de una relación o contacto previos con el objeto del proceso (por todas, STC 47/1998, de 2 de marzo, FJ 4).»

(STC 164/2008, de 15 de diciembre. Recurso de amparo 2387/2005. Ponente. D. Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» 9-1-09).

Derecho a un proceso con todas las garantías. Derecho a un Juez ordinario predeterminado por la Ley

«Una de las garantías previstas en el apartado 2 del artículo 24 CE es la relativa al juez ordinario predeterminado por la ley, en cuyo contenido se encuentra la composición del órgano judicial que ha de venir determinada por Ley, debiendo seguirse en cada caso concreto el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente (SSTC 69/2001, de 17 de marzo, FJ 9; 37/2003, de 25 de febrero, FJ 4; y 181/2004, de 2 de noviembre, FJ 7). Eso sí, ni puede confundirse el contenido del derecho al juez predeterminado por la ley con el derecho a que las normas sobre distribución de competencias entre los órganos jurisdiccionales se interpreten en un determinado sentido (entre muchas, SSTC 238/1998, de 15 de diciembre, FJ 3; 49/1999, de 5 de abril, FJ 2; y 183/1999, de 11 de octubre, FJ 2), ni tampoco la falta de notificación de sustitución del Magistrado Ponente configura una irregularidad procesal relevante desde el punto de vista del derecho al juez predeterminado por la ley, salvo que esté incurso en causa de recusación (STC 116/2006, de 24 de abril, FJ 2). Con esta segunda garantía se trata de proteger indirectamente la independencia e imparcialidad del Juez, requisitos ambos necesarios para proteger el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (por ejemplo, SSTC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 2; 183/1999, de 11 de octubre, FJ 2; y 162/2000, de 12 de junio, FJ 2).»

(STC 164/2008, de 15 de diciembre. Recurso de amparo 2387/2005. Ponente. D. Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» 9-1-09).

Derecho a un proceso con todas las garantías. Valoración de pruebas derivadas de otras obtenidas con vulneración de derechos fundamentales. Prueba ilícita

«En relación con la alegación de lesión del derecho al proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, por la condena en virtud de pruebas (diligen-

cia de entrada y registro, declaraciones de coacusados, propia declaración sumarial, etc.) que deberían haber sido “arrastradas” por la nulidad de las intervenciones telefónicas apreciada por el Tribunal Supremo en los fundamentos de su Sentencia de casación, la cuestión, como apunta el Ministerio Fiscal, enlaza directamente con la conexión de antijuridicidad entre las pruebas ilícitas y las reflejas, y su alcance.

Sobre el citado extremo ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal. En STC 28/2002, de 11 de febrero, FJ 4, dijimos que “desde la STC 114/1984, de 29 de noviembre, hemos sostenido que, aunque la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos no se halla proclamada en un precepto constitucional, tal valoración implica una ignorancia de las garantías propias del proceso (artículo 24.2 CE) y una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio, y en virtud de su contradicción con ese derecho fundamental y, en definitiva, con la idea de ‘proceso justo’, debe considerarse prohibida por la Constitución (STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 5 y, entre las más recientes, SSTC 81/1998, de 2 de abril, FJ 2; 69/2001, de 17 de marzo, FJ 26). Tal prohibición atañe no sólo a los resultados directos de la intervención, sino que se extiende a ‘cualquier otra prueba derivada de la observación telefónica, siempre que exista una conexión causal entre ambos resultados probatorios’ (STC 49/1996, de 26 de marzo, FJ 3), aunque derive indirectamente de aquélla (SSTC 85/1994, de 14 de marzo, FJ 4; 86/1995, de 6 de junio, FJ 3; 181/1995, de 11 de diciembre, FJ 4; 54/1996, de 26 de marzo, FJ 8)”.

Junto a esta regla general, en supuestos excepcionales hemos considerado lícita la valoración de pruebas que, aun cuando se encuentren conectadas desde una perspectiva natural con el hecho vulnerador del derecho fundamental, por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, puedan considerarse jurídicamente independientes (SSTC 86/1995, de 6 de junio, FJ 4; 54/1996, de 26 de marzo, FJ 6; 81/1998, de 2 de abril, FJ 4; 151/1998, de 13 de julio, FJ 3; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 4; 136/2000, de 29 de mayo, FJ 6). La razón fundamental que avala la independencia jurídica de unas pruebas respecto de otras radica en que las pruebas derivadas son, desde su consideración intrínseca, constitucionalmente legítimas, pues ellas no se han obtenido con vulneración de ningún derecho fundamental (STC 184/2003 de 23 de octubre, FJ 2). “Por ello, para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuridicidad). En la presencia o ausencia de esa conexión reside, pues, la ratio de la interdicción de la valoración de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento derivado de otras que vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones” (STC 81/1998, de 2 de abril, FJ 4).

En esta última Sentencia establecimos también una doble perspectiva de análisis para determinar si existe o no la conexión de antijuridicidad: una perspectiva interna, que atiende a la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones en la prueba originaria (qué garantías de la injerencia en el derecho se han visto menoscabadas y en qué forma), así como al resultado inmediato de la infracción (el conocimiento adquirido a través de la injerencia practicada inconstitucionalmente), y otra perspectiva externa, que atienda a las necesidades esenciales de tutela de la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones. Concretamente hemos dicho que: “Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del

mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los dos aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo” (STC 81/1998, de 2 de abril, FJ 4; en el mismo sentido, entre otras, SSTC 121/1998, de 15 de junio, FJ 6; 49/1999, de 5 de abril, FJ 14; 94/1999, de 31 de mayo, FJ 6; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 4; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 4; 136/2000, de 29 de mayo, FJ 6).

Por tanto la valoración en juicio de pruebas que pudieran estar conectadas con otras obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos requiere un análisis a dos niveles: en primer lugar, ha de analizarse si existe o no conexión causal entre ambas pruebas, conexión que constituye el presupuesto para poder hablar de prueba derivada.

Sólo si existiera dicha conexión procedería el análisis de la conexión de antijuridicidad (cuya inexistencia legitimaría la posibilidad de valoración de la prueba derivada). De no darse siquiera la conexión causal no sería necesario ni procedente analizar la conexión de antijuridicidad, y ninguna prohibición de valoración en juicio recaería sobre la prueba en cuestión. En definitiva, se considera lícita la valoración de pruebas causalmente conectadas con la vulneración de derechos fundamentales, pero jurídicamente independientes, esto es, las pruebas derivadas o reflejas (por todas SSTC 81/1998, de 2 de abril, FJ 4, y 22/2003, de 10 de febrero, FJ 10).

Por último hemos afirmado que la valoración acerca de si se ha roto o no el nexo entre una prueba y otra no es, en sí misma, un hecho, sino un juicio de experiencia acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada que corresponde, en principio, a los Jueces y Tribunales ordinarios, limitándose nuestro control a la comprobación de la razonabilidad del mismo (STC 81/1998, de 2 de abril, FJ 5, citando ATC 46/1983, de 9 de febrero, FJ 6, y SSTC 51/1985, de 10 de abril, FJ 9; 174/1985, de 17 de diciembre, FJ 2; 63/1993, de 1 de marzo, FJ 5; 244/1994, de 15 de septiembre, FJ 2, entre otras).

Por otra parte hemos mantenido la desconexión de antijuridicidad, por gozar de independencia jurídica, en supuestos de declaración autoincriminatoria, no sólo de acusado en plenario (SSTC 136/2006, de 8 de mayo, FFJJ 6 y 7, y 49/2007, de 12 de marzo, FJ 2), sino incluso de imputado en instrucción (SSTC 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 8; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 2), y entre la declaración de imputado y la entrada y registro (STC 136/2000, de 29 de mayo, FJ 8) “en atención a las propias garantías constitucionales que rodean la práctica de dichas declaraciones, que permite afirmar la espontaneidad y voluntariedad de las mismas”, y porque “la admisión voluntaria de los hechos no puede considerarse un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental” (SSTC 161/1999, de 27 de septiembre, FJ 4; 8/2000, de 17 de enero, FJ 3; 136/2000, de 29 de mayo, FJ 8). E igualmente hemos mantenido la posible independencia y validez de la diligencia de entrada y registro, y de las evidencias obtenidas en ella, respecto de las intervenciones telefónicas ilícitas si la misma se pudiere haber obtenido de un modo lícito por el órgano judicial, de haberse conocido por este la circunstancia de la lesividad de un derecho fundamental (STC 22/2003, de 10 de febrero, FFJJ 10 y 11, con cita en el FJ 10 de la STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 5, o 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 4), o “examinando la valoración individualizada de las pruebas efectuada por el Tribunal penal para condenar” (STC 87/2001, de 2 de abril, FJ 4).»

(STC n.º 66/2009, de 9 de marzo. Recurso de amparo 7510/2006. Ponente. D. Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» 14-4-09).

Derecho a un proceso con todas las garantías. Valoración de las pruebas en segunda instancia penal

«Constituye ya consolidada doctrina de este Tribunal, que parte de la Sentencia de Pleno 167/2002, de 18 de septiembre, FFJJ 9 a 11, y es seguida en numerosas Sentencias posteriores (entre las últimas, SSTC 182/2007, de 10 de septiembre; 196/2007, de 11 de septiembre; 207/2007, de 24 de septiembre; 245/2007, de 10 de diciembre; 28/2008, de 11 de febrero, FJ 2, y 36/2008, de 25 de febrero, FJ 5), que el derecho fundamental del acusado a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE) exige que la valoración de las pruebas de naturaleza personal sólo pueda ser realizada por el órgano judicial ante el que se practiquen, y siempre que además dicha práctica se realice en condiciones plenas de contradicción y publicidad. Por ello hemos apreciado vulneración de este derecho fundamental en los supuestos en que, tras ser dictada una sentencia penal absolutoria en primera instancia, la misma es revocada en apelación y dictada una sentencia condenatoria que se sustenta en una diferente valoración de testimonios (declaraciones de los acusados o declaraciones testificales), medios de prueba que, por su carácter personal, no podían ser valorados de nuevo sin el examen directo y personal de los acusados o los testigos, en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción. Y expresamente hemos afirmado que la exigencia de inmediación de la práctica de este tipo de pruebas “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, de 9 de mayo, FJ 2; 185/2005, de 4 de julio, FJ 2; 245/2007, de 10 de diciembre, FJ 3; 28/2008, de 11 de febrero, FJ 2).

Más en concreto, y por lo que se refiere a la valoración de pruebas indiciarias, este Tribunal ha declarado que, cuando el órgano de apelación se limita a rectificar la inferencia realizada por el de instancia a partir de unos hechos base que resultan acreditados en ésta, estamos ante una cuestión que puede resolverse adecuadamente sobre la base de lo actuado, sin que sea necesario, para garantizar un proceso justo la reproducción del debate público y la inmediación (SSTC 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 15; 113/2005, de 9 de mayo, FFJJ 3, 4 y 5; 119/2005, de 9 de mayo, FJ 3; 74/2006, de 13 de marzo, FJ 3; 43/2007, de 26 de febrero, FJ 5; 19672007, de 11 de septiembre, FJ 2; SSTEDH de 29 de octubre de 1991, caso Jan Ake Andersson c. Suecia; caso Fejde c. Suecia; 5 de diciembre de 2002, caso Hoppe c. Alemania). Pero también hemos afirmado que concurre la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando, en la segunda instancia, y sobre la base de indicios que provienen inequívocamente de una valoración de pruebas personales, se corrigen las conclusiones del órgano a quo sin celebrar nueva vista ni haber podido, por tanto, examinar directa y personalmente dichas pruebas (SSTC 189/2003, de 27 de octubre, FJ 5; 114/2006, de 5 de abril, FJ 2; 217/2006, de 3 de julio, FJ 1; 36/2008, de 25 de febrero, FJ 5).

Por lo demás la valoración de pruebas personales sin la concurrencia de estas garantías elementales significará también la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE) en la medida en que la eliminación de las pruebas irregularmente valoradas deje sin sustento el relato de hechos probados que soporta la declaración de culpabilidad del acusado. Esto sucederá, por supuesto, cuando la prueba personal eliminada sea la única tomada en cuenta por la resolución impugnada, pero también cuando, a partir de su propia motivación, se constate que dicha prueba era esencial para llegar a la conclusión fáctica inculminatoria, de modo que con su exclusión la inferencia de dicha conclusión devenga ilógica o no concluyente a

partir de los presupuestos de la propia Sentencia (SSTC 105/2005, de 9 de mayo, FJ 1; 185/2005, de 4 de julio, FJ 2; 126/2007, de 21 de mayo, FJ 4; 207/2007, de 24 de septiembre, FJ 2; 28/2008, de 11 de febrero, FJ 2; 36/2008, de 25 de febrero, FJ 5, entre otras muchas.»

(STC 24/2009, de 26 de enero. Recurso de amparo núm. 9469/2005. Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» 26-2-09).

«Su examen requiere traer a colación, siquiera de manera sucinta, la consolidada doctrina constitucional, iniciada en la STC 167/2002, de 18 de septiembre (FFJJ 9 a 11), y reiterada en numerosas Sentencias posteriores, según la cual el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE), impone inexorablemente que toda condena se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente en un debate público, en el que se respete la posibilidad de contradicción, por lo que, cuando en la apelación se planteen cuestiones de hecho suscitadas por la valoración o ponderación de las pruebas personales de las que dependa la condena del acusado, resultará necesaria la celebración de vista pública en segunda instancia para que el órgano judicial de apelación pueda resolver tomando conocimiento directo e inmediato de dichas pruebas. En aplicación de esta doctrina hemos dicho que el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción exige que el Tribunal de apelación oiga personalmente a los testigos, peritos y acusados que hayan prestado testimonio y declaración en el acto del juicio, dado el carácter personal de estos medios de prueba, a fin de llevar a cabo su propia valoración y ponderación y corregir la efectuada por el órgano de instancia (por todas, SSTC 10/2004, de 9 de febrero, FFJJ 5, 6 y 7; 324/2005, de 12 de diciembre, FJ 3; 24/2006, de 30 de enero, FJ 1; 90/2006, de 27 de marzo, FJ 3; 360/2006, de 18 de diciembre, FFJJ 3 y 4; 3/2009, de 12 de enero, FJ 2; 21/2009, de 26 de enero, FJ 2).

Más en concreto, y por lo que se refiere a la valoración de las pruebas indiciarias, este Tribunal ha declarado que, cuando el órgano de apelación se limita a rectificar la inferencia realizada por el de instancia a partir de unos hechos base que resultan acreditados en ésta, estamos ante una cuestión que puede resolverse adecuadamente con base en lo actuado, sin que sea necesario, para garantizar un proceso justo, la reproducción del debate público y la inmediación. Pero también hemos afirmado que concurre la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando en la segunda instancia, y con base en indicios que provienen inequívocamente de una valoración de las pruebas personales, se corrigen las conclusiones del órgano a quo sin celebrar nueva vista ni haber podido, por tanto, examinar directa y personalmente dichas pruebas (por todas, SSTC 189/2003, de 27 de octubre, FJ 5; 114/2006, de 5 de abril, FJ 2; 217/2006, de 3 de julio, FJ 1; 36/2008, de 25 de enero, FJ 5; 24/2009, de 26 de enero, FJ 2).

La constatación de la anterior vulneración determinaría también la del derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE) si los aludidos medios de prueba personales indebidamente valorados por la Audiencia Provincial fueran las únicas pruebas de cargo en las que se fundamentase o pudiera fundamentarse la condena. Sin embargo, en aquellos casos en los que, al margen de las pruebas no susceptibles de valoración por el Tribunal ad quem, existan otras válidamente practicadas, la misión de este Tribunal no es, en principio, dada la subsidiariedad del recurso de amparo, la de realizar una valoración de aquellas pruebas para decidir si las constitucionalmente válidas son suficientes o no para sustentar la declaración de culpabilidad o condena del demandante de amparo, pues tal valoración corresponde primariamente al órgano judicial que conoce del recurso de apelación. Por ello en tales ocasiones lo procedente es ordenar la retroacción de las actuaciones judiciales hasta el momento anterior al de

haberse dictado Sentencia de apelación, a fin de que se dicte otra respetuosa con el derecho fundamental vulnerado (por todas, SSTC 91/2006, de 27 de marzo, FJ 5; 360/2006, de 18 de diciembre, FJ 5; 3/2009, de 12 de enero, FJ 4).

(STC 80/2009, de 23 de marzo. Recurso de amparo núm. 10178/2006. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas. BOE 27-4-09. En el mismo sentido, STC 1/2009 y 3/2009, de 12 de enero, «BOE» 13-2-09; STC 21/2009, de 26 de enero, «BOE» 26-2-09; 46/2009 y 49/2009, de 23 de febrero, «BOE» 28-3-09; STC 64/2009, de 9 de marzo, «BOE» 14-4-09; 103/2009, de 28 de abril, «BOE» 23-5-09; STC 132/2009, de 1 de junio, «BOE» 2-7-09; STC 144/2009, de 15 de junio, «BOE» 17-07-09).

Derecho a un proceso con todas las garantías. Valoración de las pruebas en recurso de casación penal

«La doctrina establecida a partir de la STC 167/2002, de 18 de septiembre, a la que el recurrente apela, proscribe la revocación de sentencias absolutorias o con pronunciamientos menos graves que el solicitado por el apelante sobre la base de una nueva valoración de pruebas personales practicadas sin atender a la citada garantía constitucional (por todas, STC 124/2008, de 20 de octubre, FJ 2), pero tal exigencia de inmediación no alcanza a la revisión de la calificación jurídica de los hechos, ni tampoco a la revisión de los hechos mismos, cuando ello se fundamente, o bien en una nueva valoración de pruebas documentales, o bien en un nuevo juicio de inferencia derivado de los hechos base declarados probados en la instancia (por todas, SSTC 196/2007, de 11 de septiembre, FJ 2; 64/2008, de 26 de mayo, FJ 3). Debido a ello en la STC 29/2008, de 20 de febrero [FJ 3.b)] hemos podido afirmar que «las conclusiones alcanzadas por este Tribunal en la STC 167/2002, de 18 de septiembre ... no son directamente extrapolables a la casación penal, dadas las diferencias que cabe establecer entre la revisión que se produce en dicha sede, de carácter limitado y tasado, y la que tiene lugar en apelación a través de un *novum iudicium*», toda vez que, cuando lo que se somete a revisión es la calificación jurídica de los hechos, el alcance de la casación se establece precisamente a partir de los pronunciamientos de la sentencia de instancia (SSTC 183/2005, de 4 de julio, FJ 5; 124/2008, de 20 de octubre, FJ 2).»

(STC 91/2009, de 20 de abril. Recurso de amparo núm. 6137/2003. Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» 23-5-09).

Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa

«Este Tribunal ha reiterado que la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (artículo 24.2 CE) exige, en primer lugar, que el recurrente haya instado a los órganos judiciales la práctica de una actividad probatoria, respetando las previsiones legales al respecto; en segundo lugar, que los órganos judiciales hayan rechazado su práctica sin motivación, con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía o que habiendo admitido la prueba finalmente no hubiera podido practicarse por causas imputables al propio órgano judicial; en tercer lugar, que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, generando indefensión al recurrente; y, por último, que el recurrente en la demanda de amparo alegue y fundamente los anteriores extremos (por todas, STC 136/2007, de 4 de junio, FJ 2).

Por lo que se refiere a la legalidad de la petición probatoria, hemos destacado que tiene el doble sentido de que el medio de prueba esté autorizado por el Ordenamiento y

de que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos, correspondiendo dicha valoración a los órganos judiciales y no al Tribunal Constitucional (por todas, STC 48/2008, de 11 de marzo, FJ 3). En cuanto a que la ausencia de la práctica de la prueba sea imputable al órgano judicial y no a la falta de diligencia de la parte, este Tribunal ya ha señalado que cuando la prueba ha sido admitida y declarada pertinente, y el propio órgano judicial ha ordenado su práctica, que, además, depende por entero de la intervención de otro poder público, es de su responsabilidad asegurarse de que la prueba se lleva en efecto a cabo. Y, de no ser así, ha de adoptar las medidas oportunas para asegurar una eficiente tutela de los derechos fundamentales de las partes en el proceso, y en particular de sus derechos a utilizar los medios de prueba pertinentes (artículo 24.2 CE) y a no sufrir indefensión como consecuencia de los avatares que tengan lugar en el trámite probatorio (por todas, STC 240/2007, de 10 de diciembre, FJ 2).

Por último, en cuanto a que la prueba no admitida o no practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del procedimiento, este Tribunal ha puesto de manifiesto que no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba causa por sí misma indefensión material constitucionalmente relevante, toda vez que el elemento esencial para que pueda considerarse vulnerado este derecho fundamental, en tanto que queda condicionado por su carácter de derecho constitucional de carácter procedimental, reside en la necesidad de demostrar que la actividad probatoria era decisiva en términos de defensa, esto es, que de haberse practicado la prueba omitida la resolución final del proceso hubiera podido ser distinta en el sentido de ser favorable a quien denuncia la infracción del derecho fundamental (por todas, STC 185/2007, de 10 de septiembre, FJ 2).»

(STC 156/2008, de 24 de noviembre. Recurso de amparo núm. 9300/2006. Ponente: D. Pablo Pérez Tremps. «BOE» 12-12-08).

«La doctrina constitucional relativa al derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes. Tal doctrina se sintetiza por la STC 86/2008, de 21 de julio, FJ 3, en los siguientes términos:

“a) Se trata de 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, 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, y sin que en ningún caso pueda considerarse menoscabado este derecho cuando la inadmisión de una prueba se haya producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya legitimidad constitucional no pueda ponerse en duda [por todas, STC 133/2003, 30 de junio, FJ 3 a)].

b) Este derecho no tiene carácter absoluto; es decir, 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 aquéllas que sean pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas solicitadas.

c) El órgano judicial ha de motivar razonablemente la denegación de las pruebas propuestas, de modo que puede resultar vulnerado este derecho cuando se inadmitan o inexecuten pruebas relevantes para la resolución final del asunto litigioso sin motivación alguna, o la que se ofrezca resulte insuficiente, o supongan una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable.

d) No toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba puede causar por sí misma una indefensión constitucionalmente relevante, pues la garantía consti-

tucional contenida en el artículo 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en los que la prueba es decisiva en términos de defensa. En concreto, para que se produzca violación de este derecho fundamental este Tribunal ha exigido reiteradamente que concurren dos circunstancias: por un lado, la denegación o la inejecución de las pruebas han de ser imputables al órgano judicial (SSTC 1/1996, de 15 de enero, FJ 2, y 70/2002, de 3 de abril, FJ 5, por todas); y, por otro, la prueba denegada o impracticada ha de resultar decisiva en términos de defensa, debiendo justificar el recurrente en su demanda la indefensión sufrida (SSTC 217/1998, de 16 de noviembre, FJ 2; 219/1998, de 27 de enero, FJ 3).

e) Esta última exigencia se proyecta en un doble plano: por una parte, 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 otra parte, 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 sus pretensiones; sólo en tal caso podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita amparo constitucional (por todas, SSTC 133/2003, 30 de junio, FJ 3; 359/2006, de 18 de diciembre, FJ 2; 77/2007, de 16 de abril, FJ 3)".

Más concretamente, por lo que a la prueba testifical se refiere, hemos afirmado en las SSTC 359/2006, de 18 de diciembre, y 23/2007, de 12 de febrero, que resulta contrario al derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa consagrado en el artículo 24.2 CE que el órgano judicial rechace una prueba testifical por innecesaria argumentando que, aun cuando fuera favorable a la parte, "no iba a convencer a la Sala", ya que ello implica una valoración de la prueba que corresponde a un momento posterior del proceso y supone prejuzgar sobre la hipotética fuerza persuasiva de los testimonios. Y, en definitiva, hemos concluido que "la decisión de inadmisión de una prueba testifical, propuesta en tiempo y forma, con base en un presunto déficit de credibilidad de los testigos propuestos apreciado de oficio, desde la perspectiva del derecho fundamental de defensa del acusado, no puede aceptarse".»

(STC 113/2009, de 11 de mayo. Recurso de amparo núm. 4233/2007. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez. «BOE» 6-6-09. En el mismo sentido, STC 121/2009, de 18 de mayo, «BOE» 20-6-09).

Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa en el ámbito de los expedientes sancionadores penitenciarios

«En relación con el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa en el ámbito de los expedientes sancionadores penitenciarios, hemos afirmado que "es inexcusable que frente a un determinado pliego de cargos el interno pueda articular su defensa negando los hechos que han de servir de base a la sanción, o dándoles una distinta versión, y, por consiguiente, la denegación de la prueba que se solicitaba sólo puede hacerse de manera fundamentada, esto es, explicando razonablemente el por qué de su rechazo" y que el derecho a la prueba resultará vulnerado siempre que la prueba sea propuesta en tiempo y forma, sean pertinentes y relevantes los medios probatorios, y decisivos para la defensa del recluso, en el sentido de potencialmente trascendentes para el sentido de la resolución. Ahora bien, recae sobre el recurrente en amparo la carga de acreditar, tanto la relación entre los hechos que se quisieron, y no se pudieron probar, y las pruebas inadmitidas o no practicadas, como el hecho de que la resolución judicial final podría haberle sido favorable de haber admitido y practicado dichas pruebas, quedando obligado a probar la trascendencia que la inadmisión o

la ausencia de la práctica de la prueba pudo tener en la decisión final del proceso, ya que sólo en tal caso, comprobando que el fallo pudo, acaso, haber sido otro, si la prueba se hubiera admitido o practicado, podrá apreciarse también un menoscabo efectivo del derecho de defensa (por todas, STC 185/2007, de 10 de septiembre, FJ 2).»

(STC 156/2009, de 29 de junio. Recurso de amparo núm. 5682/2004. Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. «BOE» 28-7-09).

Derecho de defensa y a la asistencia letrada

«Delimitado así el objeto de amparo, resulta oportuno recordar que, según doctrina constante de este Tribunal, el derecho a la defensa y a la asistencia letrada tiene por finalidad asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción, que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes y precaver limitaciones en la defensa que puedan generar la indefensión prohibida por el artículo 24.1 CE. Así, en la STC 141/2005, de 6 de junio, FJ 2, hemos definido el contenido de la indefensión con relevancia constitucional afirmando que, para que alcance tal relevancia, “es necesario que la indefensión alegada sea imputable a actos u omisiones de los órganos judiciales y que tenga su origen inmediato y directo en tales actos u omisiones; esto es, que sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional, estando excluida del ámbito protector del artículo 24 CE la indefensión debida a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que la representen o defiendan (entre otras muchas, SSTC 101/1989, de 5 de junio, FJ 5; 237/2001, de 18 de diciembre, FJ 5; 109/2002, de 6 de mayo, FJ 2; 87/2003, de 19 de mayo, FJ 5; y 5/2004, de 16 de enero, FJ 6)”.

La STC 146/2007, de 18 de junio, FJ 3, que recoge la doctrina de este Tribunal sobre la materia, resalta la exigencia de la concurrencia de indefensión material, en atención a las circunstancias del caso, para considerar vulnerado el propio derecho a la defensa. “Ahora bien, también debe señalarse que este Tribunal, en consonancia con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sustentada, entre otras, en las Sentencias de 9 de octubre de 1979 (caso Airey), de 25 de abril de 1983 (caso Pakelli) y de 13 de mayo de 1980 (caso Ártico), ha señalado que, desde la perspectiva constitucional, la denegación de la asistencia letrada no conlleva sin más una vulneración del artículo 24.2 CE. Para que esto suceda es necesario que la falta de Letrado de oficio solicitado, en atención a las circunstancias concurrentes en el caso, haya producido al solicitante una real y efectiva situación de indefensión material, en el sentido de que su autodefensa se haya revelado insuficiente y perjudicial, impidiéndole articular una defensa adecuada de sus derechos e intereses legítimos en el proceso (SSTC 101/2002, de 6 de mayo, FJ 2; 262/2005, de 24 de octubre, FJ 2; 20/2006, de 30 de enero, FJ 3). Entre estas circunstancias se ha de prestar especial atención a la mayor o menor complejidad del debate procesal y a la cultura y conocimientos jurídicos del solicitante (SSTC 47/1987, de 22 de abril, FJ 2; 233/1998, de 1 de diciembre, FJ 3), deducidos de la forma y nivel técnico con que haya realizado su defensa (STC 216/1988, de 14 de noviembre, FJ 3), y a si la contraparte cuenta con una asistencia técnica de la que pueda deducirse una situación de desigualdad procesal (SSTC 22/2001, de 29 de enero, FJ 4; 67/2007, de 27 de marzo, FJ 4). Sin olvidar a la hora de hacer este análisis la especial responsabilidad que incumbe a los órganos judiciales de velar por evitar la indefensión del justiciable en el proceso penal, porque en este ámbito la protección de los bienes en conflicto adquiere la mayor intensidad que puede dispensar el Ordenamiento jurídico, habiendo resaltado este Tribunal en nume-

rosas resoluciones el deber positivo de velar por la efectividad de la defensa del acusado o del condenado en el proceso penal por parte de profesionales designados de oficio (entre las últimas, STC 1/2007, de 15 de enero, FJ 3)⁷».

(STC 160/2009, de 29 de junio. Recurso de amparo núm. 910/2007. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez. «BOE» 28-7-09).

Presunción de inocencia

«El derecho fundamental a la presunción de inocencia exige para que ésta quede desvirtuada, en un primer estadio, que se produzca prueba en juicio con las mínimas garantías debidas; en un segundo momento, que el medio probatorio sea idóneo constitucionalmente a tal fin; y, finalmente, que la conclusión naturalmente extraída de dicho medio probatorio sea suficiente para desvirtuar dicha presunción de no-culpabilidad. En otros términos, no basta con que la culpabilidad se haya acreditado a través de un medio idóneo de prueba (directa o indiciaria), sino que, en el caso de pluralidad de indicios, el juicio de culpabilidad debe inferirse, razonable e inequívocamente, de los mismos; de forma que si la estructura del juicio de reprochabilidad es excesivamente abierta o endeble, de manera que podría conducir, no sólo a la conclusión de la culpabilidad, sino a otra u otras radicalmente diversas, o incluso a la inocencia, debemos considerar que la inferencia es excesivamente abierta o imprecisa, pudiendo estimar lesionada la presunción de inocencia.»

(STC 108/2009, de 11 de mayo. Recurso de amparo núm. 2120/2005. Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» 6-6-09).

Presunción de inocencia. Prueba indiciaria

«Respeto de la motivación sobre la concurrencia del dolo, pues el enjuiciamiento de dicha cuestión sí ha sido encauzado por este Tribunal desde los parámetros del derecho a la presunción de inocencia. Así hemos venido afirmando que el elemento subjetivo del delito ha de quedar asimismo suficientemente probado, si bien es cierto que la prueba de este último resulta más compleja y de ahí que en múltiples casos haya que acudir a la prueba indiciaria pero, en cualquier caso, la prueba de cargo ha de venir referida al sustrato fáctico de todos los elementos tanto objetivos como subjetivos del tipo delictivo, pues la presunción de inocencia no consiente en ningún caso que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado (SSTC 127/1990, de 5 de julio, FJ 4; 87/2001, de 2 de abril, FJ 9; 233/2005, de 26 de septiembre, FJ 11; 267/2005, de 24 de octubre, FJ 4; 8/2006, de 16 de enero, FJ 2 y 92/2006, de 27 de marzo, FJ 2). En relación específicamente con los elementos subjetivos debe tenerse presente además que sólo pueden considerarse acreditados adecuadamente si el enlace entre los hechos probados de modo directo y la intención perseguida por el acusado con la acción se infiere de un conjunto de datos objetivos que revelan el elemento subjetivo a través de una argumentación lógica, razonable y especificada motivadamente en la resolución judicial (SSTC 91/1999, de 26 de mayo, FJ 4; 267/2005, de 24 de octubre, FJ 4; 8/2006, de 16 de enero, FJ 2). Más concretamente, nuestro control de la razonabilidad de la argumentación acerca de la prueba indiciaria puede llevarse a cabo tanto desde el canon de su lógica o coherencia (siendo irrazonable cuando los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o no conduzcan naturalmente a él), como desde el de su suficiencia o carácter concluyente, excluyéndose la razonabilidad por el carácter excesivamente abierto,

débil o indeterminado de la inferencia (por todas, SSTC 145/2005, de 6 de junio, FJ 5; 328/2006, de 20 de noviembre, FJ 5).»

(STC 91/2009, de 20 de abril. Recurso de amparo núm. 6137/2003. Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» 23-5-09).

«El examen de la queja actora 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), 177/2007, de 21 de mayo (FJ 3) y 111/2008, de 22 de septiembre (FJ 3), sobre el mencionado derecho fundamental y los requisitos constitucionalmente exigibles a la prueba indiciaria para desvirtuar dicha presunción.

a) Como hemos venido 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, cuando 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 el 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 comprobar 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 la STC 169/1989, de 16 de octubre (FJ 2), “en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a 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; 111/2008, de 22 de septiembre, 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 inmediatez, 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 4).»

(STC 109/2009, de 11 de mayo. Recurso de amparo núm. 6939/2005. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas. «BOE» 6-6-09).

«Este Tribunal ha reiterado que, al amparo del derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE), no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales los órganos judiciales alcanzan su íntima convicción, sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta. Igualmente se ha destacado que, a falta de prueba directa, la prueba de cargo sobre la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del delito puede ser indiciaria, siempre que se parta de hechos plenamente probados y que los hechos constitutivos de delito se deduzcan de esos indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, puesto de manifiesto en la Sentencia, y que el control de la solidez de la inferencia puede llevarse a cabo tanto desde el canon de su lógica o coherencia, siendo irrazonable cuando los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o no conduzcan naturalmente a él, como desde el de su suficiencia o carácter concluyente, excluyéndose la razonabilidad por el carácter excesivamente abierto, débil o indeterminado de la inferencia (por todas, STC 91/2009, de 20 de abril, FJ 5). También se ha puesto de manifiesto que dentro del control que le corresponde realizar a este Tribunal sobre la eventual vulneración de este derecho se encuentra verificar si se ha dejado de someter a valoración la versión o la prueba de descargo aportada, concretándose que se exige solamente ponderar los distintos elementos probatorios, pero sin que ello implique que esa ponderación se realice de modo pormenorizado, ni que la ponderación se lleve a cabo del modo pretendido por el recurrente, sino solamente que se ofrezca una explicación para su rechazo (por todas, STC 187/2006, de 19 de junio, FJ 2).»

(STC 148/2009, de 15 de junio. Recurso de amparo núm. 4406/2007. Ponente: D. Pablo Pérez Tremps. «BOE» 17-07-09).

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 91/2008, de 21 de julio, FJ 3).»

(STC 56/2009, de 9 de marzo. Recurso de amparo núm. 3283/2005. Ponente: D. Pablo Pérez Tremps. «BOE» 14-4-09. En sentido similar y mismo «BOE», STC 57/2009; y 125/2009, de 18 de mayo. «BOE» 20-6-09).

Presunción de inocencia. Valoración de las pruebas sin garantías

«La valoración de pruebas sin garantías “conllevará también la vulneración del derecho a la presunción de inocencia en la medida en que ésta sólo puede ser enervada mediante pruebas practicadas con las suficientes garantías y en la medida en que la eliminación de la prueba personal practicada ... con vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías ... deje sin sustento el relato de hechos probados que soporta la declaración de culpabilidad del acusado. Esto sucederá, por supuesto, cuando la prueba personal eliminada sea la única tomada en cuenta por la resolución impugnada, pero también cuando, a partir de su propia motivación, se constate que dicha prueba era esencial para llegar a la conclusión fáctica incriminatoria, de modo que la inferencia de dicha conclusión deviene ilógica o inconcluyente a partir de los presupuestos de la propia Sentencia. Por el contrario, en los supuestos en los que la resolución impugnada no considere la prueba eliminada como única o esencial, no cabrá apreciar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia ni declarar la nulidad definitiva de la sentencia condenatoria, sino únicamente, como exigencia del restablecimiento del derecho a un proceso con todas las garantías, ‘ordenar la retroacción de las actuaciones judiciales al momento inmediatamente anterior al de dictar la Sentencia recurrida en amparo, a fin de que sea el órgano judicial competente quien decida si con las pruebas que subsisten en el proceso mantiene su conclusión condenatoria o, por el contrario, decide revisarla’ (STC 14/2005, de 31 de enero)” (STC 105/2005, de 9 de mayo, FJ 1).»

(STC 16/2009, de 26 de enero. Recurso de amparo núm. 4870/2004. Ponente: D.ª María Emilia Casas Baamonde. «BOE» 26-2-09).

Principio acusatorio

«Reiteradamente hemos afirmado que determinados elementos estructurales del principio acusatorio forman parte de las garantías constitucionales sustanciales del proceso penal, no sólo en la dimensión expresamente reconocida por el artículo 24.2 CE de que nadie pueda ser condenado sin que se formule previamente una acusación

de la que tenga conocimiento y posibilidades de defenderse de manera contradictoria, sino también en su dimensión, implícitamente reconocida entre las garantías constitucionales en el procedimiento penal, de que el objeto procesal sea resuelto por un órgano judicial independiente e imparcial diferente del que ejerce la acusación y con respeto al deber de congruencia entre acusación y fallo (por todas, SSTC 35/2004, de 8 de marzo, FJ 7; 179/2004, de 18 de octubre, FJ 4; 123/2005, de 11 de mayo, FJ 3). Esta segunda perspectiva del principio acusatorio implica que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado, de modo que el juzgador está sometido constitucionalmente en su pronunciamiento por un doble condicionamiento, fáctico y jurídico, que queda concretado en la pretensión establecida en el escrito de calificaciones definitivas (por todas, STC 123/2005, FJ 4). También hemos afirmado que las exigencias del principio acusatorio, y en concreto la de congruencia entre acusación y fallo, son de aplicación en la segunda instancia, con los condicionamientos derivados de la concreta configuración legal de cada recurso penal y de la naturaleza de las pretensiones que en él se deduzcan (por todas, STC 123/2005, FJ 8).»

(STC 173/2009, de 9 de julio. Recurso de amparo núm. 3915/2007. Ponente: D.^a María Emilia Casas Baamonde. «BOE» 11-8-09).

ARTÍCULO 25

Derecho a la legalidad penal

«El derecho a la legalidad penal (artículo 25.1 CE) supone que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que no constituyan delito o falta según la legislación vigente en el momento de tales conductas. Se quiebra así el derecho cuando la conducta enjuiciada, la ya delimitada como probada, es subsumida de un modo irrazonable en el tipo penal que resulta aplicado, bien por la interpretación que se realiza de la norma, bien por la operación de subsunción en sí. En tales supuestos la condena resulta sorpresiva para su destinatario y la intervención penal es, amén de contraria al valor de la seguridad jurídica, fruto de una decisión judicial que rompe el monopolio legislativo en la definición de las conductas delictivas (por todas, SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6).

En el examen de razonabilidad de la subsunción de los hechos probados en la norma penal el primero de los criterios está constituido por el respeto al tenor literal de la norma, “pues el legislador expresa el mensaje normativo con palabras y con palabras es conocido por sus destinatarios. Este respeto no garantiza siempre una decisión sancionadora acorde con las garantías esenciales de seguridad jurídica o de interdicción de la arbitrariedad, pues, entre otros factores, el lenguaje es relativamente vago y versátil, las normas son necesariamente abstractas y se remiten implícitamente a una realidad normativa subyacente, y dentro de ciertos límites (por todas, STC 111/1993, de 25 de marzo), el propio legislador puede potenciar esa labilidad para facilitar la adaptación de la norma a la realidad (ya en la STC 62/1982, de 15 de octubre; ... STC 53/1994, de 24 de febrero). Debe perseguirse, en consecuencia, algún criterio añadido que, a la vista de los valores de seguridad y de legitimidad en juego, pero también de la libertad y la competencia del Juez en la aplicación de la legalidad (SSTC 89/1983, de 12 de marzo; 75/1984, de 27 de junio; 111/1993, de 25 de marzo), distinga entre las decisiones que forman parte del campo de decisión legítima de éste y las que suponen una ruptura de su sujeción a la ley ... La seguridad jurídica y el respeto a las opciones legislativas de sanción de conductas sitúan la validez constitu-

cional de la aplicación de las normas sancionadoras desde el prisma del principio de legalidad tanto en su respeto al tenor literal del enunciado normativo, que marca en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamientos, como en su razonabilidad. Dicha razonabilidad habrá de ser analizada desde las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional (SSTC 159/1986, 59/1990, 111/1993) y desde modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica ... Dicho de otro modo, no sólo 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. Son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico —una argumentación ilógica o indiscutiblemente 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” (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; también, entre otras, SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 13/2003, de 28 de enero, FJ 3; 138/2004, de 13 de septiembre, FJ 3; 242/2005, de 10 de octubre, FJ 4; 9/2006, de 16 de enero, FJ 4; 262/2006, de 11 de septiembre, FJ 4)».

(STC 129/2008, de 27 de octubre. Recurso de amparo núm. 4615/2005. Ponente: D.^a María Emilia Casas Baamonde. «BOE» 21-11-09. En sentido similar, STC 91/2009, de 20 de abril, «BOE» 23-5-09).

«Señala dicha doctrina que “el artículo 25.1 CE incorpora la regla *nullum crimen nulla poena sine lege*” y que la misma “es de aplicación al ordenamiento sancionador administrativo”. Comprende tanto una garantía formal como una garantía material. La garantía formal, de exigencia de reserva de ley en materia sancionadora, “tiene una eficacia relativa o limitada en el ámbito sancionador administrativo, toda vez que no cabe excluir la colaboración reglamentaria en la propia tarea de tipificación de las infracciones y atribución de las correspondientes sanciones, aunque sí hay que excluir el que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley. Por tanto, la garantía formal implica que la ley debe contener la determinación de los elementos esenciales de la conducta antijurídica y al reglamento sólo puede corresponder, en su caso, el desarrollo y precisión de los tipos de infracciones previamente establecidos por la ley” (STC 242/2005, de 10 de octubre, FJ 2; resumiendo una doctrina reflejada, entre muchas otras, en las SSTC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2; 341/1003, de 18 de noviembre, FJ 10; 132/2001, de 8 de junio, FJ 5; y 25/2002, de 11 de febrero, FJ 4). Así, en los conclusivos términos de la STC 132/2001, [d]esde la STC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2, viene declarando este Tribunal que el artículo 25.1 CE proscribire toda habilitación reglamentaria vacía de contenido material propio» (FJ 5).

La garantía material, por su parte, “aparece derivada del mandato de taxatividad o de *lex certa* y se concreta en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, que hace recaer sobre el legislador el deber de configurarlas en las leyes sancionadoras con la mayor precisión posible para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones” (por todas, STC 242/2005, FJ 2).»

(STC 162/2008, de 15 de diciembre. Cuestión de inconstitucionalidad 6488/2001. Ponente: D.^a María Emilia Casas Baamonde. «BOE» 9-1-09).

CÓDIGO PENAL

ARTÍCULO 66

Motivación e individualización de la pena

«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 sólo 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). Como recuerda la STC 21/2008, de 31 de enero, FJ 3, 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).»

(STC 91/2009, de 20 de abril. Recurso de amparo núm. 6137/2003. Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» 23-5-09).

ARTÍCULO 171.4

Constitucionalidad del precepto en relación con el principio de igualdad

«Por lo que respecta al diferente tratamiento punitivo dado a las amenazas leves sin armas en los casos que el legislador denomina como propios de violencia de

género (los del artículo 171.4, párrafo 1 CP) y el resto de las amenazas leves sin armas que puedan darse en el seno de la pareja, en la STC 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4, hemos subrayado tanto la notoria diferencia de los marcos penales iniciales (frente a la pena del artículo 171.4 CP de “prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años”, la pena del artículo 620, párrafo 3 CP es de “localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días”), como “el hecho de que frente a la consideración como delito de la amenaza leve sin armas del varón a la mujer que es o fue su pareja afectiva (artículo 171.4 CP) se califique como falta la amenaza leve sin armas hacia persona vinculada con el autor por alguna de las relaciones familiares, de guarda o de custodia a las que se refiere el artículo 173.2 CP (artículo 620, párrafo 3 CP), con la significativa levedad comparativa que esta calificación como falta supone tanto en el reproche social como, según se ha anotado ya, en consecuencias jurídicas derivadas de la pena o relacionadas con la misma”.

No obstante lo cual, hemos declarado que dicha diferencia no convierte en inconstitucional ex artículo 14 CE el precepto cuestionado por la desproporción de las consecuencias de una diferenciación que en sí ya hemos calificado de razonable. “Nuestra conclusión se sustenta, en primer lugar, en las finalidades de la diferenciación, que son la protección de la libertad y de la seguridad de las mujeres, ‘que el legislador entiende como insuficientemente protegid[as] en el ámbito de las relaciones de pareja’, y ‘la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito’ (STC 59/2008, FJ 8). Y atiende también, en segundo lugar, al complejo y flexible sistema de determinación de la pena correspondiente al delito del artículo 171.4 CP, que ... permite bien la elusión de la imposición de la pena de prisión, bien su rebaja en un grado, y que hace con ello que se reduzca la diferenciación punitiva expuesta”.

Y al analizar ese sistema de determinación de la pena, se destaca que la pena de prisión es alternativa a la de trabajos en beneficio de la comunidad, por lo que “en las amenazas leves sin armas la opción posible por la pena de trabajos en beneficio de la comunidad reduce significativamente la diferencia punitiva en los supuestos comparados (arts. 171.4 y 620, párrafo 3 CP)”.

(STC 107/2009, de 4 de mayo. Recurso de amparo núm. 4436/2007. Ponente: D.^a María Emilia Casas Baamonde. «BOE» 6-6-09).

«En relación con la supuesta vulneración del artículo 14 CE en la que el legislador habría incurrido al definir el tipo penal, hemos dicho en la STC 45/2009, de 19 de febrero, FJ 3 (con la misma *ratio decidendi* de la anterior STC 59/2008, de 14 de mayo), que el punto de partida de nuestro análisis viene definido por la competencia exclusiva del legislador para el diseño de la política criminal y el amplio margen de libertad que le corresponde, dentro de los límites de la Constitución, para 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.(.../...) a la jurisdicción constitucional compete sólo “enjuiciar si se han respetado los límites externos que el principio de igualdad impone desde la Constitución a la intervención legislativa”.

Y en la STC 45/2009, FJ 4, hemos declarado ya que la previsión normativa establecida en el artículo 171.4 del Código penal responde palmariamente a un fin legítimo, que no es otro que “prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se

producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer en tal contexto; su pretensión así es la de proteger a la mujer en un ámbito en el que el legislador aprecia que sus bienes básicos (vida, integridad física y salud) y su libertad y dignidad mismas están insuficientemente protegidos.»

(STC 151/2009, de 25 de junio. Cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas núms. 7258/2005, 208/2006, 5865/2006, 5866/2006, 6171/2006 y 6477/2006. Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. «BOE» 28-7-09. Asimismo, STC 164/2009, de 2 de julio. Cuestión de inconstitucionalidad núm. 5465/2006. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez. «BOE» 28-7-09. En el mismo sentido, SSTC 177/2009, de 21 de julio de 2009. Cuestión de inconstitucionalidad núm. 9266/2005. Ponente: D. Pascual Sala Sánchez. «BOE» 22-8-09).

ARTÍCULO 172.2

Constitucionalidad del precepto en relación con el principio de igualdad

«3. La principal duda de constitucionalidad planteada en los Autos del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete se refiere a la compatibilidad del precepto cuestionado con el principio de igualdad (art. 14 CE). La duda encuentra respuesta, en gran medida, en la STC 59/2008, de 14 de mayo, que es la primera resolución que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad interpuesta ex art 14 CE respecto al primer inciso del artículo 153.1 CP, precepto que recoge un delito de maltrato ocasional con la misma pena y la misma descripción de los sujetos activo y pasivo que el artículo 172.2 CP; en la STC 81/2008, de 17 de julio, que hace lo propio respecto a la misma duda planteada por el órgano judicial ahora cuestionante; y en la STC 45/2009, de 19 de febrero, en el que la posible objeción de constitucionalidad se dirigía al artículo 171.4 CP, de amenazas leves entre los mismos sujetos y de nuevo con asignación de la misma pena.

Como en los Autos que dieron lugar a las Sentencias mencionadas, la pregunta esencial relativa al principio de igualdad es la de si existe un tratamiento punitivo diferente de la misma conducta en función del sexo de los sujetos activo y pasivo, que sería por ello contrario al artículo 14 CE. Así, a partir de una interpretación del tipo penal del artículo 172.2 CP que supone una autoría exclusivamente masculina, resultará que la pena privativa de libertad imponible en su caso —pues es alternativa a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad— a un varón que coaccione levemente a quien es o fue su pareja afectiva femenina será de seis meses a un año, mientras que la misma amenaza leve en los demás supuestos de parejas o ex parejas (amenazas de una mujer o amenazas de un varón hacia otro) o hacia los demás sujetos del artículo 173.2 CP (respecto al autor, “los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o ... 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 ... persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como ... las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados”) será sancionada como un mera falta con pena de cuatro a ocho días de localización permanente o de cinco a diez días de trabajos en beneficio de la comunidad (artículo 620, párrafo 3 CP). Nuestro primer punto de partida para la resolución de esta duda de constitucionalidad ha de ser, como en la STC 59/2008, de 14 de mayo (FJ 6), y en la STC 45/2009, de 19 de febrero (FJ 3), el recuerdo de que “corresponde en exclusiva

al legislador el diseño de la política criminal”, para el 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). Nuestro actual análisis del artículo 172.2 CP no puede por ello “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” (SSTC 59/2008, FJ 6; 45/2009, FJ 3). El segundo punto de partida para afrontar la respuesta que se nos pide acerca de la constitucionalidad del precepto es el de que la vertiente del artículo 14 CE afectada por el mismo es el principio general de igualdad y no la prohibición de discriminación por razón de sexo, pues “no constituye el del sexo de los sujetos activo y pasivo un factor exclusivo o determinante de los tratamientos diferenciados ... La diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa ... que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada” (SSTC 59/2008, FJ 7; 45/2009, FJ 3).

4. A partir de la perspectiva que demarca el principio general de igualdad la constitucionalidad de la norma pasa, según nuestra doctrina, por “que el tratamiento diferenciado de supuestos de hecho iguales tenga una justificación objetiva y razonable y no depare unas consecuencias desproporcionadas en las situaciones diferenciadas en atención a la finalidad perseguida por tal diferenciación” (SSTC 59/2008, FJ 7; 45/2009, FJ 4). a) Según decíamos en la STC 45/2009, FJ 4, “el análisis de razonabilidad de la diferenciación ha de comenzar por el de la legitimidad del fin de la norma”. Como reseñábamos en la STC 59/2008 (FJ 8), de la lectura de la exposición de motivos y del articulado de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género, que es la ley orgánica que introduce en el Código penal el precepto ahora cuestionado, se infiere que la misma “tiene como finalidad principal prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer en tal contexto; su pretensión así es la de proteger a la mujer en un ámbito en el que el legislador aprecia que sus bienes básicos (vida, integridad física y salud) y su libertad y dignidad mismas están insuficientemente protegidos. Su objetivo es también combatir el origen de un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y de hacerlo con distintas clases de medidas, entre ellas las penales”. “A partir de esta constatación, ‘tanto en lo que se refiere a la protección de la vida, la integridad física, la salud, la libertad y la seguridad de las mujeres, que el legislador entiende como insuficientemente protegidos en el ámbito de las relaciones de pareja, como en lo relativo a la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito, que es una lacra que se imbrica con dicha lesividad, es palmaria la legitimidad constitucional de la finalidad de la ley, y en concreto del precepto penal ahora cuestionado, y la suficiencia al respecto de las razones aportadas por el legislador (FJ 8)’”. b) El segundo análisis de igualdad enunciado se refiere a la funcionalidad de la diferenciación cuestionada para la legítima finalidad perseguida, que se producirá si resulta razonable el entendimiento del legislador de que concurre un mayor desvalor en las coacciones del hombre hacia quien es o fue su mujer que en cualesquiera otras en el ámbito de la relación de quienes son o fueron pareja afectiva, y que, más en general, en cualesquiera otras en el ámbito de las relaciones a las que se

refiere el artículo 173.2 CP (relaciones familiares y de guarda y custodia en centros públicos o privados). Si es razonable la apreciación de que tal mayor desvalor concurre en las primeras conductas, también lo es la de que debe imponerse una pena mayor para prevenirlas. Y, como afirmamos en la STC 59/2008, “no resulta reprochable el entendimiento legislativo referente a que una agresión supone un daño mayor en la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta cultural —la desigualdad en el ámbito de la pareja— generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota así consciente y objetivamente a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto. Por ello, cabe considerar que esta inserción supone una mayor lesividad para la víctima: de un lado, para su seguridad, con la disminución de las expectativas futuras de indemnidad, con el temor a ser de nuevo agredida; de otro, para su libertad, para la libre conformación de su voluntad, porque la consolidación de la discriminación agresiva del varón hacia la mujer en el ámbito de la pareja añade un efecto intimidatorio a la conducta, que restringe las posibilidades de actuación libre de la víctima; y además para su dignidad, en cuanto negadora de su igual condición de persona y en tanto que hace más perceptible ante la sociedad un menosprecio que la identifica con un grupo menospreciado.

No resulta irrazonable entender, en suma, que en la agresión del varón hacia la mujer que es o fue su pareja se ve peculiarmente dañada la libertad de ésta; se ve intensificado su sometimiento a la voluntad del agresor y se ve peculiarmente dañada su dignidad, en cuanto persona agredida al amparo de una arraigada estructura desigualitaria que la considera como inferior, como ser con menores competencias, capacidades y derechos a los que cualquier persona merece” [FJ 9 a); también, STC 45/2009, FJ 4]. c) Tampoco cabe apreciar que la diferencia en las consecuencias jurídicas de las normas comparadas entrañe una desproporción que conduzca por esta vía a la inconstitucionalidad *ex principio* de igualdad del artículo cuestionado. Frente a la pena del artículo 172.2 CP, que consiste en “prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años”, cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 CP la pena será de “localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días” (artículo 620, párrafo 3 CP). No es irrelevante que esta última pena responda a la catalogación del hecho como falta, y que la misma abra la puerta a la posibilidad de nuevas diferencias en el régimen de consecuencias jurídicas subsiguiente a la responsabilidad penal probable o firme. Y así, no podrá ser causa en principio de una detención (artículo 495 de la Ley de enjuiciamiento criminal: LECrim) ni de una medida de prisión provisional (arts. 502 y ss. LECrim); el plazo de suspensión de la pena es menor (artículo 80.2 CP) y tal suspensión no podrá quedar condicionada al cumplimiento de obligaciones adicionales (art. 83.1 CP); puede interpretarse que su comisión no obsta a la suspensión de otra pena privativa de libertad (artículo 81.1 CP) ni quiebra la condición básica de una suspensión vigente (artículo 84.1 CP); no comporta penas accesorias (arts. 56 y 57 CP); frente al delito de coacciones leves, no computa a efectos de reincidencia en un futuro delito de coacciones (artículo 22.8 CP). Como afirmamos en la STC 45/2009, “[n]o nos corresponde evaluar la entidad en sí de estas diferencias directas o potenciales, ni su oportunidad, sino sólo, en el marco del juicio constitucional de igualdad que se nos solicita, analizar si las mismas convierten en desproporcionada la diferenciación normativa que hemos declarado en principio como no irrazonable, y si deparan

con ello un juicio negativo de la norma ex artículo 14 CE” (FJ 4). Y ciertamente merece ser subrayada la diferenciación punitiva que se produce entre los supuestos comparados. Por la notoria diferencia de los marcos penales iniciales y por el hecho de que frente a la consideración como delito de la coacción leve del varón a la mujer que es o fue su pareja afectiva (art. 172.2 CP) se califique como falta la coacción leve hacia persona vinculada con el autor por alguna de las relaciones familiares, de guarda o de custodia a las que se refiere el artículo 173.2 CP (art. 620, párrafo 3 CP), con la significativa levedad comparativa que esta calificación como falta supone tanto en el reproche social como, según se ha anotado ya, en consecuencias jurídicas derivadas de la pena o relacionadas con la misma. Es notorio que, en comparación a lo que sucede con las faltas, la imputación a título de delito comporta un sometimiento al procedimiento penal que puede resultar especialmente gravoso, y que ya dicha imputación, pero sobre todo la condena como autor o partícipe de un delito, puede incidir en la consideración social de la persona afectada, que queda de facto sometido a cierto riesgo de estigmatización. Como en la STC 45/2009 en relación con el delito de amenazas leves sin armas, a pesar de esta notable diferencia punitiva entre la coacción en los casos que el legislador denomina como propios de violencia de género (los del art. 172.2, párrafo 1 CP) y el resto de las coacciones leves que puedan darse en el seno de la pareja, dicha diferencia no convierte “en inconstitucional ex artículo 14 CE el precepto cuestionado por la desproporción de las consecuencias de una diferenciación que en sí ya hemos calificado de razonable. Conviene recordar una vez más que es éste un juicio de constitucionalidad, que es el único que nos compete, y que el mismo nada dice acerca de la oportunidad de la norma ni de su calidad, ni siquiera en términos de axiología constitucional” (FJ 4).

Esta conclusión se sustenta, en primer lugar, en las finalidades de la diferenciación, que, conviene recordarlo, son la protección de la libertad de las mujeres, “que el legislador entiende como insuficientemente protegida en el ámbito de las relaciones de pareja”, y “la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito” (STC 59/2008, FJ 8). Y atiende también, en segundo lugar, al complejo y flexible sistema de determinación de la pena correspondiente al delito del artículo 172.2 CP, que permite bien la elusión de la imposición de la pena de prisión, bien su rebaja en un grado, y que hace con ello que se reduzca la diferenciación punitiva expuesta. Así, ha de tenerse en cuenta que la pena de prisión es alternativa a la de trabajos en beneficio de la comunidad, y que por lo tanto el órgano judicial puede decidir no imponer privación de libertad alguna. Y ha de repararse en que la pena del artículo 172.2 CP puede ser la inferior en grado “en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho” (párrafo cuarto), con lo que la pena alcanzaría un mínimo de tres meses de prisión y de la mitad de los treinta y un días de trabajos en beneficio de la comunidad (artículo 70, 1 y 2 CP). Es preciso señalar, en fin, en esta valoración constitucional de las distintas consecuencias de los supuestos diferenciados, que el párrafo segundo del artículo 172.2 CP impone la misma pena “al que de modo leve coaccione a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”, con lo que se equiparan punitivamente a las coacciones leves del varón hacia quien es o fue su pareja femenina ciertas otras coacciones leves en el seno de tales relaciones: las que reciba una persona especialmente vulnerable (hombre o mujer) que conviva con el autor o con la autora.

5. En el marco de la argumentación de la duda de igualdad, aluden también los Autos de cuestionamiento a la posible oposición del primer párrafo del artículo 172.2 CP al valor de la dignidad de la persona en cuanto que presumiría que “la mujer es en cualquier caso persona especialmente vulnerable” y el hombre “un maltratador nato”. Tampoco puede ser acogida esta objeción de constitucionalidad porque no cabe aco-

ger su presupuesto. El precepto cuestionado no cataloga a la mujer como persona especialmente vulnerable, ni presume que lo sea. Y tampoco contiene consideración alguna acerca de la mayor agresividad de los hombres o de ciertos hombres. Procede, simple y no irrazonablemente, a apreciar la especial gravedad de ciertos hechos “a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad” (STC 59/2008, FJ 9; STC 81/2008, de 17 de julio, FJ 5).

6. De un modo mucho más breve enuncia el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete una segunda duda, que rotula como de “presunción de inocencia, conectado con el principio de culpabilidad” (artículo 24.2 CE), y que se sustenta, en esencia, en que el legislador presumiría que la violencia del varón hacia la mujer que es o fue su pareja constituye una manifestación de discriminación. Este presupuesto no es aceptable: “el legislador no presume un mayor desvalor en la conducta descrita de los varones ... a través de la presunción de algún rasgo que aumente la antijuridicidad de la conducta o la culpabilidad de su agente. Lo que hace el legislador, y lo justifica razonablemente, es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas” (SSTC 59/2008, FJ 11; 81/2008, FJ 4). En este marco de análisis de la compatibilidad del precepto con el principio de culpabilidad, tampoco cabe asumir la alegación, inserta en la duda sobre el principio de igualdad, relativa a que la medida penal cuestionada es propia de un “Derecho penal de autor”. Que en el supuesto cuestionado que tipifica el primer párrafo del artículo 172.2 CP el legislador haya apreciado razonablemente un desvalor añadido, porque el autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y porque dota así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa, no comporta en absoluto que se esté sancionando al sujeto activo por lo que es, o por ser varón, sino “por el especial desvalor de su propia y personal conducta: por la consciente inserción de aquélla en una concreta estructura social a la que, además, él mismo, y solo él, coadyuva con su violenta acción” (STC 59/2008, FJ 11).

7. La tercera y cuarta dudas planteadas por los Autos se refieren respectivamente a la vulneración del artículo 25.1 y a la del artículo 9 CE. La primera de ellas se refiere a la indeterminación de la pena referida al lapso (“hasta cinco años”) en que puede imponerse la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, “cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz”. No se entiende, ni nada se alega al respecto, en qué consiste la indeterminación de un marco penal que tiene un mínimo, consistente en la falta de imposición de la pena, y un máximo, concretado en cinco años (STC 81/2008, FJ 2). Tampoco resulta apreciable, en segundo lugar, la contrariedad del precepto cuestionado con el artículo 9.2 CE. Como advertíamos ya en la STC 81/2008, el que supuestamente el nuevo precepto penal no pueda encontrar amparo en la promoción de la igualdad a la que se refiere el mandato constitucional no comportaría por ello una vulneración del mismo (STC 81/2008, FJ 2).

8. El último bloque de la argumentación que sostiene las dudas de constitucionalidad del primer párrafo del artículo 172.2 CP se refiere a su compatibilidad con el principio de proporcionalidad penal, que los Autos de cuestionamiento derivan de los arts. 9.3, 17.1 y 25.1 CE. Este juicio de proporcionalidad no compara las consecuencias de los supuestos diferenciados, análisis propio del juicio de igualdad [supra FJ 4 c)], sino que tiene como referentes los beneficios y costes de la norma cuestionada en términos de axiología constitucional.

Procede recordar que este juicio “debe partir en esta sede de la potestad exclusiva del legislador para configurar 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”, y que en esta configuración, que supone “un complejo juicio de oportunidad”, el legislador goza de un amplio margen de libertad. El juicio que procede en esta sede jurisdiccional “debe ser por ello muy cauteloso. Se limita a verificar que la norma penal no produzca un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho”. Cabe afirmar la proporcionalidad de una reacción penal cuando la norma persiga “la preservación de bienes o intereses que no estén constitucionalmente proscritos ni sean socialmente irrelevantes”, y cuando además la pena sea “instrumentalmente apta para dicha persecución”, necesaria y proporcionada en sentido estricto. “Desde la perspectiva constitucional sólo cabrá calificar la norma penal o la sanción penal como innecesarias cuando, a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador ... Y sólo cabrá catalogar la norma penal o la sanción penal que incluye como estrictamente desproporcionada cuando concurra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa” (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 23; también, SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FFJJ 6 y ss.; 161/1997, de 2 de octubre, FFJJ 9 y ss.; AATC 233/2004, de 7 de junio, FJ 3; 332/2005, de 13 de septiembre, FJ 4).⁹ La fundamentación de los Autos de cuestionamiento sustenta la desproporción de la pena en tres argumentos:

a) El primero se refiere al juicio de necesidad y sostiene que sería suficiente desde un punto de vista preventivo la punición como falta de todas las coacciones leves. Con independencia de que lo determinante no es la calificación del ilícito, sino la cantidad y la calidad de la sanción, es lo cierto que frente a la justificación legislativa de “la especial incidencia” que tienen “las agresiones sobre las mujeres” en “la realidad española” (exposición de motivos I de la Ley Orgánica 1/2004), y entre ellas las constitutivas de violencia de género en el ámbito de la pareja, los Autos no exteriorizan los razonamientos lógicos o los datos empíricos no controvertidos que abonarían una “funcionalidad manifiestamente similar” de una pena más leve (por todas, STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 11).

b) Los otros dos argumentos se refieren al análisis de proporcionalidad estricta. El primero repara en la diversidad y en la diversa gravedad de las coacciones, de modo que la pena que asigna el párrafo primero del artículo 172.2 CP para todas las coacciones leves allí descritas (del varón a la mujer que es o fue su pareja afectiva) depararía un exceso para las menos reprochables, que se acercan a lo socialmente aceptable. El segundo argumento de desproporción estricta toma como referencia comparativa la pena significativamente inferior que merecen las coacciones leves entre los sujetos vinculados por otras relaciones familiares y de guardia y custodia descritos en el artículo 173.2 CP.

Ninguno de los dos argumentos puede prosperar hacia la declaración de inconstitucionalidad de la pena por desproporción. En primer lugar, porque orillan el desvalor específico de las coacciones descritas en el precepto cuestionado, que hace que puedan no reputarse nunca como banales y que puedan merecer un reproche penal mayor y diferenciado que las que se producen en cualesquiera otro tipo de relaciones. Procede recordar una vez más que resulta razonable la apreciación por parte del legislador de un desvalor añadido en las coacciones tipificadas en el párrafo primero del artículo 172.2 CP a partir de “su significado social objetivo y de su lesividad peculiar

para la seguridad, la libertad y la dignidad de las mujeres” (SSTC 59/2008, FJ 12; 45/2009, FJ 8). Este desvalor mayor es el que justifica una pena mayor y el que hace también que quepa incluso considerar que en las circunstancias que describe el precepto las coacciones leves no alcanzan nunca la liviandad propia de las faltas. Debe reseñarse además, en segundo lugar que la argumentación de los Autos se orienta en realidad a evaluar la calidad de la norma pero no su inconstitucionalidad a partir de los parámetros establecidos por la jurisprudencia constitucional, que, como ya se ha referido, centran la interdicción en la idea del “desequilibrio patente y excesivo”. Descartado pues que el párrafo primero del artículo 172.2 CP se oponga al principio de igualdad en la Ley (FFJJ 3 a 5) o al principio de culpabilidad (FJ 6), o que su pena sea indeterminada (FJ 7), tampoco cabe ahora apreciar que la misma suponga un tratamiento desproporcionado del derecho a la libertad, por lo que la cuestión planteada debe ser desestimada.»

(STC 127/2009, de 26 de mayo. Cuestiones de inconstitucionalidad 7393/2006 y 3 más acumuladas. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas, quien formula voto particular. «BOE» 20-6-09).

ARTÍCULO 403

Delito de intrusismo como norma penal en blanco

«Forma parte, en efecto, del derecho a la legalidad sancionadora tanto la garantía de tipicidad de la conducta sancionada como la garantía de determinación de la norma sancionadora aplicada. El artículo 25.1 CE exige “no sólo la sujeción de la jurisdicción sancionadora a los dictados de las leyes que describen ilícitos e imponen sanciones, sino la sujeción estricta, impidiendo la sanción de comportamientos no previstos en la norma correspondiente pero similares a los que sí contempla”. Esta garantía de tipicidad “no es más que el reverso, el complemento y el presupuesto de la garantía de determinación que ha de preservar el legislador y, en su caso, la Administración, con normas ‘concretas, precisas, claras e inteligibles’ (STC 34/1996, de 11 de marzo, FJ 5)” (SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6; 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4). Se trata de una vertiente “cuya posible infracción debe ser igualmente fiscalizada en amparo”. Así, “la garantía material de *lex certa* integra asimismo el derecho a no ser sancionado en aplicación de una disposición imprecisa, por lo que el déficit de taxatividad ... encuentra un cauce idóneo en el recurso de amparo” (STC 283/2006, de 9 de octubre, FJ 6).

No atañe al derecho a la legalidad sancionadora, sin embargo, la falta de rango que ex artículo 36 CE pueda tener la norma que integre los tipos de intrusismo profesional. La invocación de una específica previsión constitucional al respecto, la del artículo 36 CE (“La ley regulará ... el ejercicio de las profesiones tituladas”), no convierte esta cuestión en una cuestión propia del artículo 25.1 CE. Así lo recordábamos en la STC 283/2006: se trata de una “cuestión que, por sí misma, es ajena al derecho fundamental concernido, por cuanto el mero hecho de que la norma de complemento aplicada para integrar la ley penal en blanco carezca de rango legal no incide en las garantías que acoge el artículo 25.1 CE. Baste recordar, a estos efectos, que, como reiteradamente hemos afirmado, ‘la reserva de ley que rige para las disposiciones penales no excluye la posibilidad de que éstas tengan remisiones a los reglamentos administrativos’ (STC 120/1998, de 15 de junio, FJ 3; en igual sentido, SSTC 24/2004, de 24 de febrero, FJ 3; 34/2005, de 17 de febrero, FJ 3)” (FJ 5).

(.../...)

Como afirmamos en nuestra STC 283/2006, de 9 de octubre, en relación con el tipo del delito de intrusismo, la conclusión de que estamos ante “una estructura de ley penal en blanco” está “avalada por la doctrina científica y la jurisprudencia del Tribunal Supremo” y “sostenida no sólo en el incuestionable carácter jurídico de los elementos a que remiten nociones como ‘título oficial’ o que ‘habilite legalmente para su ejercicio’, sino esencialmente debido a que el régimen español de las profesiones tituladas —materia que conforma el sustrato de regulación del delito de intrusismo y cuyos aspectos más esenciales (‘títulos oficiales’, ‘actos propios de una profesión’, etc.) son los que han de servir de complemento exegético al mismo— se configura como un sistema cerrado de reglamentación, con una consiguiente vinculación entre títulos y la actividad profesional correspondiente que, con mayor o menor concreción, debe ser legalmente determinada, tal como viene a establecer el artículo 36 CE al exigir que sea la ley la que regule el ejercicio de las profesiones tituladas. En esa medida, habrán de ser precisamente normas jurídicas las que determinen qué deban ser actos propios de una profesión para cuyo ejercicio habilite un título oficial” (FJ 7).»

(STC 181/2008, de 22 de diciembre. Recurso de amparo núm. 8581/2006. Ponente: D.^a María Emilia Casas Baamonde. «BOE» 24-1-09).

LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

ARTÍCULO 240

Motivación en la imposición de las costas procesales

«Este Tribunal se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la eventual vulneración del derecho que consagra el artículo 24.1 CE como consecuencia de un determinado pronunciamiento judicial en el que se decida sobre la imposición de las costas causadas en un proceso. Como criterio general, hemos reiterado que la cuestión relativa a la imposición de las costas procesales es un problema de legalidad ordinaria sin relevancia constitucional, cuyo enjuiciamiento corresponde en exclusiva a los Tribunales ordinarios (SSTC 131/1986, de 29 de octubre, FJ 3; 230/1988, de 1 de diciembre, FJ 1; 134/1990, de 19 de julio, FJ 5; 190/1993, de 14 de junio, FJ 4; 41/1994, de 15 de febrero, FJ 2; 46/1995, de 14 de febrero, FJ 3; 8/1999, de 8 de febrero, FJ 1; 191/2001, de 1 de octubre, FJ 6; 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 17; 25/2006, de 30 de enero, FJ 2, 107/2006, de 3 de abril, FJ 3; 261/2006, de 11 de septiembre, FJ 1; 53/2007, de 12 de marzo, FJ 4, y 120/2007, de 21 de mayo, FJ 2).

Como consecuencia de ello, la decisión acerca de la imposición de las costas del proceso no implicará, en principio, lesión alguna del derecho a la tutela judicial efectiva, sino ejercicio propio de la función que el órgano judicial tiene encomendada en el artículo 117.3 CE. La simple disconformidad con la corrección o acierto de la imposición de las costas procesales, o el hecho de que la decisión a que conduzca el razonamiento judicial sea contraria a las pretensiones del recurrente, no implica lesión del derecho fundamental que protege el artículo 24.1 CE, ni, como tantas veces se ha dicho, permite a este Tribunal su revisión cual si de una nueva y superior instancia

judicial se tratara (SSTC 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 17, y 107/2006, de 3 de abril, FJ 3, por todas).

Ahora bien, la competencia de los órganos de la jurisdicción ordinaria para decidir sobre la imposición de las costas del proceso no priva a este Tribunal Constitucional de la competencia para enjuiciar, a través del procedimiento de amparo, si la decisión judicial ha supuesto la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por incurrir en error patente, arbitrariedad o manifiesta irrazonabilidad, así como para analizar la posible vulneración del derecho fundamental por incongruencia de la resolución judicial de que se trate.

En relación con la motivación que debe acompañar a la adopción de pronunciamientos sobre costas procesales hemos distinguido aquellos casos en los que el sentido del pronunciamiento viene impuesto *ope legis*, de aquellos otros que son fruto de una decisión adoptada por el órgano judicial dentro del ámbito de arbitrio previsto por la norma.

En aquellos supuestos en los que la imposición, o no, de las costas procesales sea el resultado de una valoración del órgano judicial sobre las circunstancias particulares del caso o sobre la conducta procesal de las partes —temeridad o mala fe litigiosas—, el deber de motivar su decisión es una exigencia derivada de los arts. 24.1 y 120.3 CE. Ello no obsta para que, aun en estos casos, la motivación implícita pueda ser admitida cuando la razón del pronunciamiento sobre las costas del proceso pueda inferirse del conjunto y sentido de las argumentaciones utilizadas por el Tribunal para resolver las pretensiones de las partes (SSTC 131/1986, de 29 de octubre, FJ 4; 230/1988, de 1 de diciembre, FJ 1, y 107/2006, de 3 de abril, FJ 4).

En aquellos otros supuestos en los que, por el contrario, el legislador acoge la regla *victus victori* o del vencimiento objetivo, sin prever excepciones, no existe un margen de apreciación para que el órgano judicial decida por sí sobre la imposición de las costas, sino que, por imperativo legal, la única decisión que puede adoptar es la que la norma contempla. En estos casos no existe un deber de motivación sobre la imposición de las costas procesales que vaya más allá de la motivación necesaria para estimar o desestimar las pretensiones que constituyan el objeto del concreto proceso, de cuyo resultado es consecuencia inescindible la decisión sobre las costas causadas (*accessorium sequitur principale*).»

(STC 9/2009, de 12 de enero. Recurso de amparo núm. 1218/2006. Ponente: D.ª Elisa Pérez Vera. «BOE» 13-2-09).

LEY ORGÁNICA 2/1979, DE 3 DE OCTUBRE, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ARTÍCULO 44.1A)

Agotamiento de la vía judicial previa

«Este Tribunal ha venido señalando que la naturaleza interlocutoria de las resoluciones judiciales dictadas en el curso de un proceso no finalizado impide (cualquiera que sea el orden jurisdiccional en el que se adopten) el examen de la vulneración constitucional alegada en vía de amparo, debido al carácter subsidiario propio de este proceso (artículo 53.2 CE), de modo que sólo cuando se haya dado la oportunidad al

órgano judicial de examinar, resolver y, en su caso, reparar, la lesión denunciada, puede ésta ser examinada por este Tribunal Constitucional. No se trata propiamente del agotamiento de los concretos recursos previstos procesalmente contra la resolución en sí misma considerada, sino de la visión en su conjunto del proceso judicial previo, en el seno del cual cabría aún el planteamiento de la cuestión, por lo que el respeto a la naturaleza subsidiaria del amparo exige que se espere a que el proceso finalice por decisión firme sobre su fondo.

En lo que se refiere al proceso penal se ha venido manteniendo que en aquellos casos en los que el proceso aún no ha concluido por decisión que se pronuncie sobre la condena o absolución, e incluso en los que la celebración del juicio oral no ha tenido lugar, resulta prematura la invocación de lesiones que podrían ser examinadas ulteriormente en el curso del proceso. Así, hemos dicho en la STC 73/1999, de 26 de abril (FJ 2), que “según doctrina reiterada de este Tribunal no puede estimarse cumplido el requisito del agotamiento de la vía judicial previa que establece el artículo 44.1 a) LOTC cuando la queja se deduce frente a las resoluciones judiciales dictadas en el seno de un proceso penal que aún no ha finalizado, pues es necesario, en el respeto a la naturaleza subsidiaria propia del recurso de amparo, plantear dicha cuestión y dar posibilidad a los órganos judiciales de pronunciarse sobre tales vulneraciones antes de acudir en petición de amparo ante este Tribunal (SSTC 32/1994, 147/1994, 196/1995 y 63/1996; y ATC 168/1995, entre otros muchos). El marco natural en el que ha de intentarse la reparación del derecho constitucional vulnerado por la actuación del órgano jurisdiccional es el mismo proceso judicial previo, de tal modo que, en principio, sólo cuando éste haya finalizado por haber recaído una resolución firme y definitiva puede entenderse agotada la vía judicial y, consecuentemente, es posible acudir ante este Tribunal en demanda de amparo (SSTC 32/1994 y 147/1994)”. En el mismo sentido se pronuncian las SSTC 121/2000, de 10 de mayo, FJ 2; 270/2000, de 13 de noviembre, FJ 3; 236/2001, de 18 de diciembre, FJ 2; y 100/2002, de 6 de mayo, FJ 3.

Este entendimiento de la subsidiariedad del recurso de amparo nos ha llevado en diversas ocasiones a apreciar que la vía judicial estaba ya agotada cuando, sin haber concluido el proceso judicial, el seguimiento exhaustivo del itinerario procesal previo implicaría una injustificada perpetuación en el tiempo de la lesión del derecho fundamental o se consumiría definitivamente la violación, haciéndose imposible o dificultándose gravemente el restablecimiento *in integrum* por este Tribunal Constitucional del derecho fundamental vulnerado. Así lo hemos entendido en relación con aquellas resoluciones que, por referirse a la situación personal del encausado, pueden afectar de manera irreparable a la libertad personal del mismo (STC 247/1994, de 19 de septiembre) o, incluso, si se habían acordado simplemente medidas cautelares no privativas sino restrictivas de la libertad personal (STC 236/2001, de 18 de diciembre, FJ 2). Otro supuesto que venimos admitiendo acontece cuando se produce un efecto actual o inmediato de la lesión denunciada; en las SSTC 161/1995, de 7 de noviembre; 27/1997, de 11 de febrero; y 18/2000, de 31 de enero —dimanantes de recursos de amparo por infracción del derecho al Juez legal (artículo 24.2 CE) en que se reclamaba la actuación de la jurisdicción ordinaria frente a la jurisdicción militar— así lo apreciamos por cuanto se trataba de una infracción actual, entendida como aquella que “hace sentir sus efectos de inmediato —en todos y cada uno de los actos que lleve a cabo el juez— y por ello ha de ser denunciada cuando se produce y no cuando recae resolución que pone fin al proceso”; y ello, por cuanto, “obligar al particular a agotar la vía judicial ordinaria produciría una injustificada perpetuación en el tiempo de la lesión de su derecho fundamental o se consumiría definitivamente la violación, haciéndose imposible o dificultándose gravemente el restablecimiento *in integrum*

por el Tribunal Constitucional del derecho fundamental vulnerado”. A los anteriores se suman los supuestos de resoluciones interlocutorias que infrinjan derechos fundamentales de carácter material (así, STC 27/1997, de 11 de febrero). Por su parte, la STC 71/1988, de 19 de abril, apreció que se había vulnerado el derecho de defensa por las resoluciones judiciales que denegaron el nombramiento de un intérprete solicitado por Abogado de oficio, pese a que el procedimiento penal en el que se dictaron tales resoluciones se encontraba en fase de instrucción; incluso suspendimos cautelarmente la tramitación de la causa penal (ATC 884/1987, de 8 de julio). Posteriormente, la STC 129/1993, de 19 de abril, apreció también la vulneración del derecho de defensa como consecuencia de no haber sido informado el recurrente de su condición de imputado y de los derechos que como tal le asistían, pese a que el juicio oral no había tenido lugar y cuya celebración suspendió el ATC 338/1990, de 29 de noviembre. En la STC 23/2008, de 11 de febrero (FJ 2), en la que señalamos que también “la revocación de una sentencia penal absolutoria habilitando la posibilidad de un nuevo enjuiciamiento constituye en sí misma gravamen suficiente para interponer el recurso de amparo, pues el contenido propio de este derecho es la prohibición del doble enjuiciamiento con independencia del resultado favorable o desfavorable del mismo (por todas, STC 4/2004, de 16 de enero, FJ 2)” y que “en casos de anulación de sentencias absolutorias con retroacción de actuaciones se puede o bien impugnar en amparo directamente dicha decisión, sin incurrir en falta de agotamiento, o bien esperar a que se dicte la nueva decisión por si la misma fuera absolutoria, sin incurrir en extemporaneidad (STC 149/2001, de 27 de julio)”.

(STC 76/2009, de 23 de marzo. Recurso de amparo 6905/2006. Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, «BOE» 27-4-09).

Agotamiento de la vía judicial previa. Incidente de nulidad de actuaciones

«Hemos declarado en distintas ocasiones que la indebida prolongación de la vía judicial previa por causa de la interposición de un recurso no autorizado por la Ley puede ocasionar la extemporaneidad del recurso de amparo por prórroga indebida del plazo establecido en el artículo 44.2 LOTC. Pero para que dicha consecuencia se produzca, este Tribunal ha venido exigiendo que la improcedencia del recurso sea evidente, esto es, comprobable *prima facie* sin intervención de dudas interpretativas que sea necesario despejar por medio de criterios no absolutamente indiscutibles, ya que el respeto debido al derecho de la parte a utilizar cuantos recursos considere útiles para la defensa de sus intereses impide exigirle que se abstenga de emplear aquellos cuya improcedencia sea razonablemente dudosa y, en consecuencia, que asuma el riesgo de incurrir en una falta de agotamiento de la vía judicial previa (entre otras muchas, STC 135/2007, de 4 de junio, FJ 4; y las que en ella se citan). De este modo, es doctrina consagrada que debe permitirse la utilización de cuantos recursos se consideren útiles para la defensa de los intereses de las partes, “siempre que no se vislumbre en ello una intención meramente dilatoria o defraudadora del carácter preclusivo y perentorio del plazo para demandar en amparo” (así, SSTC 352/1993, de 29 de noviembre, FJ 2; 122/1996, de 8 de julio, FJ 3; 267/2000, de 13 de noviembre, FJ 2; 131/2004, de 19 de julio, FJ 2; 77/2005, de 4 de abril, FJ 2; y 233/2005, de 26 de septiembre, FJ 2).

Específicamente en relación con la formulación del incidente de nulidad de actuaciones regulado actualmente en el artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), hemos tenido ocasión de afirmar en ocasiones precedentes que

cuando, pese a ser interpuesto de modo que pudiera resultar dudoso con su regulación legal, es admitido a trámite, analizado y resuelto por el órgano judicial, debe rechazarse este óbice procesal si la demanda de amparo se presenta ante este Tribunal dentro del plazo previsto en el artículo 44.2 LOTC, contado a partir de la fecha en la que los órganos judiciales dieron por agotada la vía judicial al desestimar el incidente de nulidad de actuaciones (SSTC 148/2003, de 14 de julio, FJ 2; 20/2004, de 23 de febrero, FJ 3; 131/2004, de 19 de julio, FJ 3; 85/2005, de 18 de abril, FJ 2; 127/2005, de 23 de mayo, FJ 2; 246/2005, de 10 de octubre, FJ 2; y 47/2006, de 13 de febrero, FJ 2).»

(STC 76/2009, de 23 de marzo. Recurso de amparo 6905/2006. Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, «BOE» 27-4-09).

ARTÍCULO 49.1, *IN FINE*

Justificación en la demanda de la especial trascendencia constitucional

«Con carácter previo al análisis de la queja de la demandante habremos de considerar la alegación de carácter procesal efectuada por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, para quien la demanda de amparo no se ajustaría a lo preceptuado por el artículo 49 LOTC, al no justificar la especial trascendencia constitucional del recurso.

Tal exigencia, sin embargo, no puede ser aplicada a la presente demanda de amparo. La necesidad de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso fue introducida en el artículo 49 LOTC por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, que entró en vigor el día 26 de mayo de 2007, día siguiente al de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”, conforme ordena su disposición final segunda. La disposición transitoria tercera de la propia Ley Orgánica establece que “la admisión e inadmisión de los recursos de amparo cuya demanda se haya interpuesto antes de la vigencia de esta Ley Orgánica se regirá por la normativa anterior”. En consecuencia, es claro que el requisito de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo no resulta exigible a una demanda presentada en el Juzgado de guardia el día 14 de junio de 2006 y registrada en este Tribunal el siguiente día 16.»

(STC 146/2008, de 10 de noviembre. Recurso de amparo núm. 6453/2006. Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. «BOE» 12-12-08).

«Por lo que respecta al novedoso requisito de tener que acreditarse la especial trascendencia constitucional del recurso, introducido por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, hemos dicho recientemente en Auto 188/2008, de 21 de julio, dictado por la Sala Primera de este Tribunal, FJ 1, que el mismo configura una ineludible exigencia impuesta por el artículo 49.1 *in fine* LOTC, cuya naturaleza sustantiva se refleja en la expresión “en todo caso” empleada por el precepto. Que, sin embargo, aunque imprescindible no basta con la mención en la demanda de amparo de esta expresión legal, dedicando a la misma una argumentación específica, pues una vez verificada su constancia procederá “la apreciación por parte de este Tribunal, atendiendo a los criterios señalados por el artículo 50.1 b) LOTC acerca de si, cumplida aquella exigencia por el recurrente, el recurso de amparo reviste efectivamente una especial trascendencia constitucional que justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional”.

Se trata, además, de un requisito que no cabe confundir con el de la propia fundamentación de la lesión constitucional denunciada, de modo que “la carga de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo es algo distinto a razonar la existencia de la vulneración de un derecho fundamental por la resolución impugnada”. Esta última, ya antes de la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, implicaba y sigue implicando hoy “un presupuesto inexcusable en cualquier demanda de amparo y a esa exigencia se refiere el inciso inicial del artículo 49.1 LOTC cuando establece, como contenido de la demanda, la exposición clara y concisa de los hechos que la fundamentan y la cita de los preceptos constitucionales que se estimen infringidos, fijando con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado” (ATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 2). Lo que, insistimos, resulta distinto a tener que justificar expresamente la especial trascendencia constitucional del recurso, “sin que corresponda a este Tribunal reconstruir de oficio la demanda cuando el recurrente incumpla la carga de argumentación que sobre él recae en orden a justificar esa especial trascendencia constitucional que, a su juicio, reviste el recurso de amparo que ha interpuesto” (ATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 2).

3. Importa asimismo considerar que el incumplimiento de la exigencia a la que ahora nos referimos vicia a la demanda de amparo de un defecto insubsanable que conduce a su inadmisión *a limine*. La propia naturaleza y la función que cumple la carga establecida en el inciso final del artículo 49.1 LOTC impide considerar la falta de justificación de la especial trascendencia constitucional del recurso dentro de los supuestos de subsanabilidad del artículo 49.4 LOTC. En tal sentido este Tribunal Constitucional ha reiterado en múltiples ocasiones la importancia que tiene la demanda de amparo como escrito rector para acotar, definir y delimitar la pretensión y, por tanto, la resolución del recurso de amparo (por todas, STC 7/2008, de 21 de enero, FJ 1). En relación con ello, por un lado, y en referencia a las exigencias de precisión y claridad contenidas en el primer inciso del artículo 49.1 LOTC, se ha destacado que no cabe considerar que representen meros formalismos, ya que están justificadas por la necesidad de “proporcionar los elementos necesarios para la formulación del juicio que corresponde hacer a este Tribunal” (STC 82/1995, de 5 de junio, FJ 5); y, por otro, se ha advertido reiteradamente que no puede exigirse de este Tribunal que integre los defectos argumentales de la demanda de amparo (por todas, STC 143/1994, de 9 de mayo, FJ 5), “toda vez que quien impetra el amparo constitucional no solamente ha de abrir la vía para que este Tribunal pueda pronunciarse sobre las vulneraciones de la Constitución que se aleguen, sino que además ha de proporcionar la fundamentación fáctica y jurídica que razonablemente cabe esperar, y que se integra en el deber de colaborar con la jurisdicción constitucional, sin que le corresponda a este Tribunal suplir los razonamientos de las partes, ni reconstruir la demanda de oficio cuando el demandante ha desatendido la carga de argumentación que pesa sobre él” (STC 76/2007, de 16 de abril, FJ 5)» (ATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 3).

Tratándose así de una exigencia inexcusable, en cuanto “requisito de orden sustantivo cuyo cabal cumplimiento se conecta con la mejor ordenación, en su conjunto, del recurso de amparo tal como resulta de la reforma introducida por Ley Orgánica 6/2007” (ATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 3), la omisión de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso se traduce en defecto insubsanable de la demanda, lo que impide la apertura del trámite de subsanación del artículo 49.4 LOTC o la subsanación por propia iniciativa del recurrente. “Entender lo contrario supondría, además, desconocer que la interposición del recurso de amparo está sujeta a plazos de caducidad preclusivos, que no pueden ser reabiertos para dar cumplimiento

a un requisito que afecta directamente a la determinación misma de la pretensión deducida en el recurso de amparo” (ATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 3).

La subsanabilidad del artículo 49.4 LOTC se conecta más bien a requisitos formales como la falta de aportación de documentos o de consignación de determinados datos en la demanda de amparo, pero “no es posible extenderla al contenido de las alegaciones que sustentan aquella pretensión, porque constituyen su sustrato material y ello trastocaría los principios generales del proceso y las garantías de su seguridad jurídica, que quedarían gravemente dañados si se abriera la posibilidad de que las argumentaciones que habían de conducir a la misma admisión a trámite pudieran ser introducidas *ex novo* posteriormente a la presentación de la demanda. Y ello aún con mayor motivo en el actual recurso de amparo dados el significado y cometido que le otorga la nueva regulación legal, que tiene como característica más distintiva la necesidad de que exista una «especial trascendencia constitucional» en el asunto planteado para que este Tribunal pueda conocer del mismo» (ATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 3).»

(STC 289/2008, de 22 de septiembre.)

ARTÍCULO 50

Supuestos en los que debe apreciarse que existe una especial trascendencia constitucional

«Este Tribunal estima conveniente, dado el tiempo transcurrido desde la reforma del recurso de amparo, avanzar en la interpretación del requisito del artículo 50.1 b) LOTC. En este sentido considera que cabe apreciar que el contenido del recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional en los casos que a continuación se refieren, sin que la relación que se efectúa pueda ser entendida como un elenco definitivamente cerrado de casos en los que un recurso de amparo tiene especial trascendencia constitucional, pues a tal entendimiento se opone, lógicamente, el carácter dinámico del ejercicio de nuestra jurisdicción, en cuyo desempeño no puede descartarse a partir de la casuística que se presente la necesidad de perfilar o depurar conceptos, redefinir supuestos contemplados, añadir otros nuevos o excluir alguno inicialmente incluido.

Tales casos serán los siguientes: a) el de un recurso que plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional, supuesto ya enunciado en la STC 70/2009, de 23 de marzo; b) o que dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, como acontece en el caso que ahora nos ocupa, o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el artículo 10.2 CE; c) o cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general; d) o si la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución; e) o bien cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción

ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros; f) o en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional (artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ); g) o, en fin, cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios.»

(STC 155/2009, de 25 de junio. Recurso de amparo avocado al Pleno núm. 7329/2008. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas. «BOE» 30-7-09).

LEY 4/1985, DE 21 DE MARZO, DE EXTRADICIÓN PASIVA

Inexistencia de cosa juzgada material en las Sentencias de extradición

«Constituye reiterada doctrina de este Tribunal que el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24.1 CE protege y garantiza la eficacia de la cosa juzgada material, tanto 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 resolución que haya adquirido firmeza, como en su aspecto negativo o excluyente de nuevos pronunciamientos judiciales con idéntico objeto procesal al ya decidido en resolución firme. El desconocimiento de tal efecto de cosa juzgada material por parte de los Tribunales implicaría privar de eficacia a lo que se decidió con firmeza en el proceso, lesionándose así la paz y seguridad jurídicas de quien se vio protegido judicialmente por una resolución dictada en un proceso anterior entre las mismas partes (por todas, SSTC 15/2002, de 28 de enero, FJ 3; 156/2002, de 23 de julio, FJ 3; 83/2006, de 13 de marzo, FJ 2). Ahora bien, este Tribunal también ha declarado que la determinación del alcance que quepa atribuir a la cosa juzgada constituye una cuestión que corresponde a la estricta competencia de los órganos judiciales, por lo que sus decisiones en esta materia sólo son revisables en sede constitucional si resultan incongruentes, arbitrarias, irrazonables o están incursas en error patente (SSTC 15/2002, de 28 de enero, FJ 3; STC 156/2002, de 23 de julio, FJ 3; 204/2003, de 1 de diciembre, FJ 3; 83/2006, de 13 de marzo, FJ 3; 177/2006, de 5 de junio, FJ 3).

La traslación de esta doctrina a los procesos de extradición y euroorden tiene algunas peculiaridades. En primer lugar, conviene recordar que “la competencia para interpretar la legalidad aplicable en materia de extradición y euroorden es de la jurisdicción ordinaria, por lo que a los órganos judiciales corresponde precisar, en primer lugar, si las resoluciones dictadas en materia extradicional tienen o carecen de efecto de cosa juzgada material. A este Tribunal Constitucional corresponde, tan sólo, revisar conforme a un control externo y negativo, si la fundamentación exteriorizada por la Audiencia Nacional ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 CE), de conformidad con el canon reforzado que este Tribunal utiliza cuando la cuestión de fondo sobre la que se proyecta la tutela se conecta con

otros derechos fundamentales del recurrente” (SSTC 83/2006, de 13 de marzo, FJ 3; 293/2006, de 10 de octubre, FJ 3). En segundo lugar, y en atención a la naturaleza del proceso extradicional, en el que simplemente se verifica el cumplimiento de requisitos y garantías previstos en las normas para acordar la entrega del sujeto afectado (por todas, SSTC 156/2002, de 23 de julio, FJ 3; 83/2006, de 13 de marzo, FJ 3), hemos afirmado que las resoluciones que resuelven los procesos de extradición no producen, en principio, el efecto de cosa juzgada y, por lo tanto, pueden “en determinados supuestos” ser sustituidas por otras (SSTC 227/2001, de 26 de noviembre, FJ 5; 156/2002, de 23 de julio, FJ 3; 83/2006, de 13 de marzo, FJ 3; 177/2006, de 5 de junio, FJ 3; 293/2006, de 10 de octubre, FJ 3).

La precisión de esta doctrina en cuanto a cuáles son los supuestos en que se excluye el efecto de cosa juzgada nos ha llevado a afirmar que su aplicación “ha de ser modulada en atención a las circunstancias del caso concreto, pues la cuestión podría recibir diferente respuesta en función de cuál fuera la ratio decidendi sobre la que se hubiera fundado la denegación de la entrega del reclamado en el primer proceso extradicional cuyo efecto de cosa juzgada se discute. En este sentido, la propia formulación de la doctrina de este Tribunal en las citadas Sentencias establece la posibilidad de que puedan producirse excepciones al principio expuesto, admitiendo, sensu contrario, que ‘en determinados supuestos’ las resoluciones que resuelven los procedimientos de extradición no puedan ser sustituidas por otras” (STC 83/2006, de 13 de marzo, FJ 3; en el mismo sentido STC 293/2006, de 10 de octubre, FJ 3).

Y así, la STC 83/2006, de 13 de marzo, FJ 3, precisa que en la STC 227/2001, de 26 de noviembre, FJ 5, la ratio decidendi de la denegación había sido la anulación de las resoluciones de la Audiencia Nacional que acordaban la entrega, por lo que se dejaba imprejuzgada la cuestión de la procedencia de la extradición; y que en la STC 156/2002, de 23 de julio, FJ 4, este Tribunal sostuvo que no existía vulneración al entender la Audiencia que no existía el efecto de cosa juzgada “porque no se había examinado en cuanto al fondo la anterior petición de extradición y el Estado reclamado había modificado la causa de pedir, esto es, el título extradicional en el que se fundó la nueva petición de extradición”. Y concluye en el caso por ella analizado que la ratio decidendi del primer Auto denegatorio de la extradición era la ausencia de reciprocidad, por lo que no puede considerarse infundado sostener la ausencia de cosa juzgada, dado que el principio de reciprocidad “no tiene, ciertamente, conexión directa con las causas de denegación de la extradición, legales o constitucionales, referidas a las condiciones procesales y materiales de la causa penal que fundamenta la solicitud de extradición o entrega. Por lo demás, el ciudadano involucrado en tal decisión, sustentada en la ausencia de reciprocidad, no posee una expectativa legítima acerca de la intangibilidad de la primera decisión, cuya defraudación pudiera venir a quebrantar la seguridad jurídica y vulnerar, con ello, el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24.1 CE”. Idénticos argumentos son utilizados en la STC 293/2006, de 10 de octubre, FJ 4.

En definitiva, si bien nuestra jurisprudencia admite que en determinados supuestos las resoluciones que deniegan una extradición pueden ser sustituidas por otras, también afirma que ello no es así en todo caso. Y que la clave para discriminar unos casos de otros está en el análisis de la ratio decidendi de la denegación en el primer proceso extradicional, diferenciando entre aquellas denegaciones fundadas en razones puramente formales o procedimentales no conectadas con las causas de denegación referidas a las condiciones procesales o materiales de la causa penal (que en principio no tienen efecto de cosa juzgada respecto de posteriores solicitudes de extradición o entrega), y aquellas que sí lo están (en las que sí podría concurrir tal efecto, pues estas

últimas sí pueden generar en el ciudadano expectativas legítimas de intangibilidad de la primera decisión).

Siendo así, a la hora de analizar la suficiencia de la motivación de las resoluciones judiciales que rechazan la existencia de cosa juzgada en este tipo de procesos conforme al canon de motivación reforzada al que antes se hizo referencia, este Tribunal ha de comprobar, en primer lugar, si las mismas toman en consideración las circunstancias del caso concreto y, fundamentalmente, si tienen en cuenta cuál fue la ratio decidendi sobre la que se fundó la inicial denegación de la entrega cuyo efecto de cosa juzgada se discute. Y a partir de ahí, habrá de analizarse si el razonamiento del órgano judicial es conforme a las pautas interpretativas anteriormente expuestas.»

(STC 120/2008, de 13 de octubre. Recurso de amparo núm. 9185/2006. Ponente: D. Manuel Aragón Reyes. «BOE» 31-10-08).

LEY ORGÁNICA 6/1985, DE 1 DE JULIO, DEL PODER JUDICIAL

ARTÍCULO 223

Recusación: plazo y requisitos

«Debemos tener presente que desde la STC 145/1988, de 12 de julio, hemos incardinado el derecho fundamental al juez imparcial en el artículo 24.2 CE, en cuanto reconoce el derecho a un juicio público con todas las garantías, “garantías en las que debe incluirse, aunque no se cite en forma expresa, el derecho a un juez imparcial, que constituye sin duda una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho, como lo es el nuestro de acuerdo con el artículo 1.1 de la Constitución” (FJ 5). Ciertamente, la imparcialidad judicial es una garantía tan esencial de la función jurisdiccional que condiciona su existencia misma: “Sin juez imparcial no hay, propiamente, proceso jurisdiccional”, recordamos en la STC 151/2000, de 12 de junio, FJ 3.

Pues bien, el instrumento primordial para preservar el derecho al Juez imparcial es la recusación, cuya importancia resulta reforzada si se considera que estamos no sólo ante un presupuesto procesal del recurso de amparo por la supuesta vulneración del derecho al Juez imparcial, sino que el derecho a recusar se integra, asimismo, en el contenido del derecho a un proceso público con todas las garantías, reconocido en el artículo 24.2 CE (STC 140/2004, de 13 de septiembre, FJ 4). Por tanto, la privación de la posibilidad de ejercer la recusación “implica la restricción de una garantía esencial que aparece establecida legalmente con el fin de salvaguardar aquella imparcialidad del juzgador protegida constitucionalmente” (SSTC 230/1992, de 14 de diciembre, FJ 4; 282/1993, de 27 de septiembre, FJ 2; 64/1997, de 7 de abril, FJ 3; y 229/2003, 18 de diciembre, FJ 10).

(.../...)

Ciertamente, puesto que la facultad de recusar se encamina a impugnar la idoneidad constitucional del Juez como tercero imparcial y a apartarle del conocimiento de un asunto del que es, en principio, Juez ordinario predeterminado por la ley, es lícito que se imponga a la parte la carga de formular la recusación con premura y que, en consecuencia, se limite o excluya la posibilidad de la invocación tardía de la causa de recusación, singularmente cuando ésta se dirija, no ya a apartar al iudex suspectus del conocimiento del proceso, sino a anular lo ya decidido definitivamente por él. Precisamente por ello el

artículo 223.1 LOPJ requiere, por razones inmanentes al proceso mismo en el que se trata de hacer valer el derecho a la imparcialidad judicial, un obrar diligente de la parte a la hora de plantear la recusación, so pena de verse impedida para hacer valer la causa de recusación como causa de nulidad de la sentencia (STC 140/2004, de 13 de septiembre, FJ 5). En efecto, el artículo 223.1 LOPJ disponía, en su redacción originaria, que “[l]a recusación deberá proponerse tan luego como se tenga conocimiento de la causa en que se funde”. En el mismo sentido, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, el precepto señala que “la recusación deberá proponerse tan pronto como se tenga conocimiento de la causa en que se funde, pues, en otro caso, no se admitirá a trámite”, añadiendo a continuación que “[c]oncretamente, se inadmitirán las recusaciones: 1º Cuando no se propongan en el plazo de 10 días desde la notificación de la primera resolución por la que se conozca la identidad del juez o magistrado a recusar, si el conocimiento de la concurrencia de la causa de recusación fuese anterior a aquél”.

(.../...)

Ciertamente, el artículo 223.1 LOPJ, en la redacción originaria aplicable al caso, no establecía un concreto plazo para el ejercicio de la facultad de recusar —hoy fijado en diez días— por lo que el criterio del órgano judicial de que la recusación hubo de formularse el mismo día en el que se obtuvo conocimiento de la identidad los Magistrados intervinientes, no es una aplicación contra legem del precepto. Pero, como recordábamos en el ATC 26/2007, de 5 de febrero (FJ 1), el acto procesal de la recusación “tiene una finalidad autónoma, vinculada a la garantía de imparcialidad del juzgador ... Ello tiene especial relevancia en consideración al principio de interpretación del ordenamiento jurídico en el sentido más favorable a la efectividad de los derechos constitucionales —sin perjuicio de que en este caso la imparcialidad opere como una garantía del proceso— que, como reiteradamente hemos indicado, obliga a que, entre las diversas interpretaciones posibles, y examinadas las específicas circunstancias concurrentes en el caso concreto, debamos optar por aquella solución que contribuya a otorgar la máxima eficacia posible al derecho fundamental afectado (SSTC 133/2001, de 13 de junio, FJ 5; 5/2002, de 14 de enero, FJ 4; y 26/2006, de 30 de enero, FJ 9)”. En consecuencia, no es constitucionalmente admisible, sin un razonamiento adicional, el reproche de que la parte pudo haber formalizado la recusación en la misma fecha en que se notificó la mencionada providencia, dejando transcurrir dos días.

Para valorar adecuadamente la relevancia del lapso de tiempo transcurrido desde que se conoció la composición del órgano judicial hasta que se expuso la causa de recusación, ha de tomarse también en consideración que el ejercicio del derecho a recusar ha de regirse por las exigencias de la buena fe en el comportamiento procesal (artículo 11.1 LOPJ), lo que obliga a examinar particularmente la diligencia de la parte en aquellos supuestos en los que la alegación de la causa de recusación se exteriorice una vez conocida la resolución final del proceso desfavorable a los intereses de la parte. En estos casos hemos entendido que resulta constitucionalmente lícita la aplicación de un criterio riguroso a la hora de enjuiciar tanto si la parte obró con diligencia para hacer valer la recusación en un momento anterior a la sentencia, como la realidad de la concurrencia de la causa de recusación que eventualmente se invoque (SSTC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; y 140/2004, de 13 de septiembre, FJ 5), como ocurrió en los supuestos resueltos en los AATC 419/1990, de 28 de noviembre; 112/1991, de 11 de abril; y 195/1991, de 26 de junio, que inadmitieron sendos recursos de amparo por intentar rechazar al Juez solamente después de que su actuación hubiese resultado desfavorable para los intereses de los justiciables.»

(STC 116/2008, de 13 de octubre. Recurso de amparo núm. 3211/2003. Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. «BOE» 31-10-08).

ARTÍCULO 267

Recurso de aclaración

«Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en reiteradas ocasiones sobre el derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes en relación con el empleo del recurso de aclaración del artículo 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ; por todas, STC 137/2006, de 8 de mayo, FJ 6). De acuerdo con esta jurisprudencia el derecho a la tutela judicial efectiva impone un límite a que los órganos judiciales puedan modificar o revisar sus resoluciones firmes al margen de los supuestos y cauces procesales taxativamente previstos en la ley. Esta intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes no es un fin en sí misma, sino un instrumento para la mejor garantía de aquella tutela judicial efectiva, en conexión con la observancia del principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE), pues de tolerarse la modificabilidad sin trabas de las resoluciones judiciales firmes se vaciaría de contenido el instituto de la firmeza, dejando al albur de las partes o del propio órgano judicial el resultado final de los procesos judiciales.

El artículo 24.1 CE, sin embargo, no veda por completo la posible alteración de las resoluciones judiciales firmes, pues tan lesivo de la tutela judicial efectiva puede ser que aquéllas puedan revisarse en cualquier tiempo y de cualquier forma como que las partes en el proceso se beneficien de simples errores materiales o evidentes omisiones en la redacción o transcripción del fallo de la resolución en cuestión, que bien pudieron corregirse a la vista de lo que fácilmente se deduzca, con toda certeza, de su texto.»

(STC 185/2008, de 22 de diciembre. Recurso de amparo núm. 4263/2007. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo. «BOE» 24-1-09).

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

MARÍA CARMEN FIGUEROA NAVARRO

ABEL TÉLLEZ AGUILERA

Universidad de Alcalá

ARTÍCULO 11

Comisión por omisión. Posición de garante. Participación omisiva en un delito de resultado. Maltrato habitual y homicidio imprudente. Dolo en los delitos de omisión. La madre de la menor tuvo necesariamente que conocer los malos tratos de que era objeto y ello de forma reiterada y si no se le imputó su autoría directa, si es responsable, como autora por comisión por omisión.

Es necesario recordar en este sede casacional que la posición de garante se define genéricamente por la relación existente entre un sujeto y un bien jurídico, determinante de que aquél se hace responsable de la indemnidad del bien jurídico. De aquella relación surge para el sujeto, por ello, un deber jurídico específico de evitación del resultado. De tal modo que la no evitación del resultado por el garante sería equiparable a su realización mediante una conducta activa. La mayor parte de la doctrina fundamenta la posición de garante en la teoría formal del deber jurídico. La existencia de una posición de garante se deduce de determinadas fuentes formales como la Ley, el contrato y el actuar precedente peligroso (injerencia).

Pues bien, la jurisprudencia (por ejemplo STS 1480/99 de 13 de octubre), ha admitido la participación omisiva en un delito de resultado, y conforme al actual artículo 11 CP, se ha admitido respecto a aquellas personas que teniendo un deber normativo, un deber jurídico, de actuar y con posibilidad de hacerlo, nada hacen para impedir un delito que se va a cometer o para impedir o limitar sus consecuencias.

Por ello, la participación omisiva parte de unos presupuestos:

- a) El presupuesto objetivo que debe ser causal del resultado típico (cooperador) o al menos favorecedor de la ejecución (cómplice);
- b) Un presupuesto subjetivo consistente en la voluntad de cooperar causalmente con la omisión del resultado o bien de facilitar la ejecución;
- c) Un presupuesto normativo, consistente en la infracción del deber jurídico de impedir la comisión del delito o posición de garante.

A esta concreta posición de garante, formalmente, el artículo 11, apartado b) CP, cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente. De este deber derivado de su posición de garante surge la obligación de tomar determinadas medidas de seguridad destinadas a evitar que la situación arriesgada se concrete en una lesión, imponiéndole una obligación de actuar para evitar el delito en una situación de riesgo previamente originado.

La inacción, cuando estaba obligado a actuar en defensa del bien jurídico, equivale a la realización de un acto positivo, pues una hipotética acción esperada por la norma hubiera sido causa para la no producción del resultado. No se puede olvidar que la comisión por omisión se imputa un resultado lesivo a una persona, no por su conducta activa, sino por no haberlo impedido cuando habría ese deber (norma prohibitiva), resultando equiparable a la realización activa del tipo penal.

Esta equivalencia que tiene carácter esencial para la configuración de un delito impropio de omisión se debe apreciar cuando la omisión se corresponde valorativamente con el hecho positivo y posee un sentido social equivalente a la comisión activa del tipo.

En los delitos de resultado dicha equivalencia no ofrece dificultades pues no se requiere, por regla general, una acción de cualidades específicas, siendo suficiente con la aptitud causal del comportamiento.

En los delitos de omisión solo debe requerir una causalidad hipotética, es decir la comprobación de si la realización de la acción omitida hubiera evitado la producción del resultado con una probabilidad rayana en la seguridad.

El presupuesto subjetivo de la participación omisiva parte de la constatación de que el omitente conocía su especial posición de garante y conocía la posibilidad de actuar con arreglo a la posición ostentada y, sin embargo, omite el comportamiento que le era exigible cooperando así con el actuar del autor material.

En el caso presente existía en la recurrente una obligación legal de actuar dada la posición de garante que, en cuanto a la salud e integridad física de los hijos, se contempla con carácter general en el artículo 154 del Código Civil –incluso con anterioridad a la reforma LO. 54/2007 de 28 de diciembre– como uno de los deberes que en el conjunto de las relaciones paterno-filiales incumbe a los padres.

La responsabilidad por la omisión arranca de su carácter de madre de la niña de apenas 2 años y 9 meses, cuyos deberes positivos de protección y cuidado derivan –se dice en la STS 21/2007, de 19 de enero– no sólo de la propia naturaleza fundada en el hecho biológico de la maternidad natural (deber moral) sino de su traducción e exigencias normativas (deber legal).

El Código Civil impone a los padres el de velar por los hijos menores –art. 154,1º– y permite a los progenitores, en el ejercicio de su potestad recabar incluso el auxilio de la autoridad, en su caso, para dicho cumplimiento. Por tal concepto debe entenderse el de cuidar solícitamente a los hijos evitándoles cualquier mal o perjuicio y entre ellos y como más graves, las posibles agresiones o maltratos que puedan sufrir por actuaciones desalmadas de terceros (STS 1161/2000, de 26 de junio).

Es incuestionable, desde el punto de vista jurídico, que cuando el sujeto de la infracción no evita, pudiendo hacerlo, que otra persona cometa un delito, existe participación por omisión si el omitente estaba en posición de garante. Tales conductas (Sentencia de 22 junio de 1991), con independencia de los típicos delitos de omisión, pueden ser valoradas como válidas en orden a la comisión de determinados delitos de resultado, doctrinalmente conocidos como delitos de comisión por omisión o delitos de omisión impropia, cuando el orden social atribuya al sujeto la obligación de evitar

el resultado típico como garante de un determinado bien jurídico, que en este caso deviene del deber de la madre al velar por su hijo (art. 154 del Código Civil).

La fuente de esa esperada intervención, deber jurídico de actuación del garante, o deber jurídico de obrar, puede nacer de la ley, del contrato o de un actuar peligroso precedente. Los deberes de protección y cuidado que la madre tiene respecto de su hija derivan aquí no sólo de la propia naturaleza biológica que la maternidad representa, deber moral, sino también de las exigencias legales que la normativa establece, deber legal insito en el artículo 154, que impone a la madre velar por el niño e incluso recabar –como antes dijimos– el auxilio de la Autoridad en su caso para dicho cumplimiento.

Decimosexto: Expuestas estas consideraciones generales la sentencia de instancia llega a la convicción de que la procesada no se podía plantear como una simple posibilidad sino que necesariamente tenía que tener conocimiento de las reiteradas agresiones que el otro procesado estaba causando a su hija, pues si bien se podía admitir que las lesiones que dieron lugar a las asistencias del mes de abril, podía creer la procesada su origen fortuito, dado el poco tiempo que llevaban conviviendo, el resto de las lesiones, no solo las del 7 junio a las que se circunscribe el motivo, sino las que presentaba la niña menor en el momento del fallecimiento excluyendo las 21 producidas horas antes, con un data de entre dos y quince días y una diversidad de zonas corporales afectadas, necesariamente la madre tuvo que conocer su carácter intencional.

Inferencia que se refuerza por el hecho de que tales traumatismos solo empezaron a producirse a partir de que se iniciara la convivencia entre los procesados, y tales golpes se producían cuando la niña se encontraba en la sola compañía del procesado.

Asimismo la propia recurrente en su declaración sumarial admite que ante la progresiva aparición de hematomas y golpes en la niña y las explicaciones de Gregorio (que la niña se caía y golpeándose con un radiador, contra los marcos de las puertas, contra el triciclo, al salir del baño), la declarante comenzó a desconfiar porque entre semana la niña estaba bien y cuando ella llegaba los viernes de trabajar la niña estaba vomitando. Que entonces, hace un mes, le preguntó a Gregorio porqué la niña vomitaba y si la estaba pegando, que Gregorio se enfadó mucho diciendo que no, aunque la declarante desconfiaba mucho.

Y por ultimo por la total pasividad mostrada por la procesada exenta de toda preocupación hacia su hija, que se traducía en que fuera el procesado quien se encargara de llevar a Natalia al médico, y que la actitud mostrada el día del fallecimiento de su hija que estando esta en casa en un estado lamentable, dada la prueba pericial media que establece los síntomas que debían observarse en la menor después de la fatal agresión, y que se detectó por los profesionales sanitarios que atendieron a la menor y que en el plenario declararon, Doña. Inés («que la niña vino postrada, no reaccionaba a ningún estímulo, tenía contusiones en la cabeza y en otras partes del cuerpo y tenía una dilatación anal»), Don. Isaac («la niña estaba llena de hematomas y agonizando. Los hematomas eran de distinta antigüedad... no se pudo hacer»), Don. Sixto («la niña llegó en estado de coma y presentaba hematomas de distinto estado evolutivo»), mantiene una postura totalmente pasiva y despreocupada, sin reaccionar ante ese estado ya agónico de su hija y deja que sea el procesado el que la lleve al Centro de la Salud, mientras ella se queda en casa, lavando las manchas dejadas por los vómitos de Natalia sobre la tapicería y poniendo a secar la ropa de la lavadora que había puesto al llegar a casa, y que era la ropa de la cama de ambos procesados, que estaba manchada y que había metido en la lavadora previamente el procesado.

Con estos elementos probatorios es fácil deducir inferencialmente que la recurrente y madre de la menor tuvo necesariamente que conocer los malos tratos de que

era objeto y ello de forma reiterada y si no se le imputó su autoría directa, si es responsable, como autora por comisión por omisión, ya que el único que podía realizar tan reprochables conductas incardinables en los artículos 153 y 173.2 CP, necesariamente tenía que ser su compañero sentimental e inevitablemente su materialización en el cuerpo de una niña de apenas dos años y medio cuando se inició la relación, tenía que observarlo la acusada en las múltiples ocasiones de cambio de ropas, baño, cuidados personales, etc... y nada hizo para averiguar la procedencia de los mismos y para evitar que prosiguieran dichos malos tratos reiterados, no solamente denunciando los hechos, sino materialmente apartando a la niña, para protegerla de la presencia del coprocesado, impetrando el auxilio judicial preciso en tal sentido, como dice la sentencia de esta Sala de 6 de octubre de 1995, muchas maneras a su alcance había para lograrlo; al no haber sido así, la conducta pasiva de la agente se convirtió en condición esencial o necesaria, no meramente favorecedora, para la consumación de los delitos de maltrato habitual en el ámbito familiar, del artículo 173.2, párrafos primero y maltrato en el ámbito familiar del artículo 153, en comisión por omisión.

Decimoséptimo: Respecto a la condena que igualmente, se contiene en la sentencia como autora de un delito de homicidio por imprudencia, artículo 142.1 CP., hemos de partir de que el dolo de los delitos de omisión (sean delitos propios o impropios de omisión) tienen caracteres que si bien son equivalentes a los de la forma más grave de los delitos activos, difieren del dolo propio de éstos. La doctrina científica ha puesto de manifiesto que mientras en los delitos activos el dolo se estructura sobre la base de la decisión del autor de realización del tipo, en los delitos de omisión, por el contrario, el autor no tiene verdadera voluntad de realización del comportamiento producido. Precisamente por estas razones, en el delito de omisión la característica básica del dolo es la falta de decisión de emprender la acción jurídicamente impuesta al omitente.

A partir de estos presupuestos, el dolo de la omisión se debe apreciar cuando el omitente, a pesar de tener conocimiento de la situación de hecho que genera el deber de actuar y de su capacidad de realizar la acción no actúa. En este sentido se ha pronunciado esta Sala en Sentencias de 25 de abril y 30 de junio de 1988, en las que sostuvo que «en los delitos de omisión (propios o impropios) el dolo del omitente no se puede negar cuando éste ha tenido conocimiento de las circunstancias que generan el peligro de producción del resultado y de su propia capacidad de acción». En el caso de los delitos de comisión por omisión o delitos impropios de omisión, el conocimiento del omitente se debe referir también a las circunstancias que fundamentan la obligación de impedir la producción del resultado (STS 950/1997, de 27 de junio).

Por ello quien conoce las circunstancias que generan su deber (la posición de garante y el peligro de producción del resultado en los delitos impropios de omisión) y su propia capacidad de acción para evitar el resultado, ha omitido dolosamente (STS de 24 de octubre de 1990).

En consecuencia, habrá que apreciar culpa respecto a la omisión cuando el omitente por negligencia, es decir, por no emplear el cuidado debido, no tuvo conocimiento de la situación de hecho que genera su deber de actuar o de su capacidad para realizar la acción impuesta como necesaria para evitar el resultado, o cuando el obligado a realizar la acción no alcanza esta meta (impedir el resultado en los delitos impropios de omisión) por la forma descuidada o inadecuada en la que ejercita dicha acción por la que intenta dar cumplimiento al deber de garantía.

Por ello, en la STS de 12 de noviembre de 1990 se apunta que en la comisión por omisión imprudente se da una coincidencia entre el deber de garante y el deber de cuidado, aunque conceptualmente resulten diferenciables.

En efecto el deber de cuidado ha de estar fundado en la posición de garantía del omitente y la medida del cuidado debido no puede exceder de aquello a lo que el omitente está obligado como garante. A la inversa, en el ámbito del delito imprudente por omisión el deber de garante es deber de cuidado, pudiendo sancionarse penalmente, a título de comisión por omisión imprudente, a quien lesiona su deber de garante de adoptar determinadas medidas de seguridad o de controlar comportamientos ajenos peligrosos, siempre y cuando el resultado lesivo hubiera sido evitado a través del cumplimiento de ese deber con probabilidad rayana en la seguridad y que ello fuera previsible para el omitente.

En el caso que ahora se juzga aunque se admite que la procesada no actuó con dolo, es claro también que no dio cumplimiento a su deber de garante en base al deber general de protección que incumbe a los padres respecto de los hijos y el previo conocimiento que tenía de la conducta violenta de su compañero sentimental hacia su hija unido a su actitud, el día de autos al llegar al domicilio y tener necesariamente que apercibirse del grave estado de la menor, totalmente pasiva, al dedicarse a encargar telefónicamente la comida, a tomarla, a efectuar una llamada telefónica a Colombia y a rezar, conducta ésta generadora de una irresponsabilidad grave al no llevar inmediatamente a la niña a su Centro Médico.

Conducta, en suma, gravemente negligente, al dejar a su hija sola en casa con el procesado, no obstante esas agresiones anteriores y después de haberle comunicado su decisión de dejar la relación, lo que éste no aceptaba, y que solo el salto cualitativo en la acción del coprocesado que anteriormente «solo» había ocasionado a la niña lesiones consistentes en diversas equimosis que no hubieran precisado para su curación más que la primera asistencia, hace que el resultado mortal producido no se representara como probable, confiando la recurrente en que no se produciría, originándose éste, sin embargo, por el peligro desplegado y por el comportamiento de la acusada, objetivamente inadecuado para el cumplimiento del deber de actuar. Esto puede excluir la forma dolosa de la omisión si el agente confía en que el resultado no se producirá, pero no la tipicidad culposa, como ocasionalmente se postula, dado que lo ordenado por el derecho y es precisamente la ejecución de una acción adecuada a la evitación del resultado según la capacidad del omitente.

(Sentencia núm. 716/2009, de 2 de julio)

ARTÍCULO 14

Error de tipo. Distinción con el error de prohibición. Delito de tráfico de drogas. Conocimiento de que se portaba cocaína. El desconocimiento de la concreta cantidad de droga que se transporta no excluye el dolo.

Se argumenta por los recurrente que desconocían las intenciones del taxista que en todo momento les acompañó y no sabían que lo que portaban en las perchas era cocaína, concurriendo un posible error de tipo del artículo 14.1 CP.

Como recuerda la STS 231/2009, de 5 de marzo, con cita de la STS 737/2007, de 13 de septiembre, la doctrina de esta Sala Segunda, desde la introducción del artículo 6 bis a) operada por la reforma de 25 de junio de 1983, ha venido haciendo un esfuerzo de delimitación conceptual acerca de una materia –la trascendencia penal del error– sobre la que no siempre se razonaba con precisión.

De ahí que en la actualidad se asuma, en coincidencia con la nomenclatura del legislador, luego repetido, en el vigente artículo 14 del CP, la distinción entre error de tipo –imbricado con la tipicidad– y error de prohibición –afectante a la culpabilidad–. Tal vinculación con la tipicidad y la culpabilidad es ya una constante en nuestra jurisprudencia (SSTS 411/2006, 18 de abril; 721/2005, 19 de mayo; 709/1994, 28 de marzo; 873/1994, 22 de abril).

Así pues, es entendimiento común en la jurisprudencia de esta Sala que en el artículo 14 se describe, en los dos primeros números, el error de tipo, que supone un conocimiento equivocado o juicio falso sobre alguno o todos los elementos descritos por el tipo delictivo.

Esta clase de error tiene distinta relevancia, según recaiga sobre los elementos esenciales del tipo, esto es, sobre un hecho constitutivo de la infracción penal –núm. 1– o sobre alguna de las circunstancias del tipo, que lo cualifiquen o agraven. – núm. 2–. En el primero de los casos, sus efectos se subordinan al carácter vencible o invencible del error. En el segundo, la simple concurrencia del error sobre alguna de aquellas circunstancias cualificativas, impide su apreciación. En el número 3.º se otorga tratamiento jurídico al error de prohibición, que es la falta de conocimiento de la antijuricidad de la conducta, en el que suele distinguirse entre un error sobre la norma prohibitiva –error de prohibición directo– o un error sobre la causa de justificación –error de prohibición indirecto–. Así en términos de la STS 755/2003, de 28 de mayo, «la doctrina y la Ley distinguen entre los errores directos de prohibición, es decir, los que recaen sobre la existencia de la norma prohibitiva o imperativa, y los errores indirectos de prohibición que se refieren a la existencia en la Ley de la autorización para la ejecución de una acción típica (causa de justificación) o a los presupuestos de hecho o normativos de una causa de justificación».

El error ha de demostrarse indubitada y palpablemente (STS 123/2001, 5 de febrero), pues la jurisprudencia tiene declarado que el concepto de error o el de creencia errónea (art. 14 CP .) excluye por su significación gramatical, la idea de duda; y en este sentido error o creencia errónea equivale a desconocimiento o conocimiento equivocado, pero en todo caso firme.

En cualquier caso –recuerda la STS 687/1996, 11 de octubre–, el error o la creencia equivocada no sólo ha de probarse por quien la alega, aunque esto en algún aspecto sea discutible, sino que además, y esto es lo importante, no es permisible su invocación en aquellas infracciones que sean de ilicitud notoriamente evidente, de tal modo que de manera natural o elemental se conozca y sepa la intrínseca ilicitud.

En el caso presente los datos fácticos consignados en la declaración de hechos probados referidos a la participación circunstanciada de los ahora recurrentes en el transporte de más de tres kilogramos de cocaína pura, a cuya convicción llega la Sala por los indicios que detalla, constituyen una sólida base para sustentar la inferencia de que prestaron su activa colaboración en la operación delictiva, si no con plena y absoluta certeza de que en las perchas contenían la cantidad concreta de cocaína que se refleja en el *factum*, si al menos con la consecuencia de la alta probabilidad de que así pudiera ser, lo que acredita que en su intervención concurrió, cuando menos, el dolo eventual respecto al conocimiento de esta droga, con la que se satisface el elemento subjetivo del tipo respecto al componente material del delito, resultando, por tanto, acertado y correcto el razonamiento de que el acusado conocía o se representó que era lo que transportaba en la maleta.

Su alegación de desconocimiento de la sustancia resulta irrelevante como decíamos en la STS 145/2007 de 28 de febrero. Quien no quiere saber, aquello que pueda y debe conocer y sin embargo trata de beneficiarse de dicha situación, si es descubierto, debe responder de las consecuencias de un ilícito actuar (SSTS 941/2002 de 22

de mayo, 1583/2000 de 16 de octubre, 1637/99 de 10 de enero de 2000). Quien por su propia decisión asume una situación debe asumir las consecuencias de un delictivo actuar porque lo sabido y querido, al menos vía dolo eventual, coincidió con lo efectuado ya que fue libre de decidir sobre su intervención en la tenencia de la droga y transporte subsiguiente y el no querer saber los elementos del tipo objetivo que caracteriza el dolo, equivale a querer y aceptar todos los elementos que vertebran el tipo delictivo cometido.

En rigor, como recuerda la STS 990/2004, de 15 de septiembre, nos encontramos con un partícipe en un episodio de tráfico de drogas en el que el acusado no muestra un conocimiento equivocado, sino mera indiferencia –como mínimo, con consentimiento en la participación fuese cual fuese la droga objeto del tráfico ilícito. Así pues, cuando el supuesto desconocimiento de la concreta cantidad de droga es consecuencia de la indiferencia del autor, no se excluye el dolo pues en estos casos el autor sólo tiene una duda pero no obra por error o ignorancia, ya que sabe que los hechos pueden ser delictivos y, sin embargo, acepta realizar la acción y a las situaciones de «ignorancia deliberada» se refieren las SSTS 446/2002, de 22 de mayo, 2075/2002, de 11 de diciembre, 420/2003, de 20 de marzo, 626/2003, de 30 de abril).

El motivo por lo expuesto se desestima.

(Sentencia núm. 767/2009, de 16 de julio)

ARTÍCULO 16.2

Tentativa. Desistimiento voluntario. Delito de robo con violencia. La decisión de abandonar la prosecución de la acción no se debió a una objetiva imposibilidad de continuarla. El abandono se produjo porque la detonación podía alertar a terceros, lo que implica la percepción del riesgo de ser sorprendidos y detenidos, lo cual representaba una desventaja mucho mayor que la ventaja que significaba culminar la acción del robo, es decir, un riesgo razonablemente no asumible, ni aceptable desde la lógica del delincuente. Criterios doctrinales propuestos para delimitar la voluntariedad en el desistimiento.

Alegan que el robo no llegó a consumarse, quedando en grado de tentativa, y que su imperfecta ejecución se debió a que voluntariamente desistieron de continuarla; decisión debida a su libre determinación, considerada con independencia de los móviles que guiaron a los agentes. Se trataría por tanto de un desistimiento voluntario impune.

1. Varios son, como recuerda la Sentencia de esta Sala 197/2000, de 16 de febrero, los criterios doctrinales propuestos para delimitar la voluntariedad en el desistimiento:

a) la concepción que va más lejos toma en cuenta la «posibilidad de la consumación de la acción típica concretamente iniciada»; de modo que la impunidad sólo sería descartada en la medida en que el hecho en el peor de los casos resultara no realizable. Sólo en este caso podría hablarse de tentativa, en tanto que resultarían supuestos de voluntario desistimiento aquéllos en que, siendo posible en términos objetivos la consumación, optara el sujeto por interrumpir la acción típica cualquiera que fuese el motivo o la razón de ese apartamiento del impulso delictivo.

b) El otro extremo lo brinda la concepción según la cual lo que debe tomarse en cuenta es la «cualidad moral del impulso del desistimiento», sobreacentuado así el punto de vista del «mérito» de éste.

c) Entre uno y otro se sitúa el sector doctrinal que estima suficiente, para valorar la voluntariedad, que el desistimiento resulte de motivos totalmente autónomos, es decir sin que surja por medio una transformación de la situación, y únicamente en base a la reflexión interior del sujeto; en tal sentido esta Sala ha declarado, en Sentencia de 9 de marzo de 1999, que el desistimiento voluntario se produce por la interrupción que el autor realiza «por obra de su espontánea y propia voluntad del proceso dinámico del delito, evitando así su culminación o perfección», y que no es libre cuando el autor renuncia a su propósito a causa de la aparición de impedimentos con los que no contaba, y aunque estos puedan ser absolutos o relativos en ambos casos debe excluirse en principio la hipótesis del desistimiento voluntario (Sentencias de 7 de diciembre de 1977; 6 de octubre de 1988; 8 de octubre de 1991; 9 de junio de 1992). En análogo sentido la Sentencia de 25 de junio de 1999 reitera la doctrina de la Sentencia de 19 de octubre de 1996, declarando ineficaz el desistimiento si éste viene impuesto por circunstancias independientes de la libre determinación del sujeto, debiendo ser la interrupción, para que conlleve la exclusión de la tipicidad, la consecuencia de su propia, personal y espontánea conciencia, y por lo tanto ajena a cualquier motivación exterior.

d) Esta doctrina sin embargo no puede aplicarse en términos tan absolutos que lleve a rechazar la voluntariedad del desistimiento en todo supuesto en que el abandono de la acción típica no derive exclusivamente de la íntima y pura reflexión, sin conexión alguna con la percepción de la situación objetiva, pues es preciso reconocer que, por lo general, en la capitulación frente a pequeños escollos se expresan las carencias de la decisión de un autor al que no debería cerrársele el camino del regreso; y como dijo esta Sala en Sentencia de 10 de julio de 1999 «en un plano subjetivo y por tanto más cercano al principio de culpabilidad lo relevante a los efectos de eximir de la pena es constatar que con su conducta el sujeto ha demostrado que su propósito criminal no era suficientemente fuerte o intenso, por lo que la pena no se presenta como una opción necesaria, ni desde el punto de vista de la prevención general ni mucho menos desde la prevención especial». En conclusión: será correcto excluir el privilegio del desistimiento solamente cuando las desventajas o peligros vinculados a la continuación del hecho aparecen ante los ojos del autor como desproporcionadamente graves comparados con las ventajas que procura obtener, de tal manera que sería evidentemente irrazonable asumirlas.

2. De este modo puede afirmarse:

a) Que pertenecen a la órbita de la tentativa punible los supuestos en que la renuncia a continuar la iniciada ejecución del delito, responde a la objetiva imposibilidad sobrevenida de continuar con la acción, o a la creencia de que ya no es objetivamente posible consumarla (tentativa fracasada), o cuando el sujeto pudiendo culminar la acción típica se abstiene de hacerlo al percibir que de ello se seguirían para él consecuencias tan gravemente perjudiciales que racionalmente no puede aceptarlas.

b) Pertenecen al ámbito del desistimiento voluntario los supuestos en que, siendo posible objetivamente continuar la acción iniciada, decide el sujeto abandonar el proyecto criminal bien por motivos autónomos e independientes de las circunstancias concurrentes –sean o no esos motivos éticamente valiosos– o bien por la percepción de un riesgo que sería razonablemente asumible o aceptable en comparación con las ventajas que obtendría de la prosecución de la acción, pues tal proceder «irrazonable» desde la perspectiva de la lógica criminal justifica que el orden jurídico recom-

pense la desviación de las normas de la lógica (la razón) del delincuente. De ahí que se haya dicho que el criterio de valoración decisivo radica en que el desistimiento sea expresión de una voluntad –sea cual fuere su origen– de retorno a la legalidad o que sea solamente una conducta útil según las normas del comportamiento criminal.

3. En este caso el hecho probado relata que una vez hecho el disparo de escopeta que provocó la muerte instantánea de la víctima, «ante el ruido de la detonación que podía alertar a vecinos y personas que circularan cerca del local, los acusados se dieron inmediatamente a la fuga sin lograr llevarse botín alguno».

Es cierto que la decisión de abandonar la prosecución de la acción no se debió a una objetiva imposibilidad de continuarla, y en ese único sentido es verdad que quisieron no terminar su ejecución. Pero también lo es que el abandono se produjo porque la detonación podía alertar a terceros, lo que implica la percepción del riesgo de ser sorprendidos y detenidos, lo cual representaba una desventaja mucho mayor que la ventaja que significaba culminar la acción del robo, es decir un riesgo razonablemente no asumible, ni aceptable desde la lógica del delincuente. Desde esta perspectiva la mayor ventaja estaba en darse inmediatamente a la fuga, y por lo mismo su desistimiento no expresa una voluntad de retorno a la legalidad sino la opción por lo más útil según las normas del comportamiento criminal. No hay desistimiento voluntario impune del artículo 16.2 del Código Penal.

(Sentencia núm. 543/2009, de 12 de mayo)

ARTÍCULO 20.5

Estado de necesidad: Concepto y requisitos de la eximente, completa e incompleta. Delito de estafa. Tener deudas no es un mal injusto o ilegítimo que justifique defraudar a los demás mediante la comisión del delito de estafa.

La esencia del 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 éste último que ha de ser grave y actual (STS 1629/2002, de 2 de octubre). De los distintos requisitos y exigencias, en que se desenvuelve el estado de necesidad debe recordarse que el mal amenazante ha de ser actual, absoluto, real y efectivo, imperioso, grave e inminente, injusto e ilegítimo (SSTS 1415/97, de 24 de noviembre; 43/98, de 23 de enero; 585/98 de 27 de abril; 669/98, de 14 de mayo; 1208/98, de 19 de octubre; 75/99, de 26 de enero; 793/99, de 20 de mayo; 922/99, de 7 de junio; 1168/99, de 6 de julio; 1269/99, de 13 de septiembre; 1403/99, de 1 de octubre; 71/2000, de 24 de enero; 1125/2002, de 14 de junio).

Sentado lo anterior, resulta evidente la falta de fundamento de un estado de necesidad. En efecto, es inherente a la actividad económica y contractual la existencia de obligaciones, y consiguientemente de deudas; y es propio de éstas el tener que pagarlas. Tener deudas no es un mal en sentido jurídico ni su ejecución forzosa es otra cosa que el cumplimiento de un deber jurídico, o sea del ordenamiento legal. Esto no es un mal injusto o ilegítimo que justifique la comisión de un delito. No puede por tanto construirse un estado de necesidad sobre la base de tener muchas o cuantiosas deudas,

se tenga o no solvencia para satisfacerlas. Otra cosa es que como consecuencia de ellas sobrevenga al sujeto una material situación personal de indigencia, de pobreza o extrema carencia de lo indispensable que ponga en riesgo inminente o grave su vida, su salud o su integridad física. En tal caso es esa personal indigencia o necesidad de lo imprescindible para sobrevivir lo que pudiera, en su caso, valorarse en la apreciación de un hipotético estado de necesidad, que –repetimos– no cabe en modo alguno construirse directamente sobre un fracaso de los negocios, una crisis empresarial o una sobrevenida imposibilidad de hacer frente a las deudas asumidas. Nada de esto es un mal que justifique defraudar a los demás mediante la estafa. Por lo tanto, ni «la situación de la entidad» por grave que fuera tiene relevancia alguna a estos efectos, ni lo tiene tampoco «la existencia de deudas reclamadas y existentes con anterioridad a la compraventa». La documental que según el recurrente pretendía demostrarlo era, pues, irrelevante por serlo el hecho mismo que se pretendía probar, en cuanto inadecuado para apreciar un estado de necesidad del artículo 20.5 del Código Penal.

(Sentencia núm. 419/2009, de 31 de marzo)

ARTÍCULO 20.6

Miedo insuperable. Requisitos para la apreciación de la eximente.

Sostiene el recurrente que recibió amenazas del armador por lo que si colaboró en alguna actividad lo hizo temiendo por su vida, estando alterada su capacidad de decisión.

2. Es doctrina de esta Sala (STS 340/2005, de 8 de marzo) que son requisitos esenciales o fundamentadores de la eximente, que deben en todo caso concurrir también para apreciarla como incompleta:

1.º) La amenaza de un mal que ha de ser actual y absoluto; real y efectivo, imperioso, grave e inminente; injusto e ilegítimo (SSTS de 24 de noviembre de 1997, 1 de octubre de 1999 y 24 de enero de 2000).

2.º) La imposibilidad de poner remedio a la situación recurriendo a vías lícitas, siendo preciso que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza que el de infligir un mal al bien jurídico ajeno (sentencias de 19 de octubre de 1998; 26 de enero y 6 de julio de 1999 y 24 de enero de 2000).

La doctrina jurisprudencial sobre la circunstancia eximente de miedo insuperable parte de la consideración de que la naturaleza de la exención por miedo insuperable no ha sido pacífica en la doctrina. Se la ha encuadrado entre las causas de justificación y entre las de inculpabilidad, incluso entre los supuestos que niegan la existencia de una acción, en razón a la paralización que sufre quien actúa bajo un estado de miedo.

Se considera que es en la inexigibilidad de otra conducta donde puede encontrar mejor acomodo, ya que quien actúa en ese estado, subjetivo, de temor mantiene sus condiciones de imputabilidad, pues el miedo no requiere una perturbación angustiosa sino un temor a que ocurra algo no deseado. 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 que su valoración ha de realizarse desde la perspectiva del hombre medio, el común de los hombres, que se utiliza de baremo para comprobar la superabilidad del miedo. El artículo 20.6 del nuevo Código Penal introduce una novedad sustancial en la regulación del miedo insupe-

ble al suprimir la referencia al mal igual o mayor que exigía el antiguo artículo 8.10º del Código Penal derogado.

La supresión de la ponderación de males, busca eliminar el papel excesivamente objetivista que tenía el miedo insuperable en el Código anterior y se decanta por una concepción más subjetiva y pormenorizada de la eximente, partiendo del hecho incontrovertible de la personal e intransferible situación psicológica de miedo que cada sujeto sufre de una manera personalísima.

Esta influencia psicológica, que nace de un mal que lesiona o pone en peligro bienes jurídicos de la persona afectada, debe tener una cierta intensidad y tratarse de un mal efectivo, real y acreditado.

Para evitar subjetivismos exacerbados, la valoración de la capacidad e intensidad de la afectación del miedo hay que referirla a parámetros valorativos, tomando como base de referencia el comportamiento que ante una situación concreta se puede y se debe exigir al hombre medio (STS 1095/2001, de 16 de julio).

La aplicación de la eximente exige 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).

La doctrina jurisprudencial (STS 1495/99, de 19 de octubre), exige para la aplicación de la eximente 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.

Se afirma, también (STS 1382/2000, de 24 de octubre) que tiene su razón de ser en la grave perturbación producida en el sujeto, por el impacto del temor, que nubla su inteligencia y domina su voluntad, determinándole a realizar un acto que sin esa perturbación psíquica sería delictivo, y que no tenga otro móvil que el miedo, sin que, ello no obstante, pueda servir de amparo a las personas timoratas, pusilánimes o asustadizas, entre otras.

3. La Sentencia de instancia salió al paso de la alegación –a pesar de haberse efectuado extemporáneamente en trámite de informes– rechazándola, según explicaba «...al no haber resultado acreditada, la situación derivada de la amenaza real, seria e inminente de ningún mal efectivo tenido como insuperable. Hemos resaltado que Basilio, en su declaración inculpativa, negó cualquier tipo de intimidación o amenaza a la tripulación, confesando haber ofrecido a toda ella una remuneración dineraria extra, razón por la cual el acusado y enrolado como cocinero, de común acuerdo con los armadores, participó en el trasvase de la sustancia ilícita, e incluso realizó igualmente, labores de vigilancia, como así libre y voluntariamente declararon ante la autoridad judicial el patrón de pesca y el marinero cabo verdiano Clemente, y lo corroboró en el plenario, precisamente a pregunta de su defensa».

4. De cualquier modo, en un motivo por infracción de ley como el formulado, hay que atender a lo que conste en el *factum*, en el que en ningún momento se desliza ningún elemento que pueda servir de base a la apreciación de las circunstancias invocadas, conforme a los requisitos jurisprudencialmente establecidos para su integración.

(Sentencia núm. 641/2009, de 16 de junio)

ARTÍCULO 22.2

Abuso de superioridad. Características de la agravante y diferencias con la alevosía. Delito de homicidio. Efectuar varios disparos con un revolver, a poca distancia, que alcanzaron en varias partes del cuerpo de la víctima. Desequilibrio de fuerzas a favor de la parte agresora, de la que el acusado se aprovechó conscientemente.

La agravante genérica de abuso de superioridad, también designada como alevosía menor o de segundo grado, presenta un doble componente objetivo y subjetivo. Objetivo en cuanto implica debilitación de la defensa material de la víctima, y subjetivo al requerir la conciencia del aprovechamiento del desequilibrio o desproporción. No basta, pues, la mera superioridad física resultante de la comparación de fuerzas, edad, número de agresores y otros factores de parecido alcance, sino que debe concurrir, igualmente, el abuso de tales circunstancias.

Si la diferencia entre el abuso de superioridad y la alevosía se encuentra en que, para que ésta concorra, no basta debilitar la defensa del ofendido, sino que ha de existir una conducta tendente a su eliminación, por muy intensa que sea tal debilitación, si, como aquí ocurrió, no se aprecia la alevosía ello no excluye la posibilidad de que proceda aplicar la agravante de abuso de superioridad en el caso de que concorra, como puede ser por el empleo de armas de fuego, como sucede en el presente caso, un importante desequilibrio de fuerza a favor de la parte agresora.

Aplicar la agravante de abuso de superioridad cuando no ha sido pedida por la acusación que sí solicitó la apreciación de la alevosía no viola el principio acusatorio, pues esta última puede ser considerada a estos efectos como una modalidad agravada de aquélla, un abuso de superioridad que no debilita la defensa del ofendido sino que tiende a eliminarla. Así se ha pronunciado reiterada jurisprudencia de esta Sala como es exponente la Sentencia 76/2009, de 4 de febrero, en la que se declara que el abuso de superioridad y la alevosía son circunstancias homogéneas, es algo que no admite duda. Ambas surgen de un tronco común consistente en ejecutar la agresión buscando de propósito o aprovechándose consciente y deliberadamente de las circunstancias concurrentes para llevar a cabo la acción punible en una situación de ventaja respecto de la defensa que pueda oponer la víctima del ataque. Cuando esa ventaja o desproporción entre agresor y agredido es absoluta, surge del tronco común la rama de la alevosía, en aquellos casos en los que ya no se está ante un desequilibrio de fuerzas que limita la defensa de la víctima, sino ante una situación objetiva de absoluta indefensión que impide toda posibilidad de defenderse al atacado y asegura la ejecución sin riesgo para el atacante. Es claro, pues, que el abuso de superioridad se encuentra insito en la alevosía. Y por eso se dice que es una alevosía menor o de segundo grado. Y es por eso, también, que quien solicita la aplicación de la alevosía está interesando la apreciación de lo que pudiera denominarse un abuso de superioridad absoluto, por lo que la no aplicación por el Tribunal de esta última –la alevosía– no le impide en modo alguno apreciar la concurrencia de la «alevosía menor», pues quien pide lo más, pide también lo menos en un marco de homogeneidad palmario.

En consecuencia, la jurisprudencia ha entendido que no infringe el principio acusatorio la apreciación de la agravante de abuso de superioridad cuando, alegada la alevosía, se descarta su concurrencia.

En los hechos que se declaran probados se describe como el acusado Nicolás efectuó varios disparos con su revolver, a poca distancia, que alcanzaron en varias partes del cuerpo de la víctima. Y aplicando la doctrina que se ha dejado antes expresada,

puede afirmarse un importante desequilibrio de fuerza a favor de la parte agresora, de la que el acusado se aprovechó conscientemente, concurriendo, por consiguiente, la agravante de abuso de superioridad solicitada por el Ministerio Fiscal.

(Sentencia núm. 836/2009, de 2 de julio)

ARTÍCULO 28

Distinción entre cooperación necesaria y complicidad. Toda forma de participación que implique una colaboración en actividades de tráfico de drogas, es una forma de autoría al haber sido equiparada con ésta las formas imperfectas de participación por la propia Ley

Como hemos dicho en STS 120/2008, de 27 de febrero, en la cooperación la determinación de cuando es meramente eficaz, calificada de complicidad y cuando, además, es necesaria, considerada como autoría, se oponen una concepción abstracta y una concreta. Para la primera, ha de determinarse si el delito se habría podido efectuar o no sin la cooperación del partícipe, en tanto para la segunda por la jurisprudencia ha de investigarse si, en ese caso concreto, ha contribuido necesariamente a la producción del resultado como condición *sine qua non*, formulándose en la doctrina, para determinar tal necesidad, la teoría de los bienes escasos, tanto en las contribuciones que consisten en la entrega de una cosa, como en las que son de un mero hacer, y la del dominio del hecho (STS 89/2006, de 22 de septiembre).

Existe cooperación necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la *conditio sine qua non*), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos) o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho) (STS 1159/2004, de 28 de octubre).

En la STS 699/2005, de 6 de junio, se reconoce que para la distinción entre cooperación necesaria y complicidad, entre la teoría del dominio del hecho y la de la relevancia, la jurisprudencia, aún con algunas vacilaciones, se ha decantado a favor de esta última, que permite, a su vez, distinguir entre coautores y cooperadores necesarios, visto que «el dominio del hecho depende no sólo de la necesidad de la aportación para la comisión del delito, sino también del momento en que la aportación se produce “de modo que” el que hace una aportación decisiva para la comisión del delito en el momento de la preparación, sin participar luego directamente en la ejecución, no tiene, en principio, el dominio del hecho» y así «será un partícipe necesario, pero no coautor», concluyendo que «lo que distingue al cooperador necesario del cómplice no es el dominio del hecho, que ni uno ni otro tienen. Lo decisivo a este respecto es la importancia de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores».

Como decíamos en la STS 147/2007, de 28 de febrero, la complicidad criminal requiere una participación meramente accesoria, no esencial, que se ha interpretado jurisprudencialmente en términos de imprescindibilidad o no concreta o relacionada con el caso enjuiciado (STS 1001/2006, de 18 de octubre), no en términos de hipotéticas coyunturas comisivas. Debiendo existir entre la conducta del cómplice y la ejecución de la infracción, una aportación que aunque no sea necesaria, facilite eficazmente la realización del delito de autor principal (STS 185/2005 de 21.2).

La complicidad –dice la STS 1216/2002, de 28 de junio–, requiere el concierto previo o por adhesión («*pactum scaeleris*»), la conciencia de la ilicitud del acto proyectado («consciencia *scaeleris*»), el denominado «*animus adiuvandi*» o voluntad de participar contribuyendo a la consecución del acto conocidamente ilícito y finalmente la aportación de un esfuerzo propio, de carácter secundario o auxiliar, para la realización del empeño común. Se distingue de la coautoría en la carencia del dominio funcional del acto y de la cooperación necesaria en el carácter secundario de la intervención, sin la cual la acción delictiva podría igualmente haberse realizado, por no ser su aportación de carácter necesario, bien en sentido propio, bien en el sentido de ser fácilmente sustituible al no tratarse de un bien escaso.

Tiene declarado este Tribunal que el cómplice no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquéllos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados. Se trata, no obstante, como acabamos de exponer, de una participación accidental y de carácter secundario. El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible. Quiere ello decir, por tanto, que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoriedad o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél, (STS de 24 de abril de 2000).

Ahora bien, en el delito del artículo 368 del Código Penal al penalizar dentro del mismo marco penal todos los comportamientos que suponen aportación causal a la actividad de los autores en sentido estricto, ha definido un concepto extensivo de autor. Por ello la doctrina de esta Sala, STS 1069/2006, de 2 de noviembre, ha establecido el criterio según el cual, y como regla general, en el tipo delictivo del artículo 368 CP y por expresa voluntad del legislador, toda forma de participación que implique una colaboración en actividades de tráfico de drogas, es una forma de autoría al haber sido equiparada con ésta las formas imperfectas de participación por la propia Ley. Pero la misma doctrina no excluye la existencia de excepciones en supuestos concretos de mínima colaboración mediante actos fácilmente reemplazables, accesorios y de escasa o exigua eficacia para el tráfico ilegal efectuado por el autor genuino.

Este criterio ha sido asumido y declarado en numerosas resoluciones de esta Sala, pudiéndose citar, entre otras, la de 25 de febrero de 2003 que comprenden otras muchas y en la que se pone de manifiesto que se ha admitido la aplicación de la complicidad que permite una más proporcionada individualización de las responsabilidades penales derivadas del delito de tráfico de drogas, distinguiendo la del verdadero traficante de la del que presta a éste un servicio auxiliar.

Es lo que se ha venido a denominar «actos de favorecimiento al favorecedor del tráfico», que no ayudan directamente al tráfico, pero sí a la persona que lo favorece, que es quien tiene el dominio del hecho mediante la efectiva disponibilidad de la droga, sin que los actos realizados por el auxiliador tengan la eficacia y trascendencia que exige el concepto de autoría.

La sentencia de esta Sala 312/2007, de 20 de abril, enumera «*ad exemplum*» diversos casos calificados de complicidad:

a) el mero acompañamiento a los compradores con indicación del lugar donde puedan hallar a los vendedores.

- b) la ocultación ocasional y de poca duración de una pequeña cantidad de droga que otro poseía.
- c) la simple cesión del domicilio a los autores por pura amistad para reunirse sin levantar sospechas.
- d) la labor de recepción y desciframiento de los mensajes en clave sobre el curso de la operación.
- e) facilitar el teléfono del suministrador y precio de la droga.
- f) realizar llamadas telefónicas para convencer y acordar con tercero el transporte de la droga.
- g) acompañar y trasladar en su vehículo a un hermano en sus contactos para adquisición y tráfico.
- h) colaboración de un tercero en los pasos previos para la recepción de la droga enviada desde el extranjero, sin ser destinatario ni tener disponibilidad efectiva de la misma.

Conductas éstas que no pueden equipararse a la descrita en el relato fáctico en el que se describe como los acusados portaban dos maletas que contenían cocaína a su llegada al aeropuerto de Barajas, siendo las dos únicas personas transportistas tenían el dominio del hecho; transporte de droga que ha sido considerado por esta Sala como autoría (SSTS 18 de marzo de 2009, 9 de marzo de 2004 y 30 de noviembre de 2001).

(Sentencia núm. 767/2009, de 16 de julio)

ARTÍCULO 74.1 Y 74.2

Delito continuado. Reglas de aplicación para los delitos patrimoniales. Delito de estafa. Perjuicio total causado como criterio para determinar la pena básica sobre la que debe aplicarse la agravación. La agravación del artículo 74.1 sólo dejará de apreciarse cuando la aplicación del artículo 74.2 ya haya supuesto una agravación de la pena para el delito continuado de carácter patrimonial.

En el primer motivo denuncia la vulneración del artículo 74.1 del Código Penal por su inaplicación con respecto al delito de estafa agravada. Alega la parte recurrente que en la sentencia se condena a los acusados Mario y José como autores de un delito continuado de estafa agravada (art. 250.1.7.º del Código Penal), pero a la hora de imponer la pena no lo hace en la mitad superior, tal como se dispone en el apartado 1 del artículo 74 del Código Penal, sino que la aplica en el mínimo legal de un año de prisión y seis meses de multa, contradiciendo así la línea jurisprudencial implantada por el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 30 de octubre de 2007.

La tesis de la entidad recurrente ha de acogerse, vistos los nuevos criterios interpretativos establecidos en la última jurisprudencia sobre la materia. En efecto, según se razona en la sentencia 950/2007, de 13 de noviembre, el Pleno no jurisdiccional celebrado el 30 de octubre de 2007 acogió como doctrina correcta la que entiende que si bien el artículo 74.2 constituye una regla específica para los delitos patrimoniales, tal especificidad sólo se refiere a la determinación de la pena básica sobre la que debe aplicarse la agravación, de forma que el artículo 74.1 es aplicable como regla general cuando se aprecie un delito continuado, salvo en aquellos casos en los que tal aplicación venga impedida por la prohibición de doble valoración. Dicho de otra forma, la

agravación del artículo 74.1 sólo dejará de apreciarse cuando la aplicación del artículo 74.2 ya haya supuesto una agravación de la pena para el delito continuado de carácter patrimonial.

La Sala ha entendido hasta ahora de forma pacífica –sigue diciendo la referida sentencia– que cuando se trata de infracciones patrimoniales, la pena se impondrá teniendo en cuenta el perjuicio total causado conforme dispone el artículo 74.2 CP. De manera que si la suma de ese perjuicio es superior a 36.000 euros, la pena procedente es la prevista en el artículo 250.1.6.º y, si es inferior a esa cifra, la del artículo 249, o, en su caso, la correspondiente a la falta.

Cuando esa cifra (la relevante para incrementar la pena básica) se alcanza por la suma de las diferentes infracciones, acudir a la agravación del apartado 1 del artículo 74 –señala el Tribunal Supremo– vulneraría la prohibición de doble valoración de una misma circunstancia o de un mismo elemento, pues de un lado se ha tenido en cuenta para acudir al artículo 250.1.6.º, con la consiguiente elevación de la pena (o para convertir varias faltas en un delito) y de otro se valoraría para acudir al artículo 74.1, agravándola nuevamente. Ello conduciría a determinar la pena conforme al perjuicio total causado pero sin que fuera preciso imponerla en su mitad superior, de forma que el Tribunal podría recorrer la pena en toda su extensión.

Por lo tanto, la regla del artículo 74.2 resulta específica para los delitos contra el patrimonio en el sentido de que la pena básica que debe ser tenida en cuenta en el caso de estos delitos continuados no es la correspondiente a la infracción más grave sino la correspondiente al perjuicio total causado (pudiendo alcanzar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado). De esta forma, el delito continuado patrimonial recibiría un trato penológico similar a cualquier otro delito continuado.

Como excepción a la regla anterior se presentan aquellos casos en los que la aplicación del artículo 74.1 infringiera la prohibición de doble valoración, lo que tendría lugar cuando la valoración del perjuicio total causado ya supusiera un aumento de la pena correspondiente a las infracciones cometidas separadamente consideradas.

En consecuencia, el delito continuado –acaba señalando la STS 950/2007– se debe sancionar con la mitad superior de la pena, que puede llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado, con independencia de la clase de delito de que se trate. Cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica que debe ser incrementada con arreglo al artículo 74.1 no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. Y, finalmente, la regla contenida en el artículo 74.1 sólo queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración, es decir, en aquellos casos en los que la pena ya haya sido incrementada en atención al perjuicio total causado por tratarse de delito continuado.

El nuevo criterio hermenéutico sobre el artículo 74 del Código Penal se ha visto reafirmado posteriormente en otras resoluciones de la Sala (SSTS 28/2008, de 26 de mayo; 764/2008, de 20 de noviembre; 860/2008, de 17 de diciembre; 365/2009, de 16 de abril; y 581/2009, de 2 de junio), al entender que no había razones de política criminal que fundamentaran un trato privilegiado para los delitos patrimoniales mediante la exclusión de la aplicación del apartado 1 del referido precepto, exclusión que sólo se justificaría en los supuestos en que los actos integrantes de la continuidad delictiva hubieran ya operado para integrar la agravación específica del artículo 250.1.6.ª del Código Penal (exasperación de la pena por razón de la especial gravedad atendiendo al valor de la defraudación).

Así las cosas, ha de apreciarse este primer motivo de impugnación y aplicarse en su mitad superior la pena prevista para el delito de estafa.

(Sentencia núm. 813/2009, de 7 de julio)

ARTÍCULO 139.1

Asesinato con alevosía. Características. La alevosía no excluye los casos de intento de defensa cuando es funcionalmente imposible y se debe a la reacción instintiva de quien no tiene escapatoria frente a la eficacia de un ataque ejecutado sobre seguro. Compatibilidad entre dolo eventual y alevosía.

A) Por su carácter mixto, y en tal sentido la Sentencia 155/2005, de 15 de febrero, subraya que aunque tiene una dimensión predominantemente objetiva, incorpora un especial elemento subjetivo que dota a la acción de una mayor antijuridicidad, denotando de manera inequívoca el propósito del agente de utilizar los medios con la debida conciencia e intención de asegurar la realización del delito, eludiendo todo riesgo personal, de modo que al lado de la antijuridicidad ha de apreciarse y valorarse la culpabilidad, lo que conduce a su consideración como mixta. Y en análogo sentido la Sentencia 464/2005, de 13 de abril, entre otras muchas.

B) Con esa doble dimensión que la convierte en mixta el punto esencial sobre el que convergen sus dos elementos está en la idea de falta de defensa, esto es de la anulación deliberada de la defensa de la víctima (SSTS 472/2002, de 14 de febrero; y 730/2002, de 2 de noviembre). Su esencia se encuentra, pues, en la existencia de una conducta agresora que tienda objetivamente a la eliminación de la defensa; o bien en el aprovechamiento de una situación de indefensión cuyos orígenes son indiferentes (SSTS 1031/2003, de 8 de septiembre; 1214/2003, de 26 de septiembre; 1265/2004, de 29 de noviembre), lo que significa que no es imprescindible que de antemano el agente busque y encuentre el modo más idóneo de ejecución, sino que es suficiente que se aproveche en cualquier momento de forma consciente de la situación de indefensión de la víctima así como de la facilidad que ello supone (SSTS 1464/2003, de 4 de noviembre; 1567/2003, de 25 de noviembre; 58/2004, de 26 de enero; 1338/2004, de 22 de noviembre; 1378/2004, de 29 de noviembre).

C) Las tres formas que puede adoptar esa idea esencial de la indefensión son: 1) la alevosía proditoria o traicionera, como trampa, celada, emboscada o traición. En ella se abusa de la confianza o de una situación confiada en la que el sujeto pasivo no teme una agresión como la efectuada (SSTS 82/2005, de 28 de enero; 133/2005, de 7 de febrero); 2) La alevosía sorpresiva consistente en una actuación súbita, repentina o fulgurante, que por su celeridad no permite a la víctima reaccionar ni eludir el ataque. Esta modalidad es apreciable en los ataques rápidos y sin previo aviso (SSTS 1031/2003, de 8 de septiembre; 1265/2004, de 2 de noviembre); 3) La alevosía por desvalimiento, en la que el sujeto busca o se aprovecha de las personales características o de la especial situación en que se encuentra la víctima, muy disminuida en sus posibilidades de defensa (niños, ancianos, inválidos, persona dormida, sin conciencia, etc...).

D) Acerca de la indefensión que en cualquiera de las tres formas está presente en la alevosía, se ha de destacar que su apreciación no requiere que su eliminación sea efectiva, bastando la idoneidad objetiva de los medios, modos o formas utilizados, y la tendencia a conseguir su eliminación (STS 505/2004, de 21 de abril), lo que supone que la alevosía no se excluye en casos de intento de defensa, cuando es funcionalmente imposible, y se debe a la reacción instintiva de quien no tiene escapatoria frente a la eficacia de un ataque ejecutado sobre seguro.

2. En este caso el modo de actuar, el lugar y momento elegidos, y el arma empleada, constituyen un conjunto de elementos que determinan una total indefensión de la víctima, surgida del planeamiento mismo de la acción ejecutada: eligieron un bar en que ya de noche se encontraba la víctima con clientes del establecimiento; pero esperaron a que estos se fueran, y cuando ya estaba sola la víctima, los acusados accedieron al local en el momento en que confiadamente aquella se disponía a cerrar la puerta, y estando así completamente sola en su interior, sin escapatoria, de improviso fue abordado encañonándole con un arma, y cuando hizo además de cerrar la puerta y desviar el cañón que le apuntaba le dispararon un tiro de escopeta en la cara que le causó la muerte instantánea

El momento y lugar que se elige, la dinámica comisiva, el número de asaltantes, y la potencia y eficacia letal del arma, constituyen un verdadero marco de indefensión total, derivada de los medios, modos y forma de ejecución del hecho.

De contrario no puede oponerse de una parte la idea de que la defensa no se elimina del todo porque intentó apartar el arma y cerrar la puerta; y de otra parte la tesis de la incompatibilidad entre el dolo eventual y la alevosía:

a) En cuanto a lo primero ya hemos dicho antes que la alevosía no excluye los casos de intento de defensa cuando es funcionalmente imposible y se debe a la reacción instintiva de quien no tiene escapatoria frente a la eficacia de un ataque ejecutado sobre seguro. En este caso el planificado aseguramiento del robo buscando la noche, la soledad, el mayor número en los asaltantes, el arma mortal y en definitiva cuánto garantizaba el éxito del apoderamiento y la imposibilidad de oponerse al robo es el mismo marco en que se sitúa también la acción de matar, respecto a la cual aquello que en el robo era un buscado aseguramiento del resultado, con relación al homicidio tiene la naturaleza de un verdadero actuar alevoso.

b) No es obstáculo que la muerte lo fuese con dolo eventual: esta Sala se pronunció por la incompatibilidad con la alevosía en algunas Sentencias como las Sentencias 1245/95, de 5 de diciembre; 219/96, de 15 de marzo; 1043/96, de 19 de diciembre y 861/97, de 11 de junio.

Posteriormente sin embargo ha consolidado la doctrina de la compatibilidad entre la intención dolosa meramente eventual y la alevosía: concretamente la Sentencia 466/2007, de 24 de mayo, citada por la acusación particular en su recurso declara que la incompatibilidad entre alevosía y dolo eventual ya no es el criterio que viene manteniendo reiteradamente la más reciente jurisprudencia de esta Sala. Y añade, con referencia a Sentencias anteriores que en la Sentencia 119/2004, de 2 de febrero, se declara que no hay ninguna incompatibilidad ni conceptual ni ontológica en que el agente trate de asegurar la ejecución evitando la reacción de la víctima –aseguramiento de la ejecución– y que al mismo tiempo continúe con la acción que puede tener como resultado de alta probabilidad la muerte de la víctima, la que acepta en la medida que no renuncia a los actos efectuados.

En esa misma línea se pronuncian las Sentencias 415/2004, de 25 de marzo, 514/2004, de 19 de abril y 653/2004 de 24 de mayo. Esta última declara que de los hechos probados no se deduce con racional certeza la intención directa de matar, pero se infiere con lógica que el acusado conocía suficientemente el grandísimo peligro generado por su acción, que ponía en grave riesgo la vida de dos personas, prefiriendo de manera consciente la ejecución peligrosa del incendio a la evitación de sus posibles consecuencias, y añade que la agravante específica de alevosía, 1.ª del artículo 139 del Código Penal, es compatible con el dolo eventual, de acuerdo con una jurisprudencia amplia y constante de esta Sala sostenida por sentencias recientes, aunque la cuestión es ardua y ha sido debatida y cuestionada en algunos pronunciamientos de la

propia Sala. Ha afirmado la compatibilidad, entre otras, las Sentencias 1006/99, de 21 de junio; 1011/2001, de 4 de junio; 1804/2002, de 31 de octubre y 71/2003, de 20 de enero. En la misma línea la sentencia 1010/2002, de 3 de junio, estableció que «en el delito de asesinato alevoso el dolo eventual respecto del resultado es suficiente para la realización del tipo». La definición legal de la alevosía, tanto en el Código actual como en el derogado, hace referencia a asegurar la indefensión como recordaba la Sentencia citada de 21 de junio de 1999 que estimó la existencia de la agravante con independencia de que el autor tuviera intención directa de matar o, simplemente, la aceptara como consecuencia de su acción.

Y en la más reciente sentencia 1007/2006, de 10 de octubre, igualmente se pronuncia por la compatibilidad.

3. En consecuencia, apreciada la alevosía en este caso procede calificar la muerte causada como delito de asesinato del artículo 139.1.º del Código Penal. Lo cual deja ya sin virtualidad alguna, con la estimación del motivo primero de la acusación particular, la formulación del segundo en cuanto se pretende por la vía del artículo 849-2.º de la LECriminal la modificación del hecho probado para sustentar una alevosía que ya se estima concurrente sin necesidad de alterar el relato histórico.

(Sentencia núm. 543/2009, de 12 de mayo)

ARTÍCULOS 179 Y 180.1.2.^a

Agresión Sexual. Violación de la víctima en tres ocasiones, dos por el acusado y otra por otro sujeto, bajo la vigilancia de aquél. Subtipo agravado por comisión del hecho por varias personas actuando de forma conjunta. Imposibilidad de aplicar la agravación a quien interviene como cooperador necesario. Participación en el delito. Delito continuado.

El recurrente se limita a hacer una referencia de la norma legal, artículo 74.1 apartado 3 del Código Penal y doctrina relativa al delito continuado.

La citada norma hace referencia a la exclusión/inclusión de los delitos contra la libertad sexual a los que es aplicable dicha previsión de determinación de la pena. Pero el recurrente no explica si pretende la exclusión de tal continuidad o, por el contrario, la inclusión dentro de esa continuidad del delito que la sentencia recurrida pena por separado.

Desde luego la pretensión de excluir la aplicación del artículo 74 habría de dene-garse, en la medida que, de estimarse la pretensión del recurrente, la pena para él sería mucho más grave. En efecto la pena mínima de cada agresión sexual con penetración, concurriendo las circunstancias de ser dos los sujetos agresores, es de doce años. Así resulta del artículo 179 en relación con el 180.1.2.º del Código Penal. La suma por los dos delitos llevaría a una pena mínima de 24 años de prisión, cuando la efectivamente impuesta por esas dos agresiones, de las que el acusado recurrente es autor, ha sido la de quince años de prisión.

Cuestión diversa sería si la pretensión buscara la exclusión de la continuidad fundada en la existencia de una supuesta «unidad natural» de acción, de suerte que se considerase cometido un único delito de agresión sexual, pese a que los accesos violentos hayan sido tres.

Pero tampoco esa pretensión puede acogerse ya que la tercera agresión tuvo por protagonista del acceso a una segunda persona no juzgada en esta causa. Y ha sido acertadamente constante la doctrina jurisprudencial que afirma la existencia de, al menos, tantos delitos como autores del acceso hayan sido.

La tercera hipótesis subsumible en este motivo es la de la posibilidad de atribuir al recurrente un único delito continuado que acogiera sus tres comportamientos. Es decir los dos que se le atribuyen en la recurrida a título de autor del párrafo primero del artículo 28 del Código Penal y el que se le imputa a título de cooperador necesario.

Esta cuestión, no explícita en el recurso, la estimamos comprendida en la pretensión de consideración de todo el comportamiento atribuido al recurrente como un único delito.

2. Pero la sentencia recurrida excluye la continuidad en las plurales responsabilidades penales imputadas al recurrente, en línea con una abundante doctrina jurisprudencial, que rechaza la aplicación de la regla de determinación de la pena del artículo 74 del Código Penal cuando a un sujeto se le imputan comportamientos a título de autoría material del párrafo primero del artículo 28 del Código Penal y otros a título de participación en hecho ajeno colaborando con aportaciones necesarias.

Así se han pronunciado, entre otras, las Sentencias núms. 998/2007, de 28 de noviembre, 76/2006, de 31 de enero o la 462/2003, de 26 de marzo.

Y se atiende asimismo a una constante doctrina de este Tribunal que ha advertido que no cabe aplicar el subtipo agravado al cooperador necesario de la agresión sexual ejecutada por otro.

Por eso, respecto de la tercera agresión, atribuida a título de cooperador, no aplica la pena del subtipo agravado de pluralidad de sujetos en la agresión.

Entre las Sentencias más recientes cabe recordar la de esta Sala 2.^a 61/2008, de 24 de enero, en la que dijimos que en casos como el presente en el que existe una cooperación necesaria a la agresión o agresiones concertadas, cada persona debe responder –en su caso– de su propia agresión sexual y de las de aquellos en las que hubiese cooperado, pero sin la concurrencia del subtipo previsto en el núm. 2 del artículo 180 por la incompatibilidad expuesta. Esta Sala ha dicho (STS 217/2007, de 16 de marzo y STS 439/2007, de 21 de mayo), que «resultando siempre concebible la ejecución de un delito de estas características por un único autor, cuando concurren a ella otros partícipes se produce la circunstancia añadida que al legislador le merece un mayor reproche, satisfecho mediante el supuesto de especial agravación, mientras que cuando nos hallamos ante un caso de cooperación necesaria no adiciona esa pluralidad de partícipes, por lo que la sanción por ambos conceptos (participación plural y cooperación a la ejecución de otro) supone una redundancia o doble punición inaceptable».

En el mismo sentido es de citar la sentencia de este Tribunal n.º 86/2007 de 14 de febrero, en la que dijimos: El Fiscal apoya el motivo, pero no comparte este modo de razonar. A su entender, el modo de proceder de cada uno de los acusados durante el acto criminal perpetrado en primera persona por el otro fue de efectiva cooperación necesaria. Y, siendo así, esa aportación causalmente relevante en cada supuesto debería ser tenida en cuenta ya al caracterizar, para individualizarlo, cada uno de los comportamientos de que se trata. De este modo, en cada supuesto habría una agresión sexual en la que uno de los implicados realizaría el coito violentamente impuesto y el otro prestaría una contribución *sine qua non* a tenor de las circunstancias del caso. Y esto supone que, tomada en consideración esa forma de operar del actor principal a los efectos del artículo 28.b) CP, no puede ser utilizada para sancionar por el subtipo agravado del artículo 180.1, 2.^a CP.

También en la Sentencia de este Tribunal 975/2005, de 13 julio, dijimos que en el caso de la coautoría, nada impide la aplicación de la agravación cuando intervienen varios autores. La autoría del hecho puede ser individual, pero se considera merecedora de un mayor reproche y, coherentemente, se agrava la pena, cuando intervienen más de una persona en ejecución conjunta.

Por lo tanto, cuando se trata de coautores nada impide la aplicación de la figura agravada a todos ellos por todos los hechos cometidos, pues en todos ellos se aprovecharon recíprocamente de las facilidades que supone la actuación conjunta, lo que a su vez denota una mayor antijuridicidad del hecho, justificando la exacerbación de la pena. Lo mismo ocurre cuando el autor se apoya para la ejecución en un cooperador que está presente en la escena de los hechos, pues entonces subsisten las razones de la agravación. Por el contrario, cuando intervienen dos personas y una de ellas es considerada cooperador necesario, no es posible aplicar a éste la agravación en su conducta, pues como hemos dicho, no puede concebirse la cooperación necesaria sin la presencia de al menos un autor a cuya ejecución coopera.

En la sentencia se califica la conducta del recurrente como autor de un delito de violación y como cooperador necesario de otro, ambos con la agravación del artículo 180.1.2.^a del Código Penal. El delito de violación del que es autor lo comete en primer lugar mediante la violencia e intimidación desarrollada por él mismo, con la presencia y el silencio de los otros dos, pero lo continúa con posterioridad en unidad de acción aprovechando la presencia y la actuación de quienes son considerados en la sentencia cooperadores necesarios, aunque se refiera a la situación como un supuesto de actuación conjunta, en la que iniciada la intimidación por el recurrente, es admitida y aprovechada por los otros dos para mantener relaciones sexuales con penetración vaginal con la víctima, turnándose los tres sucesivamente, de manera que todos ellos refuerzan con su actuación la situación de intimidación iniciada por el recurrente, convirtiéndose así en colaboradores de cada una de las violaciones cometidas por cada uno de los demás. Aun cuando la descripción de los hechos permitiría considerar a todos ellos autores de todos los delitos por la realización conjunta de todos y cada uno de los hechos, la condena del coacusado como cooperador necesario no impide valorar que el recurrente ejecutó el hecho en actuación conjunta con los otros dos, por lo que nada impide la aplicación de la agravación del artículo 180.1.2.^a

3. La pretensión de albergar los tres delitos en uno continuado no resultaría cuestionable si se revisase la modalidad de autoría atribuida al acusado recurrente respecto del acceso del que es autor el denunciado no juzgado. Sobre este último aspecto, en cuanto redundante en la calificación del comportamiento atribuido al recurrente, nada impide entrar, por más que la decisión no afectase al sujeto no juzgado. Así lo hemos dicho en la Sentencia de este Tribunal 753/2008, de 19 de noviembre.

Pues bien sí, en línea con la última sentencia citada, la responsabilidad penal al recurrente le fuera exigida al amparo, en todos los casos, a título de autor conforme al párrafo primero del artículo 28 del Código Penal, la misma justificación de la continuidad predicada de las dos primeras agresiones concurriría respecto de la tercera, sin que fuese apreciable el obstáculo de considerar esa diversidad de sujeto activo erigida en óbice para la continuidad postulada.

Y esa debería ser la adecuada calificación a extraer del hecho probado. Sabido es que el delito de violación tipifica una actuación compleja. Junto al contacto sexual debe concurrir la violencia o intimidación sobre la víctima. Y tan autor del número primero puede considerarse al que realiza actos de verdadera violencia, como al que ejecuta el contacto sexual, sea éste el coito u otro de los descritos en el artículo 179 del Código Penal.

Los hechos probados describen el comportamiento del recurrente de tal suerte que no solamente se le imputa ese contacto sexual en dos hechos, sino que lo ejecutado en el tercero es un acto de verdadera violencia integrante del complejo supuesto típico del artículo 179 por más que el contacto sexual en ese tercer hecho lo ejecutase exclusivamente el sujeto aquí no juzgado.

Así la doctrina de este Tribunal ha considerado que la actuación por la que el sujeto contribuye con su violencia, incluso con su intimidante presencia, a anular cualquier resistencia posible de la víctima de la agresión sexual, debe considerarse de verdadera autoría del párrafo primero del artículo 28 del Código Penal.

Así lo hemos dicho en nuestra Sentencia 99/2007, de 16 de febrero: la Audiencia atribuye a cada acusado no la cooperación necesaria en la conducta delictiva del otro sino la autoría conjunta de ambos en las dos agresiones, al compartir el ejercicio de la intimidación necesaria para la consumación de los ataques a la libertad sexual de la víctima... Y como ese planteamiento de la autoría conjunta, en el caso que nos ocupa, atendiendo al relato de hechos y a la mecánica comisiva en ellos descrita, ha de considerarse como correcta, la conclusión acerca de que nos hallamos frente a un delito continuado de agresión sexual agravado por la pluralidad de sujetos que, como autores ambos, lo cometieron, no puede ser considerada como un supuesto de *bis in idem*, o indebida doble incriminación por un solo hecho, debiendo, en consecuencia, desestimarse el motivo.

Tropieza, en principio, esta propuesta con la objeción de que la acusación, en el caso que ahora juzgamos, reclamó la pena al amparo del párrafo segundo del artículo 28 del Código Penal por el hecho de la tercera de las agresiones sexuales.

El cambio de título de imputación, autoría del párrafo primero y no del párrafo segundo ambos del artículo 28 del Código Penal, no excede sin embargo de las facultades del Juzgador, pues, ni da lugar a una heterogeneidad que repercuta en las posibilidades de defensa, ni conlleva agravación de la responsabilidad penal. Muy al contrario, esa innovación jurisdiccional de la calificación de la parte, le abre el camino para exonerarle de la sanción separada de la tercera agresión sexual como delito excluido de la continuidad.

4. Pero, aún manteniendo la diversidad de autoría atribuida al recurrente, no es ineludible la consideración de sus tres comportamientos bajo la norma de determinación de la pena del apartado primero del artículo 74 del Código Penal.

Desde luego cabe dar por supuesto que la identidad de ocasión, proximidad temporal y espacial e identidad de sujeto pasivo, concurren en los tres casos, por lo que concurre también con relación al tercero, la identidad de hipótesis que justificó la consideración de los dos primeros comportamientos como delito continuado y, por ello, cabe tener por cumplidas las exigencias previstas en el apartado 3 del artículo 74 del Código Penal citado.

El único óbice devendría de la diversa manera en que el recurrente comete el hecho del que deriva su responsabilidad penal.

Aquí hemos de advertir una cierta incoherencia en valorar que, en los comportamientos penados como delito continuado —las dos agresiones en las que el acceso fue cometido por el recurrente—, se considere que concurre el supuesto de hecho que se comete por la actuación conjunta de dos o más personas, y, por el contrario, al calificar el título de autoría se valore que en el tercero de esos comportamientos el recurrente participa en el hecho de otro. Hemos advertido ciertamente en alguna ocasión que eso es admisible en la medida que la agravación prevista en el artículo 180.1.2.^a se refiere al caso en que los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas. La expresión no es sinónima de la realización conjunta del hecho al que se refiere el artículo 28. Esta última supone que todos los intervinientes realizan el hecho

en la forma antes expuesta al hablar de la coautoría, de forma que todos ellos son autores, mientras que la actuación conjunta puede predicarse no solo respecto de los autores sino también respecto de los cooperadores, necesarios o no, al menos cuando desarrollan su conducta al mismo tiempo que aquellos. (STS 975/2005 antes citada).

Incluso estimamos que, no obstante una abundante jurisprudencia en sentido diverso, y a los efectos del artículo 74 del Código Penal, cabe considerar que la realización de una pluralidad de acciones puede ser penada como delito continuado, si concurren los demás presupuestos –aprovechamiento de idéntica ocasión e infracción de preceptos de semejante naturaleza–, entre los que ya no es ineludible la unidad de plan y, con él, de sujeto que lo urde.

Esa fue la tesis de la acusación en el caso resuelto en nuestra Sentencia 396/2007, de 26 de abril, que allí tampoco consideramos correcta pero mantuvimos precisamente por exigencia del principio acusatorio. Y esa era la tesis del Ministerio Fiscal en el caso resuelto en la antes citada Sentencia 462/2003 según se nos dice en la misma.

Y lo estimamos así porque las acciones de realizar el acceso sexual violento y la de posibilitar, con contribuciones necesarias, el acceso sexual por otro, respecto de la misma víctima, son conductas que se califican como autoría la primera y se considera autoría, por el párrafo segundo artículo 28 del Código Penal, la segunda, del idéntico delito de agresión sexual.

Así pues esa mitigación de la homogeneidad carece de relevancia y entidad, al menos jurídica, suficiente para excluir la consideración unitaria del artículo 74 del Código Penal.

Es en esta medida que consideramos estimable el motivo del recurso y, en consecuencia, como haremos en la segunda sentencia, determinar la pena aplicable bajo la previsión del citado precepto como delito continuado en relación a los tres comportamientos.

(Sentencia núm. 849/2009, de 27 de julio)

ARTÍCULO 189.1 B)

Corrupción de menores. Distribución de material pornográfico en cuya elaboración han sido utilizados menores. Alcance y aplicación restrictiva del subtipo agravado del artículo 189.3.a) CP por utilización de menores de 13 años a los tipos básicos del apartado primero de dicho artículo. Indebida aplicación en la instancia del subtipo agravado ya que el acusado ha difundido soportes previamente elaborados por otros, en cuya elaboración o producción utilizando a los menores en persona no consta que haya participado.

Se impugna la sentencia por infracción de ley al estimar, con base en el art. 849.1.º de LECRIM., que no concurre el tipo penal aplicado por la Sala de instancia, es decir, el previsto en el artículo 189 apartado 1 b) y apartado 3 a) del Código Penal.

Con respecto al apartado 1 b) del referido precepto, ya se ha incidido en que el acusado no sólo poseía los archivos de pornografía de menores para su propio uso, lo cual nos situaría en el apartado 2 de la norma, sino que también los almacenaba con la consecuencia inherente de su distribución a terceras personas, por lo que no cabe

duda de que procede subsumir su conducta en la acción de distribuir que prevé el artículo 189.1 b) del Código Penal.

Muchos más problemas suscita la incardinación de la conducta del acusado en el subtipo agravado del apartado 3 a) del artículo 189. Y no porque no se haya probado que algunos de los archivos contuvieran material pornográfico relativo a menores de 13 años, circunstancia que, en contra de lo que alega la defensa, resulta obvia una vez visionadas las fotografías que obran en la causa. La objeción proviene de la interpretación que en cuanto a la extensión del subtipo agravado viene haciendo esta Sala en las últimas resoluciones dictadas sobre la materia.

En efecto, este Tribunal se ha planteado en las últimas sentencias dictadas sobre el subtipo del artículo 189.3 a) del Código Penal (SSTS 674/2009, de 20 de mayo; 795/2009, de 28 de mayo; y 592/2009, de 5 de junio) si la norma agravatoria, consistente en haber utilizado a menores de 13 años, era aplicable a todos los casos comprendidos en el apartado 1 b) del artículo 189, o si sólo operaba en relación con aquellas actividades en las que a los menores se les haya hecho intervenir personalmente, es decir, sirviéndose directamente de personas comprendidas en esa franja de edad (personas de carne y hueso). Y el dilema interpretativo lo ha resuelto esta Sala de Casación en el sentido de que cuando el legislador se refiere a «utilizar» menores de 13 años está aplicando el verbo «utilizar» como sinónimo de usar, aprovechar, emplear o servirse de dichos menores, y estas acciones pueden integrar directamente las conductas previstas en la letra a) del apartado 1, pero no necesariamente todas las descritas en la letra b), pues la difusión o posterior utilización de imágenes producidas por otro no significa usar o utilizar a los menores, sino difundir los soportes ya elaborados en los que sí se han utilizado menores de 13 años en persona, de forma que sería necesario establecer en cada caso, en relación con la letra b) del apartado 1, si ha concurrido o no esta utilización.

Por otra parte, acaba diciendo la reciente doctrina jurisprudencial, si la posesión para uso propio no admite el subtipo agravado y se castiga con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de diez meses a dos años, y la conducta básica de la posesión destinada a su difusión conlleva una pena única de prisión de uno a cuatro años, parece una exasperación punitiva excesiva alcanzar la pena de cuatro años cuando el sujeto no ha elaborado ni ha intervenido en la producción del material pornográfico (SSTS 674/2009, de 20 de mayo; y 795/2009, de 28 de mayo).

La proyección de las pautas precedentes al caso que ahora se enjuicia determina necesariamente la inaplicación del subtipo agravado de la utilización de menores de 13 años, puesto que el acusado se ha limitado a poseer archivos pornográficos de menores de 13 años a sabiendas de que al mismo tiempo los estaba difundiendo a otros internautas. Pero en ningún caso consta prueba acreditativa de que haya utilizado a los menores de edad para elaborar el material ni tampoco consta que haya intervenido en su producción. Es más, ni siquiera se le imputan estas conductas concretas.

Así las cosas, ha de estimarse parcialmente el motivo de casación por infracción de ley y excluir en la nueva sentencia la aplicación del subtipo agravado relativo a la utilización de menores de 13 años.

Sexto. El recurrente plantea como motivo quinto de casación el quebrantamiento de forma del artículo 851.3.º por no haber resuelto la Sala de instancia sobre la alegación relativa al error en que dice haber incurrido, tanto en lo que respecta a la edad de las menores como en lo que concierne a que la conducta de descargar los archivos pornográficos conllevaba la distribución a otros internautas.

Pues bien, con respecto al error relativo a la edad de los menores, además de haberse ya descartado la aplicación del subtipo agravado, también se ha dicho que el

conocimiento de ese dato resulta obvio con la simple visión de las fotos que figuran unidas a la causa.

Y en lo referente a la distribución a terceros, la parte viene a alegar un error de tipo, pues afirma que no conocía cómo operaba realmente el programa de descarga de los archivos en su ordenador, incidiendo en que ignoraba que la descarga entrañaba la puesta a disposición de otros internautas del material pornográfico que iba almacenando en su ordenador.

Los argumentos que ha venido exponiendo en su defensa el acusado durante todo el discurrir del proceso evidencian que era un perfecto conocedor del programa Emule y de sus posibilidades y derivaciones. De modo que, tratándose además de un sistema implantado a nivel general para «bajar» de la red archivos de extenso contenido y teniendo una difusión prácticamente universal, se considera inverosímil que no supiera el acusado, que es un asiduo consumidor del programa y un experto en su manejo, cuáles eran las bases de intercambio sobre qué operaba y cuáles eran las contraprestaciones a que se veía comprometido con respecto a los restantes internautas de cuyos archivos se beneficiaba.

Se rechaza por tanto la concurrencia de un posible error, desestimándose así este motivo de impugnación.

(Sentencia núm. 873/2009, de 23 de julio)

ARTÍCULO 248

Estafa. Administrador de sociedad dedicada a la promoción de viviendas que vende como libres fincas gravadas con hipoteca. Eficacia del engaño bastante. No hay falta de diligencia del comprador que no hizo comprobación registral previa. Buena fe que preside las relaciones contractuales y que lleva a confiar en la honradez del vendedor que ante notario declara que la hipoteca está pagada, y sólo pendiente de cancelación registral.

Se alega la infracción de los arts. 248 y 250.1.6.º del Código Penal alegando que no concurre el engaño como elemento del tipo de estafa, ya que el error sufrido por la víctima se debió más a su imprudente indolencia de no comprobar que las hipotecas estaban impagadas que a la eficacia engañosa de la afirmación del acusado diciéndoles, al otorgar la respectiva escritura de venta que estaban pagadas y sólo pendientes de inscribir su cancelación en el Registro de la Propiedad.

El argumento es verdaderamente inadmisibles porque supone elevar directamente a la categoría de imprudencia o desidia de un comprador lo que no es más que observancia de la buena fe, es decir confianza en la decencia y honestidad del vendedor. En los negocios no es la regla general que las personas se engañen, mientan o defrauden. Y cuando un comprador es engañado por un vendedor que ante Notario afirma que la hipoteca de la finca que está vendiendo ha sido íntegramente pagada, confiar en esa palabra es simplemente confianza en la honradez del vendedor, y actuar según las reglas de la buena fe. El hecho de que objetivamente fuera posible comprobar que el vendedor mentía no significa que no hacerlo sea una imprudencia, ni que el engaño por ello sea ineficaz. Era engaño adecuado porque contaba con la confianza del prójimo fundada en la decencia de los demás, que hoy por hoy sigue siendo la regla general y no una excepción del comportamiento contractual.

Dicho esto –que anticipamos porque no es realmente de recibo que el estafador encima de engañar al estafado pretenda situar sobre éste la responsabilidad por no haber desconfiado del defraudador cuando nada justificaba esa desconfianza salvo que se quiera elevarla a criterio rector supremo de toda actividad humana– hemos de recordar la correcta interpretación de la suficiencia del engaño como elemento de la estafa:

Como ya señaló esta Sala en Sentencia 1435/2001, de 18 de julio, el engaño es bastante cuando es suficiente y proporcional a los fines propuestos, debiendo valorarse su idoneidad atendiendo fundamentalmente a las condiciones personales del sujeto afectado y a las circunstancias del caso concreto. De este modo el criterio de valoración, –dice la Sentencia de esta Sala de 4 de diciembre de 2000 – viene a ser al mismo tiempo objetivo en cuanto valora la idoneidad en sí misma de la conducta desplegada por el sujeto para producir error en otro; y subjetivo al tener en cuenta las circunstancias específicas de la concreta persona a la que se dirige el engaño. De donde resultan las siguientes consecuencias: *a)* se excluye en principio la relevancia típica del engaño burdo, fantástico o increíble, incapaz de mover la voluntad de las personas normalmente constituidas intelectualmente según el ambiente social y cultural en el que se desenvuelven; *b)* pero no cuando un inferior nivel del sujeto pasivo es aprovechado por el acusado conscientemente, en cuyo caso esa condición personal convierte en suficiente el engaño desplegado resultando así dotado de una eficacia de la que en otros casos carecería.

En tal supuesto son las circunstancias subjetivas del sujeto pasivo las que convierten el engaño en objetivamente idóneo; *c)* se excluye igualmente la relevancia típica del engaño cuando, siendo objetivamente inidóneo, la representación errónea de la realidad por el sujeto pasivo deriva exclusivamente de un comportamiento suyo imprudente no inducido a su vez por artimañas o ardis del sujeto activo. En tal supuesto el error de aquél no es objetivamente imputable al engaño de éste, ni por ello las circunstancias subjetivas de la víctima en este caso convierten en idóneo un engaño que objetivamente no lo era (Sentencia de 4 de diciembre de 2000).

En el caso presente el ejercicio del vendedor afirmando en las escrituras públicas notariales que las hipotecas registralmente existentes obedecían a deudas ya satisfechas y que por tanto sólo restaba hacer la escritura de cancelación del gravamen real, no es algo absurdo, fantástico ni increíble, sino normal, corriente y habitual, perteneciente al mundo verdadero de los fenómenos comerciales y jurídicos. Por otra parte el error padecido por los compradores no trae causa de un comportamiento propio creador de un equivocado conocimiento de la realidad, sino del engaño ajeno pues la mendacidad de las falsas afirmaciones del vendedor, aparentemente honrado y por ello creíble, fue lo que llevó a cada comprador a creer ya extinguida la deuda que la hipoteca garantizaba, lo que no era verdad, aunque el vendedor aparentó eficazmente que sí lo era. El engaño fue adecuado e idóneo para integrar la estafa.

(Sentencia núm. 419/2009, de 31 de marzo)

ARTÍCULO 257.2

Alzamiento de bienes. Venta de bienes objeto de embargo, hasta el punto no ya de dificultar sino incluso de impedir el cobro de la deuda, al menos parcialmente, a la acreedora.

El Segundo motivo, con cita del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alude a la infracción de Ley consistente en la incorrecta aplicación a los hechos

enjuiciados del artículo 257.2 del Código Penal, que define el delito de alzamiento de bienes, objeto de condena, toda vez que no puede afirmarse la voluntad del recurrente de no hacer pago de las deudas contraídas, puesto que fue precisamente la acreedora quien no quiso aceptar, como pago, la entrega de ciertas mercancías que permanecían en posesión del deudor.

A este respecto, ha de recordarse una vez más que, de acuerdo con numerosísimos pronunciamientos de esta Sala, la vía casacional aquí utilizada (art. 849.1.º LECr) ha de suponer, tan sólo, la comprobación por este Tribunal de Casación de la correcta subsunción de los Hechos declarados probados en los preceptos de orden sustantivo que integran el ordenamiento penal.

Labor que, no obstante, ha de partir siempre de un principio esencial, cual es el de la intangibilidad de la narración de Hechos llevada a cabo por el Tribunal de instancia, sobre la convicción que por el mismo se alcanza acerca de la realidad de lo acontecido, como consecuencia de la valoración del material probatorio disponible, que le es propia.

En este sentido, es clara la improcedencia también del motivo, puesto que la descripción narrativa del hecho sobre el que se asienta el pronunciamiento de la Audiencia es de sobra bastante e idónea para alcanzar su conclusión condenatoria respecto del delito de alzamiento de bienes cuya autoría se atribuye al recurrente, toda vez que, al margen de las relaciones que hubieran podido producirse con motivo del pago de la deuda que da origen a tales hechos, lo cierto es que, según la literalidad del referido relato fáctico, ésta subsistía, había sido declarada judicialmente, acordada la ejecución, también judicial, de esa decisión y finalmente embargados los bienes, con pleno conocimiento de todo ello por parte de quien recurre, que, a pesar de ese conocimiento, continuó vendiendo en su establecimiento esos bienes objeto de embargo, hasta el punto no ya de dificultar sino incluso de impedir el cobro de la deuda, al menos parcialmente, a la acreedora.

Semejante descripción de lo acontecido, ha de tenerse sin duda por base fáctica más que suficiente para la calificación jurídica de los hechos como delito de alzamiento, del artículo 257.2 del Código Penal que, en concreto, castiga al que, en perjuicio de sus acreedores «... realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación.»

(Sentencia núm. 811/2009, de 19 de julio)

ARTÍCULO 295

Delito societario de administración desleal. Ventas irregulares de productos que comercializaba la entidad donde los acusados eran administradores solidarios.

Se alega, en defensa del motivo, que se ha producido infracción legal al haberse acordado la absolución de los acusados D. Octavio y D. Carlos Jesús por el delito societario de falseamiento de cuentas del que habían sido acusados, toda vez, se dice, que en el relato fáctico concurren todos los requisitos del mencionado tipo penal, al haberse vulnerado el derecho de sociedad, socios y terceros a obtener una información completa y veraz sobre la actuación jurídica o económica de la entidad, existiendo una doble contabilidad y que el término falsear a que se refiere este precepto

debe entenderse en el sentido de mentir, alterar o no reflejar la verdadera situación económica o jurídica de la entidad en los documentos que suscriba el administrador de hecho o de derecho y que eso se dice producido en los hechos que se declaran probados que se mencionan en el motivo.

El motivo no puede prosperar.

El artículo del Código Penal, que se dice indebidamente no aplicado, castiga los administradores de hecho o de derecho de una sociedad que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deben reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a algunos de sus socios o a un tercero.

El Tribunal de instancia, que sí ha apreciado un delito societario por administración fraudulenta y otro de apropiación indebida, rechaza esta otra modalidad societaria, por aplicación del derecho de presunción de inocencia, argumentando que no existen pruebas claras de falseamiento ni queda acreditado que los más de setecientos millones de pesetas que aparecen en un listado de objetivos respondan a operaciones realmente realizadas, presentando, además, sería dificultad la imputación a los actuales acusados conductas concretas al respecto, sin que haya quedado clara la causa que determinó la solicitud de suspensión de pagos, habiéndose mencionado varias: la política agresiva de los competidores directos, la crisis de la dioxina, la crisis de los piensos y la coyuntura bancaria adversa.

El delito societario tipificado en el artículo 290 del Código Penal viene a tutelar la transparencia externa de la administración social y la conducta delictiva consiste en la infracción del deber de veracidad en la elaboración de las cuentas anuales y otros documentos de la sociedad, es decir, en el falseamiento de las cuentas que deban reflejar la situación jurídica y económica de la sociedad de forma idónea para perjudicar a la sociedad, a sus socios o a un tercero. En esta mención a las cuentas anuales debe considerarse incluido el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, la memoria, el informe de gestión así como los informes que deben elaborar los administradores para la adopción de determinados acuerdos (aumento de capital, modificación de estatutos, etc...). Y como delito doloso requiere el conocimiento por parte del autor de la idoneidad lesiva de la acción. Caso de que se llegare a causar el perjuicio económico se aplicará el subtipo agravado que también viene incorporado al mencionado artículo 290 del Código Penal.

Y la totalidad de estos elementos que integran tanto el tipo objetivo como subjetivo de este delito societario no están recogidos en el relato fáctico de la sentencia recurrida que, dado el cauce procesal esgrimido, debe ser rigurosamente respetado.

Se describen unas ventas irregulares de los productos lácteos y alimenticios que comercializaba la entidad «Menogal, S.A.», entidad de la que los acusados don Octavio y don Carlos Jesús eran, en ese tiempo, administradores solidarios, irregularidades consistentes en que no todas las ventas que se efectuaban a través de una nutrida red de vendedores ambulantes ni la totalidad de las que se efectuaban en el almacén de la sociedad se reflejaban en la contabilidad, y el importe de esas ventas iba a una contabilidad distinta y se entregaba en mano al cajero o a la persona que le sustituía, quienes hacían llegar ese dinero a la dirección de la empresa, habiéndose acreditado la existencia de 122 albaranes de ventas irregulares con un importe de total de 726.431 pesetas, dinero que no se ingresaba en la sociedad.

El Tribunal de instancia califica estas conductas como constitutivas de un delito societario de administración desleal, o administración fraudulenta o abusiva, tipificado en el artículo 295 del Código Penal, en concurso de normas con un delito de apropiación indebida del artículo 252 del mismo texto legal, concurso de normas que

resuelve, con aplicación del artículo 8.4 del Código Penal, haciendo uso del principio de alternatividad, optando por el precepto que impone mayor pena que en este caso entiende el Tribunal de instancia lo es el delito societario del artículo 295, en el que quedará absorbido el delito de apropiación indebida, delito societario por el que se condena a los acusados don Octavio y don Carlos Jesús, rechazándose, por las razones que se han dejado antes expresadas, que los hechos que se declaran probados sean asimismo constitutivos del delito societario tipificado en el artículo 290 del Código Penal, decisión del Tribunal de instancia que no puede ser considerada ilógica, al responder a la valoración de la prueba que incumbe esencialmente al Tribunal sentenciador, y que se ha reflejado en los hechos que se declaran probados en los que no se atribuye a los acusados la existencia de una acción falsaria objetivamente idónea para dañar el patrimonio social con independencia y autonomía respecto de la conducta que se subsume en los delitos de administración desleal y apropiación indebida apreciados en la sentencia recurrida.

(Sentencia núm. 863/2009, de 16 de julio)

ARTÍCULO 369.2

Tráfico de drogas. Supuesto agravado de pertenencia a organización. Requisitos. Se considera asociación u organización cualquier red estructurada, sea cual fuere la forma de estructuración, que agrupe a una pluralidad de personas con una jerarquización y reparto de tareas o funciones entre ellas y que posea una vocación de permanencia en el tiempo.

El motivo correlativo se articula, al amparo del artículo 849.1 LECr., por infracción de ley, y de los artículos 369.2 y 370 CP, por aplicación indebida de pertenencia a organización.

1. Se reprocha a la Sentencia de instancia, que apreció la concurrencia de este subtipo agravado, haber expuesto la necesidad de la concurrencia de cinco elementos, olvidándose de dos de ellos, como son el empleo de medios de comunicación no habituales y la atribución diferenciada de tareas.

2. La Sentencia de instancia, siguiendo a la STS que cita, de 22 de marzo de 2005, en efecto señala que: «La organización, como agravante específica del n.º 2 del artículo 369 del Código Penal para su apreciación requiere (por todas, STS de 22 de marzo de 2005):

- 1.º Una estructura más o menos formalizada y establecida.
- 2.º Empleo de medios de comunicación no habituales.
- 3.º Pluralidad de personas previamente concertadas.
- 4.º Atribución diferenciada de tareas y
- 5.º Estabilidad temporal suficiente para la efectividad del resultado ilícito apreciado. O lo que es lo mismo, la organización, a estos efectos agravatorios, requiere la actuación a través de una determinada estructura caracterizada por la existencia de una especie de agrupación jerarquizada respecto a las funciones a desarrollar por cada uno de sus miembros. En cambio, esta figura jurídica no depende del mayor o menor número de personas que la integren, ni tampoco de reglas estatutarias preestablecidas, ni de siglas o nominaciones expresas, ni de cualquier otro formalismo constituyente. Es decir, jurisprudencialmente se sustenta un sentido amplio, un concepto amplio

definidor que «abarca una serie amplia de posibilidades, dentro de un gran abanico en el que caben todos los supuestos en los que dos o más personas programen el propósito de desarrollar una idea criminal aceptada y consentida fuera desde luego del mero concierto ocasional, pues no puede confundirse la organización con la coautoría o con la coparticipación (STS de 2 de abril de 1996)».

Y, a la vista de ello, la propia sentencia dice que: «Examinado el factor determinante de la calificación jurídica que corresponde, resulta incuestionable que en el presente caso, concurren todos aquellos requisitos; hay estructura, porque disponen de medios para la ejecución del proyecto que han decidido los procesados: buque “XX”, para cuya adquisición se constituye la mercantil, sin actividad alguna, “Numiansa, S.L.”, subrogándose en una hipoteca de aproximadamente 200 millones de euros, donde se iba a recoger 2.485 kilogramos de sustancia ilícita, que habría de alijarle otro buque, para transportarla hasta el punto correspondiente a 37º norte y 13º oeste, donde sería recogida por otra y desde donde, a priori, iba a ser preparada para su posterior difusión y distribución; hay pluralidad de personas previamente concertadas, como es obvio, cada una en sus específicas funciones según relata la declaración fáctica que se estima probada y además media una estabilidad temporal suficiente para la efectividad del resultado perseguido, que en el presente caso se objetiva desde que se identifica a los coordinadores, hasta que con la interceptación de la nave que la oculta se frustra el agotamiento del delito, lo cual no es óbice para considerar que el delito ha sido consumado por ser de mera actividad formal y permanente».

3. Ciertamente, el Tribunal de instancia hace referencia a una serie de requisitos integradores del subtipo agravado constitutivo de «organización», poniendo su énfasis en algunos de ellos y arrumbando los dos que cita el recurrente. Sin embargo, ello no puede tener trascendencia alguna, porque la Sentencia invocada (358/2005, de 22 de marzo) lo que destaca como elementos constitutivos del subtipo es que «varias personas, con vocación de estabilidad y permanencia, realicen coordinadamente los distintos cometidos o funciones que a cada uno le había correspondido desempeñar, actuando de forma jerarquizada o piramidal y disponiendo de medios e instrumentos adecuados para ejecutar el proyecto criminal común».

Ello es acorde con la doctrina constante de esta Sala (STS 808/2005, de 23 de junio; 978/2006, de 28 de septiembre) que ha reputado asociación u organización cualquier red estructurada, sea cual fuere la forma de estructuración, que agrupe a una pluralidad de personas con una jerarquización y reparto de tareas o funciones entre ellas y que posea una vocación de permanencia en el tiempo. Y así se consideran notas diferenciadoras:

- a) La forma jerárquica de la misma en las que unas personas con mayor responsabilidad dan las órdenes que otras ejecutan;
- b) el reparto de funciones o papeles, lo que hace que un miembro con un cometido pueda ser reemplazado por otro sin que resulte afectado el grupo; y
- c) que posea vocación de estabilidad o permanencia en el tiempo, sin perjuicio de la evolución o acomodación de su estructura originaria a las circunstancias sobrevenidas en busca de una mayor eficacia en sus objetivos ilícitos y mayores obstaculizaciones o dificultades en el descubrimiento de la red criminal.

Y como tales elementos son los que han sido descritos en el *factum*, hay que entender que la subsunción efectuada por el Tribunal de instancia es correcta.

(Sentencia núm. 641/2009, de 16 de junio)

ARTÍCULO 516

Integración con banda armada. Requisitos. Diferencias con el delito de colaboración con banda armada

En la STS 1346/2001, de 28 de junio, se decía «... La pertenencia, impone por sí misma una prestación de algún tipo de servicio para los fines de la banda, ya en el campo ideológico, económico, logístico, de aprovisionamiento o reejecución de objetivos de mayor intensidad que las conductas de colaboración previstas en el artículo 576».

La STS 1127/2002, de 17 de junio, señala como requisitos del delito de integración con banda armada, los siguientes:

a) Como sustrato primario, la existencia de una propia banda armada u organización terrorista, en los términos anteriormente expuestos, que exige, pues, pluralidad de personas, existencia de unos vínculos y el establecimiento de relaciones de cierta jerarquía y subordinación. Tal organización tendrá por finalidad la realización de acciones violentas contra personas y cosas, con finalidad de pervertir el orden democrático-constitucional, en definitiva actuar con finalidad política, de modo criminal. Su estructura será compleja, pues sus componentes pueden abarcar diversas facetas o actuaciones (informativas, ejecutivas u operativas en cualquier orden, para la consecución de sus fines, uno de cuyos componentes será la comisión delictiva indiscriminada, con objeto de coaccionar socialmente para la imposición de sus objetivos finales).

b) Como sustrato subjetivo, tal pertenencia o integración requiere un carácter más o menos permanente, pero nunca episódico, lo que, a su vez, exige participar en sus fines, aceptar el resultado de sus actos y eventualmente realizar actos de colaboración que, por razón de su integración, se convierten en actividades que coadyuvan en la finalidad que persigue el grupo.

De ahí que aquellas personas no integradas en la organización que realizan esporádicamente actos de colaboración definidos en el artículo 576 del Código Penal son autores de un delito de dicha clase, pero los que perteneciendo a la organización, como miembros de la misma, realizan tales acciones deben ser sancionados conforme al artículo 516 del Código Penal, salvo que tales actos sean «per se» constitutivos de otro ilícito penal, lo que producirá un concurso delictivo.

El elemento diferencial es, por consiguiente, un componente asociativo (ilícito), marcado por la asunción de fines y la voluntad de integración en la organización, sin perjuicio de la mayor o menor intervención en la misma, que tendrá reflejo, no obstante, en la diferenciación penológica que se disciplina en el propio precepto (art. 516) entre promotores, directores y directivos de cualquiera de sus grupos, y los meros integrantes de las citadas organizaciones.

A su vez la STS 785/2003, de 29 de mayo, señalaba al diferenciar una y otra figura, que: «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 vértebra 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 sí, 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).

En definitiva la pertenencia, dice la STS 541/2007, de 14 de junio, de esta forma, supone la integración de manera más o menos definitiva, pero superando la mera presencia o intervención episódica, y sin que signifique necesariamente la participación en los actos violentos característicos de esta clase de delincuencia, pues es posible apreciar la pertenencia a la organización como integrante de la misma cuando se desempeñan otras funciones diferentes como consecuencia del reparto de cometidos propio de cualquier organización, a la que no es ajena la de carácter criminal. Así, es posible apreciar la integración en los casos en los que el autor aporte una disponibilidad acreditada y efectiva para la ejecución de distintos actos, en un principio indeterminados, de favorecimiento de las actividades de otro tipo realizadas por la organización terrorista.

En la STS 119/2007, de 16 de febrero, se citaban los requisitos establecidos jurisprudencialmente para apreciar la pertenencia a banda armada, grupo u organización terrorista, se decía en esta sentencia, recogiendo doctrina de otras precedentes, que «al respecto, hemos establecido (Sentencia 1.127/2002, de 17 de junio; o 556/2006, de 31 de mayo) que los requisitos que se exigen para la apreciación del delito de integración en organización terrorista, son los siguientes»:

a) Como sustrato primario, la existencia de un grupo o banda armada u organización terrorista, lo que, a su vez, exige, la presencia de una pluralidad de personas, la existencia de unos vínculos entre ellas y el establecimiento de relaciones de cierta jerarquía y subordinación. Tal organización tendrá por finalidad la realización de acciones violentas contra personas y cosas, con finalidad de pervertir el orden democrático-constitucional. En definitiva actuar con finalidad política de modo criminal. Su estructura será compleja, pues sus componentes pueden abarcar diversas facetas o actuaciones (informativas, ejecutivas u operativas en cualquier orden) para la consecución de sus fines, uno de cuyos aspectos será la comisión delictiva indiscriminada, con objeto de coaccionar socialmente para la imposición de sus objetivos finales.

b) Como sustrato subjetivo, tal pertenencia o integración requiere un carácter más o menos permanente, pero nunca episódico, lo que, a su vez, exige participar en sus fines, aceptar el resultado de sus actos y eventualmente realizar actos de colaboración que, por razón de su integración, se convierten en actividades que coadyuvan a la finalidad que persigue el grupo.

(Sentencia núm. 480/2009, de 22 de mayo)

ARTÍCULO 576

Colaboración con banda armada, organización o grupo terrorista. El delito de colaboración incluye aquellas acciones que realizadas voluntariamente facilitan cualquiera de las actividades de la organización terrorista (infraestructura, comunicación, organización, financiación, reclutamiento, entrenamiento, transporte, propaganda, etc..)

Es evidente que con las fórmulas legales contenidas en el precepto de colaboración se reafirma el designio constitucional de que ninguna actividad que incluya la violencia como método de lucha política resulta homologada para participar en la

vida pública. Se garantiza el pluralismo político y la libertad ideológica, como lo el dato de que el título básico incriminador del terrorismo no es su teórica finalidad política tomada aisladamente, sino la actividad violenta que los terroristas diseñan y ejercitan para alcanzar sus objetivos y el efecto social que el mismo produce, dirigido a torcer los normales mecanismos de decisión política.

Por ello la colaboración penalmente relevante es aquella que se proyecta sobre la actividad delictiva contemplada en su conjunto. De ahí, que el punto de referencia adoptado para castigar la colaboración no sea el delito concreto a cuya realización puede contribuirse sino el elemento de organización terrorista que resultan favorecidas por la actividad.

Por ello, el delito de colaboración 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, pues donde el tipo despliega su más intensa funcionalidad y en los supuestos de colaboración genéricas, que favorecen el conjunto de las actividades o la consecución de los fines de la banda armada.

Siendo así el delito de colaboración incluye aquellas acciones que realizadas voluntariamente facilitan cualquiera de las actividades de la organización (infraestructura, comunicación, organización, financiación, reclutamiento, entrenamiento, transporte, propaganda, etc.) 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, cuando en un Estado Social y Democrático de Derecho, existen cauces pacíficos y democráticos para la prosecución de cualquier finalidad política.

En este delito la concurrencia del dolo implica en estos casos tomar conciencia del favorecimiento y de la finalidad perseguida por el mismo y voluntad de ayuda. Ello es lo que permite distinguir el dolo del móvil, pues mientras que el primero es único e inmediato, el segundo es plural y mediato (amistad, afinidad ideológica, relación de parentesco, etc.) de modo que mientras no se incorpore el móvil o animo especial al tipo de injusto no tendrá ningún poderío destipificador y sólo podrá moverse en el ámbito de las atenuantes genéricas o específicas que se recojan (SSTS 380/97, de 25 de marzo, 1688/99, de 1 de diciembre, 974/2005, de 17 de marzo).

En definitiva, la subsunción legal, en lo que al elemento subjetivo del tipo se refiere, se produce porque la conducta de colaboración nace de las acciones desarrolladas como lógica concreción de la voluntad de ayuda a la banda terrorista, que hace que el dolo se funda en una doble acreditación: de una parte, la conciencia de estar ejercitando actividades que suponen colaboración con banda armada, y de otra, la concurrencia de la potencial importancia en términos de eficacia que supone la conducta del colaborador para la actividad terrorista, quedando, por tanto, en principio excluidas de la punición las conductas que se limitan a expresar la coincidencia programática con la pretensión terrorista; bien entendido que en este punto en la STS 556/2006, de 31 de mayo, con cita en la STS 1284/2005, de 31 de octubre, declarábamos que la libertad de expresión tiene la jerarquía propia de una garantía esencial de un Estado en el que se reconoce a la libertad y al pluralismo político el carácter de «valores superiores de su ordenamiento jurídico» (art. 1 CE). Pero la propia Constitución, no obstante la trascendencia y el carácter preponderante que se debe atribuir a la libertad de expresión, reconoce –art. 20.4 –, que no es un derecho ilimitado y absoluto.

El derecho a la libertad de expresión y de información, concurriendo los necesarios presupuestos, puede operar como justificación en delitos que afectan a otros derechos fundamentales, como el honor o la intimidad, por cuanto que aquel derecho sirve para la formación de opinión pública en asuntos de interés para la colectividad, y la ponderación a realizar en tales casos debe ser, según reiterada jurisprudencia, favorable a las libertades de expresión e información. Pero esta misma ponderación a realizar entre los intereses contrapuestos difícilmente puede resolverse a favor de aquellas libertades, cuando la conducta cometida por el autor ha consistido en una colaboración con terroristas, cuyas acciones desembocan en gravísimas consecuencias para la generalidad de las personas. La desproporción entre los fines perseguidos en el ejercicio de la libertad de información, sin duda de una extraordinaria proyección en el ámbito de delitos como los de injurias y calumnias, y los bienes jurídicos comprometidos con la comisión de delitos de terrorismo (orden público, vida, salud e integridad física, estabilidad nacional e internacional, etc.), es tan manifiesta que excusa de mayores consideraciones al respecto.

En el caso presente la sentencia de instancia, en su relato de hechos probados, cuyo riguroso respeto exige la vía casacional del artículo 849.1 LECrim., destaca como la organización terrorista llegó a apoderarse del periódico y de su grupo editorial, hasta el punto de convertirlos en un «cuarto frente», el mediático o informativo, destinado a apoyar y alentar a los demás frentes a toda costa y totalmente supeditado a las decisiones del comité ejecutivo de ETA, añadiendo que al margen de las distintas secciones del diario EGIN y de su línea informativa, la utilización del Grupo Orain S.A. y de sus productos informativos por parte de ETA suponía no sólo el aprovechamiento de la protección de la libertad de expresión y del derecho a difundir información veraz para los fines propios de un entramado criminal, sino que alcanzaba a los medios de producción gráfica del diario, tales como la rotativa, sus ordenadores o su material ofimático que eran puestos al servicio de los fines y actividades de organizaciones terroristas integrantes en KAS. Y asimismo el motivo mutila interesadamente lo que la resolución judicial declara probado en relación a las editoriales del diario EGIN, pues a continuación refiere que se publicaba íntegramente los comunicados de ETA y KAS y publicaba entrevistas con responsables de ETA y KAS.

Acreditaba la legitimidad de las reivindicaciones de las acciones violentas cometidas por los miembros de ETA, para lo cual la dirección del periódico disponía de un catálogo de claves, elaborado por ETA, que permitía verificar la autenticidad de las llamadas de reclamo. Avisaba públicamente de la puesta en marcha de operaciones policiales dirigidas contra ETA o sus grupos de apoyo permitiendo así conocer al resto de colaboradores dicha circunstancia y con ello eludir la acción policial. La publicación de este tipo de informaciones de aviso, que era frecuente en las páginas del diario EGIN era posible porque en la redacción se disponía de capacidad para la interceptación de las radiofrecuencias de los diversos órganos de seguridad. Además se recopilaban e informaban sobre los movimientos de vehículos y dotaciones policiales, controles, etc.

Disponía de secciones como «Merkatu Txikia» (Pequeño Mercado) y «Agurrak» (Saludos) que eran habitualmente utilizadas por los miembros y responsables de ETA para el mantenimiento de contactos, tanto entre militantes de la «organización armada» como entre éstos y sus responsables.

Al margen de las distintas secciones del diario EGIN y de su línea informativa, la utilización del Grupo Orain S.A. y de sus productos informativos por parte de ETA suponía no sólo el aprovechamiento de la protección de la libertad de expresión y del derecho a difundir información veraz para los fines propios de un entramado criminal, sino que alcanzaba a los medios de producción gráfica del diario, tales como la rota-

tiva, sus ordenadores o su material ofimático que eran puestos al servicio de los fines y actividades de organizaciones terroristas integrantes en KAS.

Tal es el caso del servicio prestado a Jarrai, para los cuales entre los meses de mayo y junio de 1993 se elaboraron carteles amenazantes y coactivos contra distintos profesionales de los medios de comunicación social, considerados hostiles por ETA.

También el caso de utilización de las instalaciones y medios del diario EGIN, por uno de los integrantes del autodenominado «KOMANDO SUGOI» de ETA, Carlos Miguel, miembro del equipo de redacción de dicho diario, quien al igual que el otro de sus integrantes, Emilio, aprovecharon la garantía de inviolabilidad que suponía la sede de un medio de comunicación para ocultar, mezclada entre información de índole profesional, la correspondiente a potenciales objetivos de su actividad terrorista.

O la utilización de un ordenador a disposición del director del diario, para el mantenimiento de comunicaciones informáticas vía modem.

Conductas activas que van, más allá, de la mera coincidencia ideológica y que son incardinables en el artículo 576 CP.

(Sentencia núm. 480/2009, de 22 de mayo)

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

MARÍA DEL CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Universidad de Alcalá de Henares

Circulares

CIRCULAR 1/2009, SOBRE LA SUSTITUCIÓN EN EL SISTEMA DE JUSTICIA JUVENIL DE MEDIDAS NO PRIVATIVAS DE LIBERTAD POR LA DE INTERNAMIENTO EN CENTRO SEMIA- BIERTO, EN SUPUESTOS DE QUEBRANTAMIENTO

1. ANTECEDENTES

La posibilidad de modificación de las medidas impuestas en resolución firme como manifestación del principio de flexibilidad en la ejecución supone dar márgenes de maniobra al Juez y al Fiscal y trae causa en la necesidad de adecuar la respuesta jurídica a las concretas demandas que el interés del menor plantea en cada caso concreto.

La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante, LORPM) asume este principio general, concretamente en los artículos 13 y 51, que permiten reducir, modificar o cancelar la ejecución de la medida impuesta, tratando siempre de preservar el interés del menor. Este principio es una de las señas de identidad del Derecho Penal de Menores y como tal aparece en los principales instrumentos internacionales sobre la materia. En este sentido pueden citarse el principio n.º 17.4 de las Reglas Mínimas de las NNUU para la Administración de Justicia de menores, de 29 de noviembre de 1985; la regla 16 párrafo primero de la Recomendación 87(20), del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil y las reglas III.13 y III.20 de la Recomendación (2003)20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre nuevas vías de tratar la delincuencia juvenil y el papel de la Justicia Juvenil. Implícitamente también lo asume el artículo 40.1 de la Convención de Derechos del Niño.

Igualmente la reciente Recomendación Rec (2008)11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, de 5 de noviembre de 2008, sobre Reglas Europeas para Menores sujetos a Sanciones o Medidas acoge el principio de flexibilidad en su punto III.E.1. 49.2.

El artículo 23 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, de 11 de junio de 1948 ya estableció que los acuerdos de los Jueces dictados para corregir a los menores no revestían carácter definitivo, pudiendo ser modificados y dejados sin efecto en cualquier momento, bien de oficio, bien a instancia del representante legal del menor.

La STC n.º 36/1991, de 14 de febrero declaró al respecto que la posibilidad de modificar los acuerdos adoptados en materia reformadora no contraría el principio de legalidad penal, *pues hay que partir de las especiales características de esta jurisdicción, en donde las medidas a imponer no tienen la consideración de penas retributivas de conductas ilícitas, sino de medidas correctoras, aun cuando restrictivas de los derechos fundamentales del menor, siendo impuestas en atención a las condiciones del mismo y susceptibles de adaptación en atención a las circunstancias del caso y a la eventual eficacia de la medida adoptada, primándose así la necesaria flexibilidad que tanto para la adopción de tales medidas como para el mantenimiento de éstas ha de regir la actividad jurisdiccional en la materia.*

No obstante, la misma resolución, en su inciso final, establecía límites: es claro, por lo demás, que el mencionado precepto, al indicar que los acuerdos no tienen carácter definitivo y pueden ser modificados e incluso dejados sin efecto, en modo alguno autoriza a agravar, si no es mediante nuevo procedimiento en razón de nuevos hechos, las medidas ya adoptadas.

Una manifestación singular del principio de flexibilidad es la contenida en el artículo 50.2 LORPM para supuestos de quebrantamiento. De acuerdo con este precepto, *si la medida quebrantada no fuere privativa de libertad, el Ministerio Fiscal podrá instar del Juez de Menores la sustitución de aquella por otra de la misma naturaleza. Excepcionalmente, y a propuesta del Ministerio Fiscal, oídos el letrado y el representante legal del menor, así como el equipo técnico, el Juez de Menores podrá sustituir la medida por otra de internamiento en centro semiabierto, por el tiempo que reste para su cumplimiento.*

Debe además tenerse presente –y ello es importante– que en estos casos el Juez de Menores acordará que el Secretario Judicial remita testimonio de los particulares relativos al quebrantamiento de la medida al Ministerio Fiscal, por si el hecho fuese constitutivo de infracción penal y merecedor de reproche sancionador.

Este precepto tiene como finalidad dar una respuesta a los quebrantamientos en la ejecución de medidas en medio abierto, que por su propia naturaleza son difíciles de ejecutar ante una voluntad deliberadamente rebelde del destinatario de la misma.

Pero no en todos los casos debe procederse, ante un quebrantamiento, a la sustitución. No debe olvidarse que continúa abierta la posibilidad sugerida por la Instrucción 1/1993, de 16 de marzo, *sobre líneas generales de actuación del Ministerio Fiscal en el Procedimiento de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio* conforme a la que *cabe pensar en una modificación a la vista de la manifiesta ineficacia de la medida. No se olvide que no se trata propiamente de sanciones. Si se comprueba que una libertad vigilada está resultando absolutamente ineficaz y no existe posibilidad de dotarla de mayores contenidos y de efectividad habrá que instar su cancelación.*

La Circular 1/2000, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores, al analizar el inciso segundo del artículo 50.2 LORPM, teniendo en cuenta la doctrina sentada por la STC n.º 36/1991 se mostraba reticente a su aplicación al considerar que, entendida en los términos en que está redactado el precepto,

supone admitir la posibilidad de que se le imponga al menor una medida más grave que aquélla a la que fue condenado en la sentencia, lo que podría resultar poco acorde con el entendimiento más clásico del principio de legalidad.

Desde esta perspectiva, la Circular arbitraba distintas alternativas a su utilización tales como en caso de pluralidad de hechos delictivos, solicitar la *imposición tanto de la medida no privativa de libertad de que se trate (por lo general, la de libertad vigilada) como de la medida de internamiento por el tiempo que estime procedente, con la particularidad de que la medida no privativa de libertad habría de ejecutarse antes que la de internamiento, como excepción a la regla 1.ª del artículo 47.2, que el Juez de Menores podría alterar fundamentando su decisión en el interés del menor*. Otra alternativa era la de condicionar la no ejecución efectiva de una medida de internamiento en centro semiabierto al cumplimiento de una medida de libertad vigilada.

Siguiendo la estela de la Circular, esta previsión legal fue objeto de múltiples críticas y así la conclusión n.º 12 de las Jornadas de Jueces de menores organizadas por el CGPJ en abril de 2001 estableció que *el artículo 50. 2 de la LORRPM, en cuanto que prevé, en caso de quebrantamiento, la sustitución de una medida no privativa de libertad por otra de internamiento en centro semiabierto, puede ser contrario a los principios acusatorio y de proporcionalidad que regula el artículo 8 de la LORPM*.

Sea por los términos ambiguos de la Circular, sea por la insuficiencia de las alternativas planteadas por ésta, lo cierto es que de las Memorias de la Fiscalía General del Estado de los años posteriores se deducía que algunas Secciones de Menores, superando los escrúpulos de la Circular 1/2000, promovían la sustitución de medidas no privativas de libertad impuestas por el internamiento en régimen semiabierto en casos de quebrantamiento.

De hecho, las conclusiones de las Jornadas de Fiscales especialistas en reforma de menores, celebradas en Almagro los días 6 y 7 de septiembre de 2007, expresamente declaran que «se estima adecuado, con la excepcionalidad que se predica en el artículo 50.2 LORPM, la sustitución de la medida no privativa de libertad quebrantada por otra de internamiento en centro semiabierto por el tiempo que reste de cumplimiento» (*vid.* conclusión 7 a).

2. LA REGULACIÓN DE LA MODIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS *IN PEIUS* TRAS LA REFORMA 8/2006

La reforma 8/2006 no solo ha mantenido la plena vigencia del artículo 50.2 LORPM sino que además, siguiendo su filosofía, introduce nuevas vías para modificar las medidas en ejecución en un sentido agravatorio.

En efecto, el inciso primero del apartado segundo del artículo 51 LORPM establece que cuando el Juez de Menores haya sustituido la medida de internamiento en régimen cerrado por la de internamiento en régimen semiabierto o abierto, y el menor evolucione desfavorablemente, previa audiencia del letrado del menor, podrá dejar sin efecto la sustitución, volviéndose a aplicar la medida sustituida de internamiento en régimen cerrado.

El inciso segundo del apartado segundo del artículo 51 LORPM tras la reforma, también permite que si la medida impuesta es la de internamiento en régimen semiabierto y el menor evoluciona desfavorablemente, el Juez de Menores podrá sustituirla por la de internamiento en régimen cerrado, cuando el hecho delictivo por la que se impuso sea alguno de los previstos en el artículo 9.2 de esta Ley.

Aquí la mera evolución desfavorable habilita para modificar la medida impuesta en un sentido agravatorio.

Desde el punto de vista procedimental, la Circular 1/2007 aclaraba que aunque no se establecen expresamente los cauces para operar esta sustitución, será en todo caso necesario abrir un incidente en el que se dé audiencia tanto al Fiscal como al ejecutoriado y a su Letrado, debiendo resolverse mediante auto debidamente motivado (art. 44.1 LORPM), y susceptible de recurso tanto de reforma como de apelación (art. 41 LORPM).

Por tanto, tras la reforma el Legislador no sólo mantiene las posibilidades agravatorias del artículo 50.2 sino que las incrementa.

En esa tesitura, la Circular 1/2007, asume implícitamente la aplicabilidad del artículo 50.2 y expresamente la del artículo 51.2, bien que introduciendo algunas caute-las garantistas.

En realidad, como ya refería el AAP Madrid secc. 4.ª 100/2003, de 25 de noviembre «la sustitución resulta necesaria e indispensable para que pueda alcanzar ejecutividad la sentencia cuyo cumplimiento no debe quedar a la libre decisión unilateral del menor».

3. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional recientemente ha tenido ocasión de zanjar el debate al resolver una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona en relación con el artículo 50.2 LORPM.

El reciente ATC n.º 33/2009, de 27 de enero rechaza que el artículo 50.2 LORPM sea contrario al principio de seguridad jurídica: considera el TC que «...ningún desdoro merece el precepto legal cuestionado desde la vertiente objetiva, referida a la certeza de la norma...tampoco ignora la vertiente subjetiva, que remite a la previsibilidad de los efectos de su aplicación por los poderes públicos, toda vez que la modificación de la medida que contempla el artículo 50.2 LORPM es consecuencia del previo quebrantamiento de la medida inicialmente impuesta por los órganos judiciales».

Añade el TC que «...la excepcionalidad que legalmente se predica del ejercicio de esta potestad remite a la necesaria realización del oportuno juicio de proporcionalidad en el momento aplicativo esa misma referencia a la excepcionalidad permite ahora concluir que la regulación legal de la modificación de las medidas, con la finalidad de asegurar su mayor eficacia de cara a la reinserción del menor en la sociedad no incurre en desproporcionalidad...».

Continúa la resolución afirmando que el artículo 50.2 LORPM no contradice las exigencias de la STC 36/1991, pues «supedita el ejercicio de la potestad conferida al Juez de Menores para sustituir la medida inicialmente impuesta por otra de internamiento en centro semiabierto por el tiempo que reste para su cumplimiento a la concurrencia de dos requisitos. En primer lugar, uno de carácter sustantivo, cual es el previo quebrantamiento por el menor de la medida inicialmente impuesta; dicho de otro modo, es preciso que sobrevengan «nuevos hechos» en los términos de la STC 36/1991. Y, en segundo lugar, otro de carácter procesal, pues la decisión judicial de sustitución de la medida sólo puede adoptarse «a propuesta del Ministerio Fiscal, oídos el Letrado y el representante legal del menor, así como el equipo técnico»; esto es, debe mediar «nuevo procedimiento», según se declaró en la indicada Sentencia».

Además, para el TC el derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva «...*actúa como límite que impide a los Jueces y Tribunales variar o revisar las resoluciones judiciales definitivas y firmes al margen de los supuestos y casos taxativamente previstos por la Ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendiesen que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad... no forma parte de la doctrina elaborada por este Tribunal Constitucional acerca del derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes la prohibición absoluta de variación o modificación de estas. El elemento esencial de ese derecho debe situarse en la necesaria observancia de los límites que han de respetar los órganos judiciales en la ejecución de sus resoluciones*».

Cierra el TC su razonamiento declarando que «...la justicia penal de los menores de edad no es una manifestación más del *ius puniendi* de Estado, sino que representa un instrumento para lograr la adecuada y efectiva reinserción de los menores infractores en el seno de una sociedad de ciudadanos libres, iguales y responsables. Por ello mismo la sustitución de la medida inicialmente impuesta cuando haya sido quebrantada por el menor se sujeta a un procedimiento en el que no sólo participan las partes sino también un equipo técnico, al que corresponde ponderar en particular los aspectos educativos y reintegradores en juego»

Por consiguiente, tras este pronunciamiento del máximo intérprete de la Constitución, quedan definitivamente despejadas las dudas en cuanto a la constitucionalidad de la previsión del inciso segundo del artículo 50.2 LORPM.

4. REQUISITOS PROCEDIMENTALES

Podrá ser aplicada esta sustitución *in peius* siempre en el contexto de excepcionalidad que el propio precepto establece y con el cumplimiento de los presupuestos de procedimientos. La excepcionalidad de la sustitución también es subrayada por la Recomendación Rec (2008)11, la cual, admitiendo la modificación de medidas, introduce restricciones, al disponer en su punto 30.1 que el incumplimiento por los menores de las condiciones y obligaciones de las sanciones o medidas comunitarias (en régimen abierto) que les hubieren sido impuestas, no debe llevar automáticamente a la privación de libertad. Cuando sea posible, las primeramente impuestas serán reemplazadas por sanciones o medidas comunitarias nuevas o modificadas.

Pues bien, los requisitos procedimentales legalmente establecidos son los siguientes: 1) Propuesta del Ministerio Fiscal; 2) Audiencia previa del letrado y del representante legal del menor; 3) Audiencia previa del equipo técnico.

Cabe plantear dos cuestiones:

La primera es si debe darse audiencia al menor. La respuesta es afirmativa, pese a la ausencia de referencia expresa en el precepto. El artículo 9.1 la LO 1/1996, de 15 de enero, de *Protección Jurídica del Menor* (en adelante LOPJM) declara el derecho del menor a *ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social*. Mas específicamente, el artículo 22.1 d) LORPM reconoce el derecho al menor desde el mismo momento de la incoación del expediente a *ser oído por el Juez o Tribunal antes de adoptar cualquier resolución que le concierna personalmente*.

Qué duda cabe que la decisión de ingreso en un centro de régimen semiabierto afecta profundamente a la esfera personal, familiar y social del menor. *A fortiori*,

teniendo en cuenta que lo normal será que no exista aún sentencia condenatoria respecto del quebrantamiento, deberá darse al menor la oportunidad de alegar cuanto en su descargo considere oportuno en relación con el mismo.

Una segunda cuestión alude a la posible participación de la acusación particular en el incidente. El artículo 25 LORPM en su letra g) no deja lugar a dudas al establecer el derecho de la acusación a *ser oído en caso de modificación o de sustitución de medidas impuestas al menor*.

Esto no obstante, debe negarse legitimación a la acusación particular para interesar por sí la sustitución de la medida no privativa de libertad por el internamiento. Si no existe propuesta del Fiscal el incidente no puede iniciarse, a la vista de los términos rotundos del artículo 50.2 LORPM y teniendo en cuenta la excepcionalidad que inspira al precepto.

La petición del Fiscal (*vid.* Instrucción 1/2005, de 27 de enero, *sobre la forma de los actos del Ministerio Fiscal*) y la resolución judicial que acuerde la sustitución deben estar suficientemente motivadas, más si cabe teniendo en cuenta el régimen de excepcionalidad por el que se rige. En este sentido, el AAP Madrid secc. 4.^a n.º 73/2004, de 8 junio declara que *la excepcionalidad de la medida obliga a justificar las razones por las que se decide la sustitución. Esta justificación surge de la lectura de los informes que el Juez de Menores ha asumido: el menor no acepta el programa de ejecución de la medida impuesto. Y no solamente no hace lo más mínimo para insertarse en el mundo laboral, sino que está en una actitud de resistencia frente a cualquier actuación, por lo que la sustitución resulta casi obligada...*

5. CONSTATACIÓN DEL QUEBRANTAMIENTO

Debe producirse en el seno del propio incidente de modificación. Desde luego no será necesario esperar a que se declare probado en sentencia firme, pues ello llevaría a la frustración del fin socializador y educador que ha de presidir la sustitución de la medida.

El quebrantamiento de medidas no privativas de libertad, conforme al apartado cuarto del artículo 14 RLORPM se producirá por la falta de presentación a las entrevistas a las que el menor haya sido citado para elaborar el programa de ejecución y el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que, según lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, conforman el contenido de cada medida.

Lógicamente, para que la falta de presentación a las entrevistas o el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la medida pueda justificar la aplicación de la sustitución prevista en el artículo 50.2 LORPM es necesario que se constate voluntariedad y continuidad. Las faltas de presentación justificadas y los incumplimientos aislados no pueden fundamentar la modificación.

De nuevo aquí entra en juego la cláusula de la excepcionalidad: este recurso debe utilizarse ante un incumplimiento reiterado que lleve a la conclusión de que se han agotado otras posibilidades.

Cuando se detecte la actitud reacia del menor al cumplimiento, sin que conste aún la efectividad de un quebrantamiento, tanto para la mejor constatación del incumplimiento aún no claramente apreciable, como para apurar los recursos pedagógicos, será ordinariamente conveniente, antes de acordar la sustitución por quebrantamiento, celebrar una previa comparecencia en la que se oiga al menor, junto con el Fiscal, Equipo

Técnico y profesional de la entidad pública encargado del cumplimiento, advirtiendo al primero que, de continuar su actitud contraria, se procederá a la sustitución de la medida. En definitiva, es aconsejable conceder una segunda oportunidad al menor.

Cuando pese a esta advertencia persista el incumplimiento o, cuando aún sin ella, conste la realidad e importancia de este a través del informe del profesional de la entidad pública, podrá valorarse la conveniencia de la sustitución.

En este sentido, el AAP Huesca n.º 30/2002, de 15 de abril declara que «la posibilidad de sustituir una medida no privativa de libertad por un ingreso en centro semiabierto es excepcional, de modo que...el incumplimiento de la medida de asistencia a centro de día, que inicialmente le había sido impuesta al menor, debería reunir los caracteres de habitualidad y reiteración para justificar la aplicabilidad del expresado artículo 50.2».

6. REQUISITOS MATERIALES: PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Superadas las dudas sobre la constitucionalidad del precepto analizado, debe subrayarse su enorme potencial como elemento disuasorio de quebrantamientos de medidas no privativas de libertad y como cauce para dar una efectiva respuesta socializadora al menor infractor reacio a su cumplimiento. Además, la disponibilidad de esta alternativa conjura el riesgo de que los Jueces de Menores eludan optar por la medida en medio abierto ante el eventualidad de no poder intervenir adecuadamente si la misma después se quebranta.

Ello no obstante, su aplicación exige el pleno sometimiento al principio de proporcionalidad.

La Recomendación Rec (2008)11, además de subrayar en los términos antes expuestos la excepcionalidad de la sustitución de medidas no privativas de libertad por internamientos, dispone como principio general en su punto A.5 que la imposición y ejecución de sanciones o medidas...deberá estar...limitada por la gravedad de los delitos cometidos.

Una primera manifestación de este principio en la modificación prevista en el artículo 50.2 la impone el propio precepto: el internamiento en centro semiabierto no podrá superar el tiempo que reste para su cumplimiento.

La Recomendación Rec (2008)11 dispone en este mismo sentido en el punto D.2.48.4 que en los supuestos en los que se esté valorando la revocación o modificación de una medida o sanción comunitaria, *deberá tenerse en cuenta la parte de la medida que ha cumplido el menor, a fin de asegurar que la nueva medida o sanción siga siendo proporcionada a la infracción penal cometida.*

Ello supone que una vez firme la decisión sustitutiva, habrá de practicarse nueva liquidación, descontando del total de la medida impuesta el tiempo cumplido de libertad vigilada. Cabe plantearse igualmente la cuestión relativa a cuál es la fecha de la que debe partirse para determinar «el tiempo que reste para su cumplimiento», al que se refiere el artículo 50.2 LORPM. En muchos supuestos estará claramente determinada la fecha en la que el menor acudió por última vez a una entrevista concertada o dejó definitivamente de asistir a cualquier diligencia judicial, o de cumplir las obligaciones impuestas. Se tomará esa fecha como inicial para calcular el tiempo que resta de cumplimiento. Sin embargo en los casos de cumplimiento intermitente y actitud refractaria del menor, la fijación de una fecha concreta y cierta como inicio del incumplimiento definitivo puede ser más problemática. En tales ocasiones, la seguridad

jurídica aconseja utilizar otros criterios en los que la certeza salga reforzada. Dada la excepcionalidad de este mecanismo parece más adecuado partir de la misma fecha del auto de sustitución.

En todo caso el artículo 50.2 impone un límite máximo, pero no obliga a agotar el total del tiempo restante para la finalización de la medida no privativa de libertad. Partiendo de la máxima *a maiori ad minus*, cabe imponer una medida de internamiento en centro de régimen semiabierto por un tiempo inferior al que reste para cumplir la libertad vigilada.

También debe admitirse la posibilidad de que tras la modificación agravatoria, un eventual pronunciamiento absolutorio en relación con el quebrantamiento de condena o la evolución favorable del menor hagan procedente un nuevo progreso a la libertad vigilada o a otras medidas de menor gravedad o incluso a la cancelación anticipada.

El principio de proporcionalidad sugiere otra importante consecuencia:

Durante la tramitación de la reforma de 2006, se trató de modificar la redacción del artículo 50.2. La enmienda n.º 64 propuso reformar el artículo 50.2 para que la libertad vigilada solo pudiera ser sustituida por internamiento en régimen semiabierto, cuando a los hechos fuere aplicable la medida de internamiento y por el tiempo proporcional a la medida sustituida. Como justificación se entendía que «...sería recomendable poner límites al artículo 50.2 para que no se pueda calificar como una *reformatio in peius* sin nuevo juicio o como una quiebra del principio de proporcionalidad, por imponerse una medida privativa de libertad por un delito de quebrantamiento, que no está castigado con pena de prisión en el Código Penal».

El hecho de que no se haya acogido tal enmienda no puede interpretarse en el sentido de que la modificación *in peius* no está limitada por la entidad de los hechos cometidos. Sin perjuicio de que la aprobación de la misma hubiera aportado claridad y despejado dudas, lo cierto es que a través de una interpretación sistemática y teleológica de la LORPM puede llegarse a idénticos resultados.

Así, en el nuevo supuesto de modificación agravatoria introducido por la reforma 8/2006 el inciso segundo del apartado segundo del artículo 51 LORPM subordina tal modificación al respeto en todo caso de los límites de las reglas de determinación de las medidas. Si el hecho originariamente cometido no justificaba el internamiento en régimen cerrado, tampoco lo justificarán unos hechos nuevos (evolución desfavorable) que ni siquiera son típicos penalmente.

En el supuesto regulado en el artículo 50.2 LORPM nada se dice acerca de si para poder operar con la modificación *in peius* los hechos inicialmente cometidos deben ser susceptibles de motivar una medida privativa de libertad.

Podría argüirse que ese silencio, unido al hecho de que el artículo 50.2 no solo exige evolución desfavorable sino quebrantamiento de la medida, debe llevar a la conclusión de que aunque el delito primeramente cometido no llevara aparejada pena privativa de libertad en el Código Penal cabría imponer la medida sustitutiva de internamiento.

Pero esta argumentación es rechazable.

En primer lugar, el nuevo delito cometido (quebrantamiento) va a dar lugar a un nuevo expediente, por lo que del mismo no pueden extraerse otras consecuencias punitivas agravatorias distintas de las expresamente previstas, conforme a la recta aplicación del principio *non bis in idem*.

En segundo lugar, el contenido del artículo 100.2 del CP, de aplicación supletoria conforme a la Disposición Final Primera de la LORPM, proporciona una pauta clara para determinación de la proporcionalidad en la excepcional decisión de sustitución. Este precepto, al prever la posibilidad de sustituir en casos de quebrantamiento cualquier medida de seguridad distinta de la de internamiento por una medida de interna-

miento, exige como condiciones que *esta estuviere prevista para el supuesto de que se trate y que el quebrantamiento demostrase su necesidad*». Se soslaya así una posible quiebra del principio de legalidad impidiéndose la imposición vía sustitución de medidas no previa y legalmente previstas para el supuesto de que se trate.

En tercer lugar, el párrafo 2.º del artículo 8 LORPM incorpora una de las reglas de determinación de la medida mas importantes de todo el texto legal, que no fue modificada por la reforma de 2006 y que dispone que no podrá exceder la duración de las medidas privativas de libertad (internamiento cerrado, semiabierto y abierto, internamiento terapéutico y permanencia de fines de semana), en ningún caso, del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se le hubiere impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable conforme al Código Penal.

Lógicamente, del espíritu de este precepto se infiere que si la duración de las medidas privativas de libertad no debe exceder del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad para el mismo delito cometido por un adulto, con más razón estará prohibido imponer medidas privativas de libertad cuando el Código Penal no las prevea para los mismos hechos.

La restricción afecta a las medidas privativas de libertad, no a las restantes. Parece claro que en la *ratio legis* parte de que las medidas no privativas de libertad, básicamente cimentadas sobre sus contenidos educativos, no son homologables a las penas previstas en el CP.

Esta previsión expresa no se contenía en el sistema de justicia juvenil anterior a la LORPM, si bien la jurisprudencia constitucional, por vía interpretativa, llegó a idénticas conclusiones. La STC n.º 36/1991, de 14 de febrero ya se pronunció sobre «la imposibilidad de establecer medidas mas graves o de una duración superior a la que correspondería por los mismos hechos si de un adulto se tratare». La STC n.º 61/98 de 17 de marzo declara que se infringe el principio de legalidad al imponerse a un menor la medida de cuatro meses de internamiento en centro semiabierto por una falta de hurto frustrada, no dando validez a la fundamentación del Juzgado de Menores que basaba la medida en que «las necesidades del menor superan con mucho a la entidad del hecho que se enjuicia». Según el TC, «debe tomarse como referencia, no superable, la correspondiente sanción prevista en el CP».

El respeto al principio de proporcionalidad en la imposición de medidas privativas de libertad actúa como contrapeso a la gran discrecionalidad que ha de otorgarse al Juez de Menores para poder adaptar la medida a imponer a las circunstancias del menor.

Para determinar el máximo de medida privativa de libertad imponible a un menor, la regla del párrafo 2.º del artículo 8 LORPM impone que se calcule como paso previo la pena que correspondería si el enjuiciamiento se refiere a un adulto, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso en concreto. Por ello, para determinar el *quantum* imponible en medidas de internamiento, debe seguirse un proceso que en una primera fase pasa por analizar si el delito cometido lleva aparejada pena privativa de libertad (*conditio sine qua non*); en caso afirmativo, deberá determinarse cuál hubiera sido la pena privativa de libertad máxima imponible si el infractor hubiera sido mayor de edad penal, teniendo en cuenta las concretas circunstancias concurrentes (participación, *iter criminis*, modificativas de la responsabilidad, causas de justificación, inculpabilidad o inimputabilidad incompletas) y una vez determinado ese límite máximo (que en ningún caso podrá superarse), evaluar la medida a imponer al menor. Fijado el tope máximo, y con respeto al mismo, la flexibilidad –con los límites derivados de los períodos de seguridad establecidos en el artículo 10 LORPM– adquiere nuevamente todo el protagonismo.

Por tanto, si la pena prevista para los adultos no es privativa de libertad no puede imponerse la medida de internamiento ni siquiera en su modalidad de semiabierto.

Tampoco puede legitimarse la imposición de una medida privativa de libertad a un menor en base a la potencial responsabilidad personal subsidiaria imponible a un adulto conforme al Código Penal. En este sentido se pronuncia la SAP Las Palmas secc. 1.ª n.º 109/2005, de 29 abril «no estando penado o sancionado el delito de robo o hurto de vehículos de motor con pena privativa de libertad conforme al artículo 35 del Código Penal, es evidente que la medida impuesta de internamiento en un centro semiabierto es una pena privativa de libertad que por tanto supone una mayor aflicción que la pena prevista en el texto legal actual para un mayor de dieciocho años, multa o trabajos en beneficio de la comunidad. En efecto, no es válido el argumento de que el impago de la multa genera la responsabilidad personal subsidiaria, porque lo que ha de tenerse presente es la pena principal».

En esta misma línea, para la SAP Tarragona, secc. 2.ª, n.º 921/2004, de 29 de septiembre, «la comparación ha de establecerse entre consecuencias jurídicas principales. Concretamente, la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del Código Penal es ajena a cualquier tipicidad y, por tanto, a todo juicio de proporcionalidad. Carece igual que la multa de correspondencia en el Derecho penal de menores, al basarse en presupuestos extraños a las necesidades de estos y a la finalidad educativa de las medidas previstas en la LORPM. El sobreseimiento de la responsabilidad pecuniaria lleva en el Código Penal a la privación de libertad, pero no es una consecuencia independiente de la multa, de modo que ausente ésta del artículo 9 LORPM no puede aquélla cobrar vida, por generación espontánea y en términos comparativos, para llegar a la conclusión de que la pena de multa, en el fondo, es de naturaleza privativa de libertad, como si la excepción fuera la regla general, y que las infracciones castigadas con multa lo están en realidad con penas privativas de libertad. Todo ello, para agravar la situación del menor de edad, en relación con los mayores, puesto que obviamente aquél no podrá eximirse del arresto pagando la multa».

En el mismo sentido puede consultarse la SAP Madrid, secc. 4.ª, n.º 107/2003, de 4 de noviembre.

Respetando este principio básico de las reglas de determinación de las medidas en Derecho Penal Juvenil, debemos concluir, pues, que sólo cabrá acudir al mecanismo sustitutivo del artículo 50.2 LORPM cuando el delito por el que se impuso la medida no privativa de libertad hubiera podido ser sancionado con medida privativa de libertad, por estar prevista en el Código Penal pena de la misma naturaleza.

Finalmente, cuando se imponga la medida de internamiento en régimen semiabierto en sustitución de la medida no privativa de libertad, aunque subsiste la previsión contenida en el artículo 50.3 LORPM (remisión de testimonio de los particulares relativos al quebrantamiento), habrá de ponderarse la conveniencia de optar entre la incoación de expediente por tal delito y el desistimiento en las Diligencias Preliminares.

En el primer caso, en armonía con el control de la ejecución de la medida sustitutiva que incumbe al Fiscal, se extremará la aplicación del principio de celeridad propio de la Justicia Juvenil con miras a que el menor que ya ha recibido una respuesta al incumplimiento a través de la sustitución, obtenga cuanto antes el tratamiento armónico y unitario que por el mismo hecho pudiera proceder.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el quebrantamiento es un delito menos grave en el que no concurre violencia o intimidación en las personas y que ordinariamente los hechos anteriormente cometidos no serán de la misma naturaleza, lo más aconsejable será el desistimiento por cumplirse las exigencias impuestas en el artículo 18 LORPM para la aplicación del principio de oportunidad. Es este un recurso legal par-

ticularmente recomendable en estos casos en los que el menor infractor ha sido ya objeto de una intervención reforzada mediante el incidente de sustitución.

A mayor abundamiento, debe valorarse que a la vista de la pena prevista por el Código Penal para el quebrantamiento (art. 468.1 inciso segundo), solo cabrá imponer por el mismo una medida no privativa de libertad, medida que fracasó con anterioridad y que precisamente motivó la sustitución.

7. CONCLUSIONES

1.º Tras el ATC n.º 33/2009, de 27 de enero, quedan definitivamente despejadas las dudas en cuanto a la constitucionalidad de la previsión del inciso segundo del artículo 50.2 LORPM.

2.º Continúa abierta la posibilidad sugerida por la Instrucción 1/1993, de 16 de marzo, conforme a la que si se comprueba que una libertad vigilada está resultando absolutamente ineficaz y no existe posibilidad de dotarla de mayores contenidos y de efectividad habrá que instar su cancelación.

3.º En el incidente de modificación previsto en el artículo 50.2 LORPM debe darse audiencia al menor, conforme al artículo 9.1 LOPJM.

4.º Debe reconocerse a la acusación particular el derecho a intervenir en el incidente y hacer las alegaciones que estime oportunas (art. 25 letra g LORPM)

5.º Debe negarse legitimación a la acusación particular para interesar por sí la sustitución de la medida no privativa de libertad por el internamiento. Si no existe propuesta del Fiscal, el incidente no puede iniciarse.

6.º La petición del Fiscal y la resolución judicial que acuerde la sustitución deben estar suficientemente motivadas, más si cabe teniendo en cuenta el régimen de excepcionalidad por el que se rige.

7.º La constatación del quebrantamiento debe producirse en el seno del propio incidente de modificación. Desde luego no será necesario esperar a que se declare probado en sentencia firme, pues ello llevaría a la frustración del fin socializador y educador que debe presidir la adopción de esta nueva medida.

8.º Para que la falta de presentación a las entrevistas o el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la medida pueda justificar la aplicación de la sustitución prevista en el artículo 50.2 LORPM es necesario que se constatare voluntariedad y continuidad.

9.º Una vez firme la decisión sustitutiva, habrá de practicarse nueva liquidación, descontando del total de la medida impuesta el tiempo ya cumplido de libertad vigilada.

10.º En cuanto a la fecha de la que debe partirse para determinar «el tiempo que reste para su cumplimiento», habrá de computarse a partir de la misma fecha en que conste claramente el incumplimiento definitivo de la medida impuesta por parte del menor. Cuando no pueda fijarse inequívocamente una fecha cierta de incumplimiento definitivo, se partirá de aquella en que se dice el auto de sustitución.

11.º El artículo 50.2 impone un límite máximo, pero no obliga a agotar el total del tiempo restante para la finalización de la medida no privativa de libertad. Cabe imponer y puede ser aconsejable en algunos casos, una medida de internamiento en centro de régimen semiabierto por un tiempo inferior al que reste para cumplir la libertad vigilada.

12.º Debe admitirse la posibilidad de que tras la modificación agravatoria, una eventual absolución de la imputación de quebrantamiento o la evolución favorable del menor haga procedente un nuevo progreso a la libertad vigilada o a otras medidas de menor gravedad o incluso a la cancelación anticipada.

13.º Sólo cabrá acudir al mecanismo sustitutivo del artículo 50.2 LORPM cuando el delito por el que se impuso la medida no privativa de libertad hubiera podido ser sancionado con medida privativa de libertad, por estar prevista en el Código Penal pena de la misma naturaleza.

14.º Cuando se imponga la medida de internamiento en régimen semiabierto en sustitución de la medida no privativa de libertad, aunque subsiste la previsión contenida en el artículo 50.3 LORPM (remisión de testimonio de los particulares relativos al quebrantamiento), habrá de ponderarse la conveniencia de optar por el desistimiento.

Por lo expuesto, los Sras. y Sres. Fiscales en el ejercicio de sus funciones velarán por el cumplimiento de la presente Circular.

CIRCULAR 2/2009, SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL TÉRMINO REGULARIZAR EN LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS PREVISTAS EN LOS APARTADOS 4 DEL ARTÍCULO 305 Y 3 DEL ARTÍCULO 307 DEL CÓDIGO PENAL

PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Como presupuesto de partida y a fin de obviar discusiones doctrinales oportunamente resueltas por la Consulta de la Fiscalía General del Estado número 4/1997, de 19 de febrero sobre la extensión a terceros partícipes de los efectos de la regularización fiscal, la presente Circular parte de entender, como ya se exponía en aquel momento, que las previsiones a que se refieren los párrafos cuarto del artículo 305 y tercero del artículo 307 del Código Penal, constituyen sendas excusas absolutorias que establecen la exención del reproche penal en base a circunstancias que no concurren en el momento de la realización del hecho, sino con posterioridad a la comisión del delito. Así pues, la regularización no afecta a la categoría del injusto ni a la culpabilidad dado que se produce, en su caso, tras la perfección de la infracción penal, actuando a modo de comportamiento postdelictivo positivo.

Se introducen las excusas absolutorias por regularización en el ordenamiento jurídico español por medio de la Ley Orgánica 6/1995, de 29 de junio, en la que, anticipándose en unos meses a la Ley Orgánica de Reforma del Código Penal, se abordaba la modificación de determinados preceptos del Código relativos a los Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social. Su concreta regulación fue incluida en aquel momento en los derogados artículos 349.3 y 349 bis) 3 del Código Penal de 1973, de los que los preceptos de los apartados 4 del artículo 305 y 3 del artículo 307 –con alguna pequeña diferencia entre ellos– son una transcripción casi literal.

Así, el artículo 305.4 establece que: «Quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación tributaria, en relación con las deudas a que se refiere el apartado primero de este artículo antes de que se le haya notificado por la Administra-

ción tributaria la iniciación de actuaciones de comprobación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de regularización, o en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida, o cuando el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias. La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación tributaria».

Mutatis mutandi, el artículo 307.3 del Código Penal incorpora la excusa absolutoria en el delito de defraudación a la Seguridad Social con el mismo fundamento, naturaleza jurídica y posición sistemática en la teoría del hecho punible que la anterior, prevista para el delito fiscal.

Pese al tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de los tipos penales a que nos hemos referido y a la doctrina consolidada del Tribunal Supremo al respecto, persiste a día de hoy el debate planteado en relación con la interpretación que haya de darse a la expresión regularizar la situación en relación con las deudas, utilizada en los dos preceptos del Código Penal, controversia que se ha logrado reavivar por algún sector de la doctrina a partir de la entrada en vigor –el día 1 de julio de 2004– de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante LGT), de cuyo articulado se quiere extraer una definición legal de la regularización que contradice la exégesis efectuada por el Tribunal Supremo en las sentencias a que nos referiremos más adelante.

El origen de la cuestión está en la utilización por parte del legislador penal de un término –regularización– de uso relativamente frecuente en el Derecho Administrativo y más específicamente en la norma tributaria, en referencia al único requisito positivo exigible para la obtención del levantamiento de la pena conforme a los artículos 305.4 y 307.3 del Código Penal, y en el entendimiento –defendido por un sector de la doctrina– de que la regularización constituye un elemento normativo del tipo penal que remite a un concepto legal unívoco equivalente al simple afloramiento espontáneo y extemporáneo de bases tributarias ocultas, significado que se dice extraído particularmente de la normativa fiscal (concepción lata del término regularización).

Frente a esta primera opción, una segunda corriente interpretativa pone el acento en la exégesis penal del término a partir de su definición en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (en su 22.^a edición), en el valor semántico que del mismo se infiere a partir del examen completo y sistemático de toda la normativa administrativa de referencia –tributaria y de la Seguridad Social– y en el fundamento jurídico penal e identidad teleológica de la propia excusa absolutoria, de donde se concluye que la deuda contributiva regularizada exige, en sede de los artículos 305.4 y 307.3 del Código Penal, además de su correcta declaración o autoliquidación, su ingreso. La doctrina consolidada por la Sala 2.^a del Tribunal Supremo en esta materia se inclina por esta segunda línea interpretativa (concepción estricta de la regularización).

En la práctica, la interpretación del término ha dado lugar a una cierta falta de uniformidad en el criterio seguido por las administraciones implicadas en cuanto a la aplicación de los artículos 180 de la LGT, 3.2 del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social según redacción dada por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto y 5 del Reglamento General sobre Procedimientos

para la Imposición de Sanciones por Infracciones en el Orden Social aprobada por Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo –relativos a la remisión del tanto de culpa a la jurisdicción competente o al Ministerio Fiscal cuando la Administración estime que la infracción detectada pudiera ser constitutiva de delito–, además de propiciar resoluciones judiciales de sentido divergente: así y en un primer momento, el Tribunal Supremo en Auto de la Sala de lo Penal de fecha 19 de julio de 1997 y Sentencia de 28 de octubre de 1997 (Caso Filesa), acogía la tesis de exigir para la apreciación de la excusa absoluta únicamente la revelación espontánea a la Administración de la auténtica situación tributaria del contribuyente, criterio sostenido a su vez por la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en Sentencia de 12 de mayo de 1998, por la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en Sentencia de 4 de septiembre de 1998 y por la Sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en Sentencia de 30 de junio de 2001.

En otro sentido y a favor de considerar que la satisfacción de la deuda es condición indispensable de la impunidad, se pronuncia el Tribunal Supremo en diversas sentencias de fecha posterior a las aludidas con anterioridad –a cuyo contenido nos referiremos cumplidamente en el apartado tercero de este documento– y las Sentencias de la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 30 de noviembre de 1999, además de las resoluciones posteriores a la entrada en vigor de la Ley General Tributaria 58/2003, entre las que se encuentran las Sentencias de la Sección 23.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 27 de enero de 2005, de la Sección 1.ª de 7 de junio de 2005, Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 14 de febrero de 2006 y Sentencia del Tribunal Supremo n.º 192, de 1 de febrero de 2006.

Resulta por tanto del mayor interés el establecimiento de criterios interpretativos que garanticen la unidad de actuación del Ministerio Fiscal en relación con esta cuestión, a fin de evitar, en la medida de lo posible, la inseguridad jurídica que genera el tratamiento desigual –en sede administrativa y jurisdiccional– de situaciones que en la práctica pueden ser prácticamente idénticas.

El término regularizar en el derecho administrativo, específicamente en el derecho tributario y la normativa propia de la Seguridad Social:

Razones de coherencia y sistemática interna exigirían –si se quiere defender la tesis de que el término regularizar constituye un elemento normativo del tipo penal que remite a un concepto legal único–, que fuera viable contar con una definición de la expresión extraída de la normativa administrativa general, o bien –y más específicamente– del ordenamiento jurídico tributario cuando haya de integrar la previsión del párrafo 4 del artículo 305 y de la normativa propia de la Seguridad Social cuando aparece en el párrafo 3 del artículo 307 del Código Penal. Por otra parte, para dar una respuesta integral al problema hermenéutico planteado, habrá que hacer frente al escollo –eludido por buena parte de la doctrina tributarista– consecuencia de dotar al término regularización de un significado que se dice propio de la norma tributaria, cuando el objetivo sea interpretarlo en sede del párrafo 3 del artículo 307 del Código Penal (delito contra la Seguridad Social).

Del estudio de la legislación extrapenal de referencia se obtiene la conclusión de que las normas tributarias y de la Seguridad Social no ofrecen una previsión única y uniforme respecto del cumplimiento extemporáneo y voluntario de las obligaciones contributivas, ni tampoco una noción legal de lo que deba entenderse por regularización, tratándose este último de un término de uso corriente como acción y efecto de regularizar o poner en orden, relacionado con situaciones de hecho muy diversas dentro del ámbito tributario y fuera de él, en la normativa propia de la Seguridad Social, la práctica contable, el derecho urbanístico o la legislación sobre extranjería, por poner solo algunos ejemplos.

A) La derogada Ley 230/1963 de 28 de diciembre, General Tributaria

Cierto es que en su Exposición de Motivos, la Ley Orgánica 6/1995, de Reforma del Código Penal –que, como adelantamos, introdujo en el Código las excusas absolutorias a que se refiere esta Circular– hacía alusión a lo siguiente: «Resulta absolutamente necesario determinar la relación existente entre la regularización tributaria, autorizada expresamente por el artículo 61.2 de la LGT y el delito fiscal, lo que conlleva la ausencia de responsabilidad penal para estas conductas siempre que se realicen de manera espontánea, extendiéndose dicha exención a las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales en que el sujeto hubiese podido incurrir en relación con la deuda tributaria objeto de regularización. Esta regulación tiene por objeto salvaguardar el cumplimiento voluntario de sus obligaciones por los contribuyentes. Asimismo, dicha regulación se hace también necesaria para integrar, de forma plena, las regularizaciones autorizadas por la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en el conjunto del ordenamiento jurídico». Partiendo de estas menciones de marcado carácter coyuntural, resulta ineludible indagar acerca de cuál era en aquel momento el sentido de la expresión regularización en el ámbito de las relaciones jurídico tributarias.

La Disposición Adicional 14.^a de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, constaba de dos apartados, en el primero de ellos se establecía: «Hasta el 31 de diciembre de 1991 podrán realizarse, siempre que no medie requerimiento o actuación administrativa o judicial en relación con las deudas tributarias de los sujetos pasivos, declaraciones complementarias e ingresos por cualquier concepto tributario devengado con anterioridad a 1 de enero de 1990, con exclusión de las sanciones e intereses de demora que pudieran ser exigibles», de modo que se determinaba el alcance que había que atribuir a la regularización de determinadas situaciones tributarias, suponiendo un canon que excedía en su aplicación al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas por cuanto adquiría una incuestionable proyección general al disponer el siguiente apartado la nueva redacción del número 2 del artículo 61 de la LGT, cuyas líneas básicas permanecieron en el derogado artículo 61.3 de la LGT, según redacción posterior que le fue dada por Ley 25/1995, de 20 de julio.

Así, el apartado segundo de la Disposición Adicional 14.^a a que nos referimos daba nueva redacción al artículo 61.2 de la LGT, con el siguiente tenor literal: «Los ingresos correspondientes a declaraciones, liquidaciones o autoliquidaciones realizadas fuera de plazo sin requerimiento previo, sufrirán un recargo único del 50 por 100, con exclusión del interés de demora y de las sanciones que pudieran ser exigibles. No obstante, el recargo será del 10 por 100 si el ingreso se efectúa dentro de los tres meses siguientes al término del plazo voluntario de presentación e ingreso. Cuando los obligados tributarios no efectúen el ingreso al tiempo de la presentación de las declaraciones, liquidaciones o autoliquidaciones extemporáneas, sin solicitar expresamente el aplazamiento o fraccionamiento de pago, se les exigirá en vía de apremio un recargo único del 100 por 100», redacción por medio de la cual se generalizaba la posibilidad prevista con carácter temporal en el primer apartado, estableciéndose un recargo variable en función del tiempo transcurrido hasta la presentación de la declaración.

De la lectura completa de la Disposición Adicional 14.^a y del propio artículo 61 de la LGT, se desprende que la regularización de la situación tributaria se refería no solo a la presentación de declaraciones complementarias de rectificación en ausencia de requerimiento previo, sino también al ingreso de la deuda, resultando altamente cuestionable que de la decisión del legislador de prever recargos por el retraso y no

sanciones, se pudiera llegar a concluir que la sola presentación de la declaración supusiera la ordenación de la situación tributaria.

Con distinta trascendencia, la Disposición Adicional 13.^a de la misma Ley 18/1991 denominada «Canje de activos financieros», preveía un régimen fiscal privilegiado y de carácter extraordinario por el que se eximía de responsabilidad –en relación con las deudas tributarias derivadas de dichas rentas o patrimonios– a quienes suscribieran Deuda Pública Especial, siempre que se aplicara a la reducción de rentas o patrimonios netos no declarados, régimen también considerado de regularización fiscal pero de sentido obviamente diverso al previsto en la Disposición Adicional 14.^a, ya que no estaba condicionado al requisito de su espontaneidad, extendiéndose incluso a supuestos en los que el sujeto estaba ya sometido a actuaciones inspectoras.

La Ley Orgánica 6/1995 de reforma del Código Penal, en su Disposición Adicional Primera hace una primera referencia al problema planteado con la regularización tributaria autorizada por la Ley 18/1991, de 6 de junio, utilizando la expresión regularización con carácter general y en la propia rúbrica, para a continuación distinguir, de un lado, el supuesto previsto en la Disposición Adicional 14.^a de la Ley 18/1991 y de otro el de la Disposición Adicional 13.^a, cuya eficacia en el ámbito penal necesitó de otra referencia exoneradora expresa y diferenciada de la anterior como consecuencia de su propia singularidad.

B) La vigente Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria

La Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria vino a sustituir, con efectos a partir del 1 de julio de 2004, a la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria a la que nos hemos referido en el anterior epígrafe. Su entrada en vigor no motivó más reforma en materia penal que la derivada de lo dispuesto en su Disposición Adicional 10.^a en relación con la exacción de la responsabilidad civil en los Delitos contra la Hacienda Pública. No hay en el texto de la nueva Ley un Título, Capítulo o precepto bajo la denominación «De la regularización tributaria» o similar. Sin embargo, se generaliza el uso del término regularizar a lo largo del articulado de la Ley, apareciendo con cierta profusión y en referencia a situaciones tributarias muy diversas, susceptibles de ser ordenadas, reguladas o regularizadas espontáneamente o con posterioridad al requerimiento de la administración, desde los más variopintos presupuestos de desajuste.

El artículo 101 de la vigente LGT introduce –de forma novedosa– el concepto de liquidación en los siguientes términos «acto resolutorio mediante el cual el órgano competente de la Administración realiza las operaciones de cuantificación necesarias y determina el importe de la deuda tributaria o de la cantidad, que en su caso, resulta a devolver o a compensar de acuerdo con la normativa tributaria».

Así pues, la liquidación constituye un acto administrativo resolutorio por el cual se determina la existencia de una deuda tributaria, identificando su cuantía y al sujeto pasivo. Por medio de la liquidación la deuda tributaria consecuencia de la realización del hecho imponible se convierte en exigible en aquellos tributos que han de ser declarados por el contribuyente y ulteriormente liquidados por la Administración. En el artículo 119.1 de la LGT se define la declaración tributaria como todo documento presentado ante la Administración tributaria donde se reconozca o manifieste la realización de cualquier hecho relevante para la aplicación de los tributos.

No obstante, este esquema ha sido profundamente alterado con la masificación de las autoliquidaciones en nuestro sistema tributario. La LGT, respondiendo a una demanda reiterada de la doctrina, regula las autoliquidaciones por vez primera en el

artículo 120.1 a las que define como las «declaraciones en las que los obligados tributarios, además de comunicar a la Administración los datos necesarios para la liquidación del tributo y otros de contenido informativo, realizan por sí mismos las operaciones de calificación y cuantificación necesarias para determinar e ingresar el importe de la deuda tributaria, o en su caso, determinar la cantidad que resulte a devolver o a compensar».

La autoliquidación presupone no solo la realización de los necesarios cálculos aritméticos para el cómputo de la cuota sino también la interpretación y aplicación por el particular de la norma tributaria. Así pues, en el caso de las autoliquidaciones, la exigibilidad de la deuda tiene lugar de forma automática, por mandato de la ley y en el plazo establecido por la norma de cada tributo, sin necesidad de requerimiento alguno por parte de la Administración. Una consecuencia lógica de lo anterior lo constituye el hecho de que, mientras las declaraciones tributarias se presentan en dependencias de la Administración Tributaria, las autoliquidaciones se pueden presentar en las entidades colaboradoras con la recaudación.

En cuanto al ámbito de aplicación de las autoliquidaciones en el sistema tributario estatal, únicamente se excluyen en los Impuestos de Aduanas, aplicándose en el resto de forma obligatoria y en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones de forma facultativa (artículos 31 de la LISD y 64 del RISD). El artículo 122 de la LGT prevé la posibilidad de que el obligado tributario presente autoliquidación complementaria dentro del plazo de presentación o fuera del mismo –en este último supuesto, denominada extemporánea–, siempre que no haya prescrito el derecho de la Administración para determinar la deuda.

El 179.3 de la LGT –cuyo tenor literal y contenido no resulta coincidente con los derogados arts. 61.2 y posterior 61.3 de la Ley General Tributaria de 1963– dice: «Los obligados tributarios que voluntariamente regularicen su situación tributaria o subsanen las declaraciones, autoliquidaciones, comunicaciones de datos o solicitudes presentadas con anterioridad de forma incorrecta, no incurrirán en responsabilidad por las infracciones cometidas con ocasión de la presentación de aquellas. Lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de lo previsto en el artículo 27 de esta ley y de las posibles infracciones que puedan cometerse como consecuencia de la presentación tardía o incorrecta de las nuevas declaraciones, autoliquidaciones, comunicaciones de datos o solicitudes.

Teniendo presente lo anterior, el artículo 27 de la LGT titulado genéricamente «Recargos por declaración extemporánea sin requerimiento previo», establece:

1. Los recargos por declaración extemporánea son prestaciones accesorias que deben satisfacer los obligados tributarios como consecuencia de la presentación de autoliquidaciones o declaraciones fuera de plazo sin requerimiento previo de la Administración Tributaria.

A los efectos de este artículo, se considera requerimiento previo cualquier actuación administrativa realizada con conocimiento formal del obligado tributario conducente al reconocimiento, regularización, comprobación, inspección, aseguramiento o liquidación de la deuda tributaria.

2. Si la presentación de la autoliquidación o declaración se efectúa dentro de los tres, seis o doce meses siguientes al término del plazo establecido para la presentación e ingreso, el recargo será del 5, 10 ó 15 por 100 respectivamente. Dicho recargo se calculará sobre el importe a ingresar resultante de las autoliquidaciones o sobre el importe de la liquidación derivado de las declaraciones extemporáneas y excluirá las sanciones que hubieran podido exigirse y los intereses de demora devengados hasta la presentación de la autoliquidación o declaración.

(...)

3. Cuando los obligados tributarios no efectúen el ingreso ni presenten solicitud de aplazamiento, fraccionamiento o compensación al tiempo de la presentación de la autoliquidación extemporánea, la liquidación administrativa que proceda por recargos e intereses de demora derivada de la presentación extemporánea según lo dispuesto en el apartado anterior, no impedirá la exigencia de los recargos e intereses del periodo ejecutivo que correspondan sobre el importe de la autoliquidación.

De la interpretación conjunta de los artículos 27 y 122 de la LGT, –referido este último a las declaraciones y autoliquidaciones complementarias que el obligado tributario puede formular para completar o modificar otras anteriores, a resultados de las cuales haya realizado un ingreso inferior al que correspondía, solicitado una devolución o acreditado una cantidad a devolver o a compensar superior a la procedente– se desprende la posibilidad de presentar declaraciones y autoliquidaciones complementarias fuera de plazo y espontáneas, es decir, anteriores al requerimiento de la administración. Resulta significativo que en el n.º 3 del artículo 27 se haga una previsión específica de las consecuencias del supuesto llamémosle especial o particular de que las autoliquidaciones no vayan acompañadas del correspondiente ingreso, solicitud de aplazamiento, fraccionamiento o compensación, como es preceptivo conforme a las previsiones del artículo 120 de la LGT.

Por razones de estricta política fiscal y de optimización de los recursos limitados de la administración tributaria, el legislador establece en el artículo 27 de la LGT, el devengo de una serie de recargos variables en caso de presentación de declaraciones o autoliquidaciones extemporáneas que –según expresa el propio texto legal y ya había anticipado la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 164/1995, de 13 de noviembre–, son prestaciones accesorias que tienen un cometido resarcitorio del retraso, sin finalidad represiva y por tanto, sin naturaleza de sanción.

Así, en el artículo 191.1 de la LGT se establece que constituye infracción tributaria dejar de ingresar dentro del plazo establecido en la normativa de cada tributo la totalidad o parte de la deuda tributaria que debiera resultar de la correcta autoliquidación del tributo, salvo que se regularice con arreglo al artículo 27 o proceda la aplicación del párrafo *b*) del apartado 1 del artículo 161 de la Ley, precepto este último en el que se establece que el periodo ejecutivo se inicia «*b*) en el caso de deudas a ingresar mediante autoliquidación presentada sin realizar el ingreso, al día siguiente de la finalización del plazo que establezca la normativa de cada tributo para dicho ingreso o, si este ya hubiera concluido, el día siguiente a la presentación de la autoliquidación», determinando el artículo 27.3 la compatibilidad de los recargos e intereses de demora derivados de la presentación extemporánea, con los recargos e intereses del periodo ejecutivo que correspondan sobre el importe de la autoliquidación, estando –por tanto– excluida la sanción aun en ausencia del ingreso.

Sin embargo, el apartado 6 del propio artículo 191 añade: «No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, siempre constituirá infracción leve la falta de ingreso en plazo de tributos o pagos a cuenta que hubieran sido incluidos o regularizados por el mismo obligado tributario en una autoliquidación presentada con posterioridad sin cumplir los requisitos establecidos en el apartado 4 del artículo 27 de esta ley para la aplicación de los recargos por declaración extemporánea sin requerimiento previo», de modo que en todo caso constituye infracción leve –destinataria de sanción– la falta de ingreso en el supuesto de presentación de autoliquidaciones extemporáneas sin requerimiento previo que no cumplan las exigencias formales del artículo 27.4 de la LGT en cuanto a «...identificar expresamente el periodo impositivo de liquidación al que se refieren y contener únicamente los datos relativos a dicho periodo».

Resulta obvio que las disposiciones exoneradoras y/o atenuantes de la responsabilidad administrativa y las excusas absolutorias en el Derecho Penal responden a fines no coincidentes, derivados principalmente de la distinta antijuridicidad material o entidad de la lesión al bien jurídico propio de unas y otras infracciones. El legislador tributario se ocupa así de definir los casos en los que el reconocimiento e ingreso voluntario y tardío de la deuda están exentos de sanción en sede administrativa, modulando las consecuencias de las infracciones tributarias en atención a variables tales como el cumplimiento o incumplimiento de determinadas formalidades (artículo 27.4 de la LGT).

Por otra parte, en los supuestos de deudas tributarias respecto de las cuales se hubiera iniciado un procedimiento inspector indebidamente interrumpido o excedido en su duración, se reconoce eficacia regularizadora a determinados ingresos en la letra *b*) del apartado 2 del artículo 150 de la LGT cuando dice: «La interrupción injustificada del procedimiento inspector por no realizar actuación alguna durante más de seis meses por causas no imputables al obligado tributario o el incumplimiento del plazo de duración del procedimiento al que se refiere el apartado 1 de este artículo no determinará la caducidad del procedimiento, que continuará hasta su terminación, pero producirá los siguientes efectos respecto a las obligaciones tributarias pendientes de liquidar:

a) (...)

b) Los ingresos realizados desde el inicio del procedimiento hasta la reanudación de las actuaciones que hayan sido imputados por el obligado tributario al tributo y período objeto de las actuaciones inspectoras tendrán el carácter de espontáneos a los efectos del artículo 27 de esta ley.

Tendrán, asimismo, el carácter de espontáneos los ingresos realizados desde el inicio del procedimiento hasta la primera actuación practicada con posterioridad al incumplimiento del plazo de duración del procedimiento previsto en el apartado 1 de este artículo y que hayan sido imputados por el obligado tributario al tributo y período objeto de las actuaciones inspectoras».

Este último supuesto que podríamos denominar de espontaneidad sobrevenida de los ingresos previstos en el artículo 150 de la LGT, resulta de imposible traslación al ámbito de la excusa absolutoria del párrafo 4 del artículo 305 del Código Penal, donde la posibilidad de regularización voluntaria de la situación tributaria en relación con las deudas a que se refiere el apartado primero se bloquea por causas objetivas incompatibles con la presunción del artículo 150, dado que la regularización debe producirse «antes de que se le haya notificado por la Administración tributaria la iniciación de actuaciones de comprobación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de regularización, o en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida, o cuando el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias».

Tampoco existe coincidencia entre las previsiones del artículo 305.4 del Código Penal respecto a las actuaciones administrativas que impiden la eficacia exoneradora de la regularización en el ámbito penal –que son únicamente las actuaciones de comprobación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de regularización– y las mucho más amplias causas de bloqueo previstas en el artículo 27.1 de LGT cuando atribuye esos mismos efectos a cualquier actuación administrativa realizada con conocimiento formal del obligado tributario conducente al reconocimiento, regularización, comprobación, inspección, aseguramiento o liquidación de la deuda

tributaria, de modo que en la normativa tributaria, la posibilidad de regularizar de forma espontánea finaliza tanto cuando se tenga conocimiento de actuaciones llevadas a cabo en vía de inspección como con los requerimientos realizados en el ámbito del procedimiento de gestión tributaria, cualquiera que sea su objeto.

Así, en la excusa absolutoria del artículo 305.4 del Código Penal, las actuaciones administrativas que impiden su aplicación serán exclusivamente las referidas a las funciones de comprobación e investigación atribuidas a la Administración Tributaria y a las que se refiere el artículo 115.1 de la LGT: «La Administración tributaria podrá comprobar e investigar los hechos, actos, elementos, actividades, explotaciones, valores y demás circunstancias determinantes de la obligación tributaria para verificar el correcto cumplimiento de las normas aplicables al efecto». Estas funciones se encuentran normalmente atribuidas a la Inspección de los Tributos aunque también la LGT y el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio por el que se aprueba el Reglamento General de las Actuaciones y Procedimientos de Gestión e Inspección Tributaria, encomiendan a los órganos gestores determinadas actuaciones de comprobación como las de verificación de datos, de comprobación limitada y de comprobación de valores. En consecuencia, la notificación del inicio de estos procedimientos de verificación, comprobación limitada e inspección, como manifestaciones del ejercicio de las facultades de comprobación e investigación de la Administración, ponen fin a la operatividad de la regularización en el derecho penal.

De lo dicho hasta ahora se concluye, de un lado, que las previsiones de la vigente LGT sobre cumplimiento extemporáneo y voluntario de las deudas tributarias, por su heterogeneidad, particularidades y designio específico dentro de la esfera de la política fiscal, no son trasladables al ámbito de la excusa absolutoria estudiada en ausencia de una previsión legal expresa en ese sentido, y de otro, que el uso de las expresiones regularizar, regularización, regularizado, a lo largo de todo el texto de dicha Ley, apela a su valor semántico en relación con el contexto en el que aparecen y la concreta realidad a que se refieren, sin que constituyan conceptos legales o se remitan a una única y diferenciada institución jurídico tributaria.

En consecuencia, para resolver la cuestión interpretativa propuesta sin caer en una arbitraria configuración de la excusa absolutoria fruto de la selección interesada de retales de la normativa fiscal y penal, resultará necesario determinar qué conductas aparecen como exigibles para poner en orden la situación tributaria relacionada con las deudas que tienen origen en la previa defraudación consumada de una cuota tributaria de cuantía superior a los 120.000 euros.

C) **La legislación administrativa en materia de prestaciones a la Seguridad Social**

Como ya anticipamos, la doctrina defensora de la innecesariedad de que se lleve a efecto el ingreso para apreciar la excusa absolutoria prevista para el delito contra la Hacienda Pública del artículo 305.4 del Código Penal, parte de identificar el concepto regularización tan solo con el supuesto de presentación de declaraciones o autoliquidaciones tributarias extemporáneas sin previo requerimiento, aun en el caso de que dichas declaraciones complementarias no vayan acompañadas, en su caso, del correspondiente ingreso. Con el anterior planteamiento, se deja sin resolver la ruptura que supone esa interpretación del término en sede del párrafo tercero del artículo 307 del Código Penal, donde la liquidación y el ingreso extemporáneo de la deuda derivada de cuotas de la Seguridad Social previamente eludidas, llevan siempre aparejada sanción en sede administrativa.

En los artículos 22 y 23 del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social según redacción dada por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, modificada por Ley 52/2003, de 10 de diciembre, se consideran infracciones graves o muy graves el incumplimiento de la obligación empresarial de realizar debidamente los actos de encuadramiento (afiliación) y la falta de ingreso de las cuotas recaudadas por la Tesorería General de la Seguridad Social, siempre que no sean constitutivos de delito y proceda la remisión del tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal en los términos a que se refiere el artículo 3.2 del mismo texto.

El artículo 31 de la Ley General de la Seguridad Social (tanto en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de mayo, como en la de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social), establece que procede la formulación de actas de liquidación respecto de las deudas por cuotas originadas por falta de afiliación o de alta de trabajadores en cualquiera de los Regímenes del Sistema de la Seguridad Social, en caso de diferencias de cotización por trabajadores dados de alta cuando las mismas no resulten directamente de los documentos de cotización, y si se produce derivación de responsabilidad de sujeto obligado al pago o la aplicación indebida de las bonificaciones en las cotizaciones de la Seguridad Social.

Las normas relativas al ingreso extemporáneo de esas deudas en el marco de las infracciones contra la Seguridad Social previstas en los artículos 31.4 de la Ley General de la Seguridad Social y 34.2 del Reglamento General sobre Procedimiento de Imposición de Sanciones por Infracciones de Orden Social y para los Expedientes Liquidatorios de Cuotas de la Seguridad Social según Real Decreto 928/1998 de 14 de mayo, disponen la reducción en un 50 % de la sanción en caso de procedimiento de expedición de actas de liquidación y sanción formalizadas en documento único en los que el sujeto acepta la liquidación realizada por la Administración e ingresa la deuda durante el mes siguiente a aquel en el que se le notifica la resolución del expediente conjunto. El ingreso se produce con posterioridad a la perfección de la infracción y una vez que la Tesorería General de la Seguridad Social ha liquidado la deuda eludida, estableciéndose simplemente la reducción de la cuantía de la multa por la aceptación de la liquidación practicada y el pronto pago de la deuda. Así pues, la ordenación en sede administrativa de las deudas contributivas inicialmente eludidas en perjuicio de la Seguridad Social exige, por disposición normativa, de su efectiva satisfacción.

Interpretación del término en el ámbito del derecho penal y doctrina jurisprudencial

Los ordenamientos penal y administrativo –y más específicamente el tributario– constituyen grupos de normas de ámbitos y con finalidades distintas, de modo que los últimos se ven obligados a hacer frente a contingencias que tienen una incidencia menor sobre la política criminal. Si bien es cierto que la incorporación en 1995 del término regularización en nuestro Código Penal estuvo en alguna medida condicionado por la necesidad de armonizar el reproche penal con determinadas decisiones propias de la política fiscal del momento, la fundamentación de las excusas absolutorias de los artículos 305.4 y 307.3 del Código Penal no es meramente fiscal, por lo que la interpretación de la expresión no debe quedar condicionada por aquellas concretas circunstancias hasta el punto de hacer inviable un entendimiento de los preceptos a la luz de la teleología y naturaleza jurídica penal de las dos excusas absolutorias. Otorgar la prioridad a esta última opción evita la instrumentalización de la norma penal que supone ponerla al servicio exclusivo de los intereses de la política fiscal o recau-

datoria, lo que no haría sino degradar su necesidad en un ámbito de la conducta en el que la presencia del derecho penal ya no se discute.

Resulta por lo demás innegable que el derecho penal puede optar y así lo hace –sin menoscabar por ello la unidad del ordenamiento jurídico– por castigar las conductas en atención a su particular gravedad o potencial lesivo para el bien jurídico objeto de protección; un buen ejemplo de ello lo constituyen los tipos penales de los artículos 305 y 307 que castigan la defraudación tan solo en el supuesto de que la cuota eludida supere los 120.000 euros. En consecuencia, la prolijidad casuística con que se regula el cumplimiento extemporáneo de las obligaciones contributivas en el ordenamiento jurídico administrativo –tributario y de la Seguridad Social– no puede resultar determinante para la exoneración de responsabilidad propiamente penal, dado que esta última gravita principalmente en la ausencia de razones de prevención general y especial para castigar al defraudador, cuando, cumpliendo los requisitos legalmente previstos, realiza un comportamiento posterior ajustado a los fines perseguidos por el derecho penal y exponente de un auténtico retorno a la legalidad.

La doctrina que aboga por la innecesariedad del ingreso para la apreciación de la excusa absolutoria parte de una concepción fragmentada del ilícito penal que entiende que el injusto descrito en cada uno de los artículos 305 y 307 del Código Penal está constituido tan solo por el engaño de que se hace víctima a la Hacienda Pública o a la Tesorería General de la Seguridad Social, con el fin de eludir la obligación contributiva. Desde ese planteamiento y dado que lo que la norma penal castiga no es el impago de la cuota sino su defraudación, se quiere atribuir a la declaración veraz presentada fuera de plazo y sin ingreso el efecto exoneratorio a que nos referimos, obviando el importante matiz de que en este último caso, en el momento de presentar la declaración extemporánea, ya se ha consumado una defraudación constitutiva de delito que ha generado un perjuicio patrimonial para la Hacienda Pública.

Frente al argumento anterior, conviene recordar que lo que el Código Penal prohíbe es la efectiva lesión al bien jurídico patrimonio de la Hacienda Pública o de la Seguridad Social, lesión que se proyecta en una doble dimensión: de un lado, conlleva la falta de percepción de los ingresos debidos, y de otro, trae consigo la frustración de las expectativas financiero recaudatorias, de justicia redistributiva y de política económica que el tributo y la cuota de la Seguridad Social cumplen en el ordenamiento jurídico.

Así pues, los preceptos penales sometidos a estudio no tipifican simplemente la puesta en práctica de modos de agresión al patrimonio de la Hacienda Pública o la Seguridad Social particularmente peligrosos sino y sobre todo, la efectiva causación de un perjuicio patrimonial a través de tales modos de ataque. Desde esa perspectiva y una vez consumado el delito, la mera rectificación de los datos falseados o incorrectos no garantiza que el perjuicio patrimonial vaya a ser efectivamente reparado y no es suficiente para compensar el completo desvalor del hecho antijurídico, ya que el contenido del injusto de estas normas viene constituido tanto por el engaño como por la lesión al patrimonio de la Hacienda Pública o la Seguridad Social, que solo se remedia con el pago de la deuda. En ausencia de ingreso, tan solo la presentación de la declaración en forma tempestiva (dentro de plazo), completa y veraz impide la existencia del delito.

El deber de pago es un elemento consustancial a la noción de tributo y de contribución a la Seguridad Social. De acuerdo con los postulados programáticos del artículo 31.1 Constitución Española, en el que se recoge el mandato de que «Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo, inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá carácter confiscatorio» y el artículo 41,

donde se establece la obligación de los poderes públicos de mantener un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, el artículo 35.1 de la Ley General Tributaria de 1963 declaraba que «La obligación principal de todo sujeto pasivo consiste en el pago de la deuda tributaria», el artículo 19 de la vigente LGT establece que la obligación tributaria principal tiene por objeto el pago de la deuda tributaria y en similares términos se expresa el artículo 19 de la LGSS. Desde esas previsiones constitucionales de igualdad y justicia, no puede ampararse una interpretación de la norma penal que anude las mismas consecuencias a la conducta del obligado que cumple en plazo con sus deberes contributivos y el sujeto que infringe la norma, como tampoco pueden recibir idéntico trato el deudor que declara la deuda inicialmente ocultada o declarada de forma mendaz y paga lo realmente adeudado, de aquel otro que se limita a rectificar sus datos en una declaración complementaria posterior. La declaración complementaria espontánea y extemporánea no puede por sí sola compensar la lesión al bien jurídico y el perjuicio patrimonial causado, resultando que rectificación y pago aparecen conectados de forma cronológico secuencial y son inseparables al efecto de provocar la liberación de la sanción penal prevista por el legislador para cada una de las dos infracciones penales a que nos referimos.

Los preceptos de los párrafos 4 del artículo 305 y 3 del artículo 307 del Código Penal tienen la finalidad de promover la autodenuncia y el pago voluntario, y su previsión se inserta en las razones de utilidad, política criminal y prevención que subyacen a toda excusa absolutoria. Su configuración descansa sobre el pensamiento de la reparación, de modo que el perjuicio irrogado por el fraude adquiere así una presunción de provisionalidad, no es definitivo, de forma análoga a lo que ocurre en la excusa absolutoria del artículo 16.2 del Código Penal en los supuestos de delito intentado –como construcción jurídica que guarda importantes similitudes con el apartado 4 del art. 305 y el apartado 3 del art. 307–, donde es requisito imprescindible que se evite voluntariamente la consumación del delito bien desistiendo de la ejecución ya iniciada bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haberse incurrido por los actos ejecutados si estos fueran ya constitutivos de otro delito o falta.

Como ya se dijo en la Consulta 4/1997 a la que hicimos referencia al inicio, con carácter general, la excusa absolutoria resulta de aplicación una vez consumado el delito, suponiendo la exoneración de una punibilidad ya surgida. Teniendo presente lo anterior, la pauta del artículo 16.2 del Código Penal –aun cuando se refiere a la tentativa de delito–, proporciona un poderoso criterio hermenéutico en relación con las concretas previsiones de los artículos 305.4 y 307.3 del Código Penal por estar ubicada en la Parte General del Código Penal, dónde se contienen los principios informadores de la política criminal de todo el texto normativo. En ese sentido, constituiría una exégesis generadora de grave desigualdad valorativa aquella que exige al autor del delito intentado que impida eficazmente la producción del resultado para lograr la impunidad, mientras el responsable del delito fiscal consumado obtiene el mismo beneficio con la mera autodenuncia.

Similar fundamento subyace en las excusas absolutorias de los artículos 354.2 (relativo al delito de incendio de montes o masas forestales, donde se declara exento de pena a quien impide la propagación del incendio por su acción positiva y voluntaria), 462 (en relación con el delito de falso testimonio, donde la exención alcanza a quien se retracte en tiempo y forma, manifestando la verdad para que surta efecto antes de dictar sentencia) y 480.1 y 549 en relación con la revelación en los delitos de rebelión y sedición.

En coherencia con la naturaleza de este tipo de construcciones jurídicas, la rectificación exigible en la excusa absolutoria por regularización deberá constituir el envés del delito, anulando no solo el desvalor de acción (correcta declaración de la deuda) sino también el desvalor de resultado (ingreso de la deuda defraudada), de forma que tenga lugar un auténtico retorno a la legalidad al que el legislador quiere enlazar la notable consecuencia de renunciar a la imposición de la sanción penal respecto de una infracción previamente consumada, beneficiando a su vez al autor con la exención respecto de las otras infracciones penales instrumentales a que se refiere el precepto (recuérdese la extensión de la excusa absolutoria a las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales en relación a la deuda tributaria objeto de regularización y cometidas con carácter previo a la regularización de la situación tributaria). La admisión de la excusa por el mero hecho de confesar la deuda de manera extemporánea y espontánea podría tener efectos criminógenos y de búsqueda de la impunidad frente al delito fiscal. La excusa absolutoria y el consiguiente levantamiento de la sanción respecto de una infracción penal perfeccionada –típica, antijurídica y culpable–, exigen como contrapartida equiparable la efectiva cancelación de la deuda.

Por otra parte, desde el punto de vista de las exigencias de la prevención general, la necesidad del ingreso reafirma la validez intimidatoria de la norma, mientras que en la óptica de la prevención especial, la excusa absolutoria tan solo se debe garantizar al sujeto que disfrutando de los ilícitos beneficios fiscales consecuencia de su conducta inicial, voluntariamente normaliza su situación fiscal e ingresa lo eludido. El ordenamiento jurídico no puede otorgar la impunidad por el delito y al mismo tiempo amparar el consiguiente disfrute de las ventajas económicas derivadas de la infracción.

Tan solo en la modalidad delictiva de la obtención indebida de devoluciones a que se refieren los dos tipos penales objeto de estudio –y dado que el perjuicio patrimonial para el erario público o el patrimonio de la Seguridad Social no se produce hasta que se efectúa la devolución solicitada por el sujeto activo–, la simple autodenuncia realizada con anterioridad a materializarse dicha devolución y cumpliendo el resto de condiciones previstas por los párrafos 4 del artículo 305 y 3 del artículo 307 del Código Penal, supone el reverso de la conducta delictiva desplegada hasta ese momento, constituyendo presupuesto bastante para la aplicación de la excusa absolutoria.

Frente a quienes oponen que si de la declaración de la deuda no se deriva la exoneración de la pena, se habrá producido la confesión del culpable con sus consiguientes consecuencias negativas (incoación del procedimiento penal) y sin contraprestación alguna para el imputado, habrá que recordar que la simple autodenuncia puede constituir el supuesto de hecho de la atenuante de confesión del artículo 21.4.^a del Código Penal, cuya finalidad última es fomentar la colaboración con la Administración de Justicia y facilitar la persecución del delito, resultando que la ley no anuda a la confesión el levantamiento de la pena, sino únicamente su atenuación.

Resulta gratuito y en alguna medida demagógico el argumento de que la exigencia del ingreso supone la «resurrección» de la prisión por deudas; quizá sea suficiente con recordar que la prisión en ningún caso sería consecuencia del impago de las deudas sino de la comisión efectiva de un delito de defraudación tributaria castigado con pena privativa de libertad, unida a una conducta postdelictiva del defraudador que no reúne los requisitos exigidos por la ley para el levantamiento de la pena.

En la misma línea, ante la tesis que apunta que esta interpretación de la excusa absolutoria favorece a los defraudadores más solventes frente a los que no lo son, debe tenerse en cuenta que el límite cuantitativo de la tipicidad en los artículos 305 y 307 del Código Penal –que reservan el reproche punitivo para las defraudaciones de

cuotas contributivas, tributarias o de la Seguridad Social, superiores a los 120.000 euros–, supone la previa existencia de bases imposables o contributivas de importe muy elevado, realmente alejadas de una auténtica situación siquiera de dificultad económica, cuanto menos de insolvencia. Por otra parte, esa misma objeción sería predicable de la atenuante de reparación o disminución del daño del artículo 21.5.^a del Código Penal, resultando de interés a este respecto la doctrina del Tribunal Supremo expresada, entre otras, en Sentencia n.º 842 de 31 de julio de 2006 cuando dice: «La atenuante de reparación no tiene razón de ser en la disminución de la imputabilidad sino en el objetivo de política criminal consistente en la protección de la víctima», y n.º 307 de 15 de febrero de 2007: «La atenuante de reparación del daño obedece a la política criminal consistente en la tutela de las víctimas, sin perjuicio de que pueda significar la rehabilitación del delincuente a través del regreso al orden jurídico, un *actus contrarius*; para lo que habrá de atenderse, en caso de reparación parcial, a su proporción con el daño causado y a las posibilidades del delincuente. Véanse las sentencias de 17.1.2005 y 24.4.2005». El núcleo de la cuestión está pues, no tanto en la capacidad económica del sujeto, sino en las consecuencias que deben derivarse para aquel que voluntariamente decide restablecer el orden jurídico violentado. *De lege data*, los artículos 305.4 y 307.3 al referirse a la regularización de la situación en relación con la deuda, exigen su íntegra satisfacción tras la rectificación de la previa conducta defraudatoria de que se trate, siendo el sujeto que ha desencadenado la lesión al bien jurídico quien debe correr con el riesgo de que la conducta de cumplimiento extemporáneo no pueda verificarse en la forma prevista para el levantamiento de la pena por su falta de liquidez, en cuyo caso, podría ser destinatario de las atenuantes de confesión del artículo 21.4.^a, si se produce el reconocimiento completo y veraz de la deuda y/o de disminución del daño del artículo 21.5.^a, en el supuesto de satisfacción parcial de lo debido.

En apoyo también de la inexigibilidad del ingreso en el caso de la regularización de los artículos 305.4 y 307.3 del Código Penal se apela a la utilización del término reintegro en el caso del delito de fraude de subvenciones del artículo 308 –como vocablo claramente expresivo de la necesidad de devolver el importe de la subvención recibida para obtener la exención, frente al utilizado en los arts. 305.4 y 307.3 del Código Penal–, olvidando que tradicionalmente, el reintegro es expresión propia de la norma extrapenal de referencia en materia de subvenciones y ha sido utilizada a lo largo del tiempo en ese contexto, entre otras, en sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado. El Título II de la vigente Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones se denomina «Del reintegro de subvenciones», constituyendo además un término con connotaciones de todo punto ajenas a las deudas tributarias o a las contraídas con la Seguridad Social, aun cuando sí revela la voluntad del legislador penal de vincular el levantamiento de la pena a conductas postdelictivas realmente reparadoras, de modo que el reintegro constituye la ordenación de la subvención tras la comisión de alguna de las modalidades delictivas a que se refiere el artículo 308 del Código Penal, situación que entendemos predicable de las conductas descritas en los artículos 305 y 307, en cuyo caso, se recurre a una expresión de uso corriente, particularmente en la esfera administrativa –regularizar– cuya exégesis penal en relación con la deuda contributiva, aglutina su reconocimiento veraz y el ingreso de lo realmente debido.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en relación con esta cuestión en doctrina ya consolidada, entendiéndolo, de conformidad con lo dicho, que el pago constituye un elemento consustancial a la regularización, en la línea de lo ya expuesto. En ese sentido, la Sentencia n.º 1807, de 30 de octubre de 2001, señala «...la regularización prevista en el mencionado precepto como excusa

absolutoria tiene por finalidad el favorecimiento o promoción del pago voluntario, inserto en razones de utilidad que subyacen en toda excusa absolutoria, lo que no concurre cuando la extinción del crédito tributario se produce por causas ajenas al contribuyente (STS 6.11.2000); regularizar es evidentemente un comportamiento activo del contribuyente que supone la asunción de una declaración complementaria y el consiguiente pago, lo que no se puede producir de forma automática en virtud del transcurso de los plazos prescriptivos, por tratarse de conceptos jurídicos diversos».

En parecidos términos, la Sentencia n.º 1336, de 15 de julio de 2002, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo decía: «... Regularizar es convertir en regular, poner en orden. Tratándose de una deuda, de una obligación incumplida, poner en orden significa pagar, cumplir. Implica un comportamiento espontáneo, activo, positivo, por parte del deudor, que asume no sólo su incumplimiento previo, sino los recargos que normalmente gravan una situación como la provocada por su actitud. Tal es la razón por la que el ordenamiento decide asimilar esa conducta a la del que hubiera satisfecho la deuda tributaria dentro de plazo. Porque en ambas se dan dos básicos puntos de coincidencia, a saber, que es el sujeto deudor el que toma la iniciativa; y que la administración tributaria, en uno y otro caso, al fin, no resulta perjudicada, puesto que ingresa lo que le era debido según la ley (...) es el mismo Legislador el que, en la exposición de motivos de la ley que introdujo la excusa absolutoria en el Código Penal anterior Ley Orgánica 6/1995, ilustró acerca del porqué de haber obrado de este modo. Y lo hizo poniendo el énfasis en el dato significativo de que lo realmente buscado fue sustraer a la responsabilidad penal a los contribuyentes que, tras de haber incurrido en irregularidad, hubieran decidido espontáneamente salir de ella, haciendo frente de manera efectiva a sus obligaciones y a la consecuencia del incumplimiento de éstas. Tal es el elemento de principio a tomar en consideración: la concurrencia de una conducta que –aunque tardía– guarda una relación de equivalencia práctica con el pago tempestivo del impuesto».

La Sentencia n.º 539, de 30 de abril de 2003, añade «Regularizar es poner en orden algo que así queda ajustado a la regla por la que se debe regir. Si una persona defrauda a la Hacienda Pública eludiendo el pago de un impuesto, su situación tributaria solo queda regularizada cuando, reconociendo la defraudación, satisface el impuesto eludido, no pudiendo decirse que ha regularizado su situación por el mero hecho de que, años después de realizarla, reconozca la defraudación –a ello equivale la presentación de la declaración complementaria– cuando la misma, por otra parte, ya ha sido puesta de manifiesto por la actividad inspectora de la administración.»

Completando la argumentación de las anteriores, la Sentencia n.º 636, de 30 de mayo de 2003, precisa que «... regularizar es evidentemente un comportamiento activo del contribuyente que supone la asunción de una declaración complementaria y el consiguiente pago» recordando que «el fundamento de la aludida excusa absolutoria es la autodenuncia y la reparación. Por lo tanto, no es de aplicar cuando el sujeto tributario no ha reparado ni se ha autodenunciado; cuando faltan estos comportamientos la renuncia a la pena carece de fundamento», argumentos que se reiteran, entre otras, en Sentencia del Tribunal Supremo n.º 751, de 28 de noviembre de 2003.

Por último, la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 192, de 1 de febrero de 2006, confirma el criterio expresado en la Sentencia de 1 de abril de 2004 de la Audiencia Provincial de Burgos, en la que, de conformidad con la doctrina jurisprudencial a que acabamos de referirnos, se reproducían íntegramente algunos de los argumentos expresados: «Aún cuando, ni en el escrito de calificación provisional, ni en las alegaciones iniciales del proceso, se ha planteado por la defensa la posible aplicación de una excusa absolutoria por regularización posterior de las declaraciones tributarias, y por inclusión en la declaración de 1997 de algunas de las cantidades respecto de las

cuales se debió de haber tributado en los ejercicios objeto de litigio, debe de recordarse, precisamente para clarificar la irrelevancia de esa declaración posterior en la tipificación penal de los hechos enjuiciados, que la Jurisprudencia (SSTS 2.ª 15 de julio de 2002 y 30 de abril de 2003) ha declarado: (Regularizar es poner en orden algo que así queda ajustado a la regla por la que se debe regir. Si una persona defrauda a la Hacienda Pública eludiendo el pago de un impuesto, su situación tributaria sólo queda regularizada cuando, reconociendo la defraudación, satisface el impuesto eludido, no pudiendo decirse que ha regularizado su situación por el mero hecho de que, años después de realizarla, reconozca la defraudación; a ello equivale la presentación de la declaración complementaria cuando la misma, por otra parte, ya ha sido puesta de manifiesto por la actividad inspectora de la Administración). Por lo tanto, según esta línea jurisprudencial, regularizar supone pagar, sin que baste la presentación de declaración complementaria. Por las mismas razones se estima ineficaz la regularización con ingreso parcial, sin perjuicio de que la reparación parcial del perjuicio pueda producir efectos en la determinación de la pena.»

No tributar en el momento debido y pretender hacerlo en momentos muy posteriores y alejados en ocho años, no solo no supone el pago exigido por la Jurisprudencia indicada, sino que determina una actuación mas allá de una mera ordenación tributaria y acorde con una actuación de ajuste y estrategia fiscal a la conveniencia del acusado.

CONCLUSIONES

Primera. No existe en la legislación extrapenal de referencia una definición legal del término regularización, siendo una expresión que –tanto en la normativa tributaria y de la Seguridad Social como en los arts. 305.4 y 307.3 del Código Penal–, se utiliza conforme a su significación semántica. Por consiguiente, su exégesis en las excusas absolutorias objeto de estudio, debe partir de su definición según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, su naturaleza y configuración jurídico-penales en tanto que excusas absolutorias y su inclusión dogmática entre las normas relativas al desistimiento y el arrepentimiento activo, fuertemente vinculadas con la teoría de la reparación.

Segunda. En caso de deudas contributivas derivadas de cuotas tributarias o de la Seguridad Social presuntamente defraudadas en cuantía superior a los 120.000 euros, resultan de aplicación los artículos 180 de la LGT, 3.2 del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social según redacción dada por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto y 5 del Reglamento General sobre Procedimientos para la Imposición de Sanciones por Infracciones en el Orden Social aprobada por Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, correspondiendo a la jurisdicción penal la decisión acerca de la concurrencia, en su caso, de los requisitos penalmente exigibles para la apreciación de las excusas absolutorias previstas en los párrafos 4 y 3 de los artículos 305 y 307 respectivamente.

Tercera. En las excusas absolutorias de los artículos 305.4 y 307.3 del Código Penal, la conducta postdelictiva del imputado debe suponer el reverso del delito consumado, de forma que resulte neutralizado no solo el desvalor de acción (defraudación) sino también el desvalor de resultado (perjuicio patrimonial irrogado a la Hacienda Pública o a las arcas de la Seguridad Social). Ello hace exigible una conducta positiva y eficaz del sujeto pasivo de la obligación contributiva que incluye, la

autodenuncia (a través del reconocimiento voluntario y veraz de la deuda, previo a las causas de bloqueo temporal legalmente previstas) y el ingreso de la deuda derivada de la defraudación, satisfaciendo ambas exigencias el pleno retorno a la legalidad al que el legislador ha querido anudar la renuncia al *ius puniendi* respecto del delito principal y sus instrumentales.

Cuarta. En el caso de delitos contra la Hacienda Pública o contra la Seguridad Social en los que la conducta defraudatoria consista en la solicitud de una devolución indebida, la simple autodenuncia –efectuada con carácter previo a materializarse la devolución– constituye el reverso de la conducta delictiva, siendo aplicable la excusa absoluta siempre que concurren los demás requisitos previstos en los párrafos 4 del artículo 305 y 3 del artículo 307 del Código Penal.

Quinta. La autodenuncia, aun cuando se efectúe con carácter previo a las causas de bloqueo previstas en los artículos 305.4 y 307.3 del Código Penal, no es presupuesto suficiente para la apreciación de la excusa absoluta si no se produce la satisfacción de la deuda que se deriva de la previa defraudación consumada del tributo o de la cuota de la Seguridad Social, aun cuando sí puede motivar la apreciación de la circunstancia atenuante de confesión prevista en el artículo 21.4.ª del Código Penal.

Sexta. El ingreso espontáneo (en el sentido de anterior a las causas de bloqueo previstas por el legislador penal) y parcial de la deuda –tributaria o de la Seguridad Social– no afecta a la entidad delictiva de la conducta, que se perfeccionó con anterioridad, en el momento de la elusión de la cuota en cuantía superior a los 120.000 euros, pero puede motivar la apreciación de la circunstancia atenuante de disminución o reparación del daño del artículo 21.5.ª del Código Penal, con entidad graduable atendiendo a la voluntariedad de la conducta reparadora y a las posibilidades y esfuerzo efectuado por el sujeto pasivo para subsanar los perjuicios derivados de su acción.

Por lo expuesto, las Sras. y Sres. Fiscales en el ejercicio de sus funciones velarán por el cumplimiento de la presente Circular.

Instrucciones

INSTRUCCIÓN 1/2009, SOBRE LA ORGANIZACIÓN DE LOS SERVICIOS DE PROTECCIÓN DE LAS SECCIONES DE MENORES

1. ÁMBITO FUNCIONAL DE LAS SECCIONES DE MENORES EN MATERIA DE PROTECCIÓN

Las Secciones de Menores tienen un ámbito de actuación acotado legalmente en materia de responsabilidad penal de menores. Por contra, la asunción de competencias en materia de protección de menores no tiene una expresa cobertura legal, aunque tal configuración es perfectamente factible partiendo de las facultades organizativas atribuidas al Ministerio Fiscal.

La integración de las funciones de protección dentro del ámbito de actuación de las Secciones de Menores ha ido asumiéndose progresivamente: así, la Instruc-

ción 2/2000, de 27 de diciembre, ya consideraba tal asunción como aconsejable. El apartado tercero del artículo 20 EOMF, dedicado al Fiscal de Sala Coordinador de Menores extiende 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. Por ese motivo, la Instrucción 3/2008, de 30 de julio, sobre el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las Secciones de Menores abogó definitivamente por la asunción de un esquema funcional en el que estas Secciones –aún admitiendo subdivisiones internas– abarcaran tanto los aspectos de reforma como los de protección. Tales subdivisiones, como expresa la Instrucción 3/2008 deben enmarcarse dentro de las facultades de organización interna de las Fiscalías, permitiendo que se repartan los cometidos de reforma y protección entre los Sres. 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.

La reseñada Instrucción 3/2008 desglosa las funciones que en materia de protección de menores deben asumir estas Secciones, partiendo de que no es factible desde una perspectiva de organización racional del trabajo que las Secciones aborden cualquier asunto en el que esté en juego el interés superior del menor, toda vez que el mismo aparece en una pluralidad de procedimientos que harían disfuncional su atribución a una Sección específica de la Fiscalía. Ello debe entenderse sin perjuicio de la necesaria relación de coordinación que la Sección de Menores debe establecer con otras Secciones (Extranjería, Civil, Contencioso Administrativo, Penal, etc.). En todo caso, desde el respeto a los contenidos mínimos que la Instrucción 3/2008, sobre el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las Secciones de Menores perfila, es dable –dependiendo de las circunstancias concretas de cada Fiscalía– que las Secciones asuman el despacho de otros asuntos no expresamente previstos en los que deba ponderarse el superior interés del menor. Así debe interpretarse el punto 15 del epígrafe III.-4 de la referida Instrucción, que como cláusula de cierre incluía entre las funciones de las Secciones la de otras materias análogas o conexas con las anteriores, orientadas a garantizar la efectividad del superior interés del menor.

Puede por ello decirse que las Secciones de Menores deben asumir las funciones de protección del menor, aunque ha de partirse de que no las asume en régimen monopolístico, toda vez que –en principio– no intervendrá en los procesos civiles matrimoniales, de filiación, y de jurisdicción voluntaria respecto de menores que no se encuentren en situación de riesgo o desamparo.

Claro es que las consideraciones de esta Instrucción no son de aplicación a la Sección de Menores de la Audiencia Nacional, que por sus especialidades centra su ámbito funcional en el área de responsabilidad penal del menor.

Desde la Circular 3/1984, de 25 de junio, se venía reclamando del Ministerio Público la facultad y obligación de interesarse por los menores en situación de desamparo, incluso cuando las competencias de protección estaban atribuidas a los Tribunales Tutelares de Menores, obligación recordada por la Instrucción 2/1986, de 25 de noviembre, que subrayaba que el gran problema de la defensa de los derechos de los menores, muchas veces víctimas inocentes de condiciones de explotación, corrupción o abandono, ha sido y es una de las misiones que el Ministerio Fiscal ha asumido con mayor entusiasmo.

El Legislador ha ido encomendando expresamente al Ministerio Fiscal importantes funciones en el sistema de protección de menores, atribuciones que se han incrementado especialmente tras la reforma del Código Civil operada por Ley 21/1987, de 11 de noviembre y tras la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del

Menor (en adelante LOPJM). El celo con el que las Fiscalías abordan estos cometidos se refleja en sus Memorias, en las que puede detectarse una progresiva ampliación de los ámbitos de actuación del Ministerio Público, de modo que podría decirse que desbordando su núcleo funcional – relativo a la supervisión de las actuaciones administrativas en los supuestos de desprotección y conflicto social– son pocos los problemas con dimensión jurídica que afectan a los menores, como colectivo más vulnerable de la sociedad, que puedan quedar extra muros de las preocupaciones de la Institución.

Tradicionalmente, sin embargo, se ha puesto de relieve que tales asignaciones funcionales no van acompañadas de las necesarias reformas orgánicas y dotaciones materiales, lo que en ocasiones ha propiciado un desempeño de las mismas alejado de los postulados de celeridad y eficacia que necesariamente debieran presidir su actuación al atender las peticiones, reclamaciones y requerimientos que se le formulan por entidades públicas o por particulares. Incluso en ocasiones se ha podido observar la relajación en el cumplimiento de las obligaciones para con el Fiscal por parte de las Entidades Públicas de Protección de Menores, espectadoras de excepción del desbordamiento competencial del Ministerio Público.

Es claro que estas situaciones han de quedar como meras disfunciones del pasado, debiendo ser erradicadas a través de una nueva organización. Las Entidades Públicas de Protección de Menores deben tener claro sus obligaciones para con el Ministerio Fiscal en el cumplimiento de su función supervisora.

La presente Instrucción no pretende abordar en detalle las pautas de actuación y líneas interpretativas a defender por el Fiscal en cada una de las áreas de protección que se le encomiendan. Tal cometido se abordará en sucesivos instrumentos con la necesaria amplitud y rigor. Su objetivo es más modesto pero no menos importante: establecer los principios organizativos sobre los que construir el servicio de protección dentro de las Secciones de Menores.

2. TRAMITACIÓN DE ASUNTOS. TIPOS DE DILIGENCIAS

La reforma introducida por Ley 14/2003 en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal introdujo en el artículo 5 una norma de cobertura para una pluralidad de actuaciones que debe llevar a cabo el Ministerio Fiscal en ámbitos dispersos y para las que no se contaba con soporte formal alguno. En efecto, el artículo 5 EOMF *in fine* dispone que también podrá el Fiscal incoar diligencias preprocesales encaminadas a facilitar el ejercicio de las demás funciones que el ordenamiento jurídico le atribuye.

Esta previsión permite al Fiscal contar con un soporte procedimental para desplegar cuando considere conveniente un examen preliminar de un asunto perteneciente a cualquier jurisdicción antes de llegar a «promover la acción de la justicia».

Ya la Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores hacía uso de esta nueva habilitación estableciendo que quedan superadas las dudas que se planteaban por la anterior inexistencia de una disposición expresa que permitiera al Fiscal tener un soporte para realizar actuaciones preparatorias a la presentación de una demanda civil. Consiguientemente podrán los Sres. Fiscales utilizar estas diligencias para recabar los datos que consideren de interés para preparar la demanda civil o, incluso, para decidir si tal demanda debe o no presentarse.

También la Circular 2/2006, de 27 de julio, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España postulaba esta vía procedimental para encauzar

las actuaciones relativas a la determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados. Últimamente hace lo propio la Instrucción 4/2008, de 30 de julio en relación con la protección de las personas discapacitadas.

Este mismo esquema es trasladable a múltiples cometidos del Ministerio Fiscal, especialmente en materia de preparación de demandas civiles para las que está legitimado, tales como la promoción jurisdiccional de medidas en protección de menores. Incluso éste será el soporte de los expedientes de protección en los que se supervisan las medidas adoptadas por las Entidades Públicas de Protección de Menores, que si bien normalmente no desembocan en actuaciones procesales, potencialmente puede predicárseles tal carácter preprocesal.

En este tipo de diligencias concurren una serie de singularidades que las separan del régimen común de las Diligencias de Investigación. Coherentemente, su tratamiento debe ser distinto, tanto en aspectos adjetivos (denominación, registro y numeración), como en aspectos materiales, básicamente en cuanto a que deben por su propia naturaleza extrapenal relajarse los principios de contradicción y de defensa.

Tampoco tales diligencias deberán entenderse sometidas al plazo máximo de duración de seis meses, no siendo consecuentemente necesaria la petición de prórroga a la Fiscalía General del Estado cuando se rebase dicho periodo legal. Esta exención del sistema de petición de prórroga en ningún caso habrá de interpretarse como una atenuación en la celeridad que debe necesariamente inspirar a los Sres. Fiscales en la tramitación de las Diligencias Preprocesales.

A través de la regulación de las Diligencias Preprocesales se dará cauce: 1) a los expedientes de protección que se inicien con la comunicación de la Entidad Pública de Protección de Menores de la declaración de desamparo y correlativa asunción de tutela de un menor, para a través de ellos supervisar, hacer un seguimiento de las medidas adoptadas, y eventualmente promover las actuaciones jurisdiccionales que pudieran ser necesarias en interés del menor (expedientes de protección de menores tutelados); 2) a los expedientes de protección que se incoen como consecuencia de la comunicación de la Entidad Pública de Protección de Menores de la asunción por la guarda de un menor (expedientes de protección de menores bajo medida de guarda) y 3) a los expedientes de protección que se abran ante la recepción por cualquier medio de la *notitia* de la existencia de un menor en situación de riesgo, y que conforme a las previsiones legales (art. 16 LOPJM) deban ser verificadas (expedientes de protección en investigación). En este punto debe hacerse la salvedad de que cuando tal noticia sea relativa a hechos que puedan ser constitutivos de delito, lo que habrá de incoarse –si todavía no se ha abierto causa judicial–, serán unas Diligencias de Investigación.

Es importante que en la llevanza de todos estos expedientes y en base al principio de impulso de oficio, se establezcan sistemas de control y revisión periódica, con el fin de evitar paralizaciones en la tramitación. Especialmente recomendable será la utilización de sistemas informáticos de aviso de revisiones periódicas. Los Expedientes de Protección iniciados con la comunicación de la asunción de la tutela automática o de la guarda deben en todo caso revisarse cada seis meses, para comprobar si la Entidad Pública ha remitido el correspondiente informe de seguimiento, informe que deberá contener datos precisos sobre la evolución del menor a fin de que el Fiscal pueda cumplir sus cometidos legales de efectiva supervisión.

Deben superarse los silencios administrativos u omisiones en la emisión de informes y habrán de rechazarse los escritos estandarizados carentes de información. Los Sres. Fiscales cuidarán de que tanto en los informes ordinarios semestrales como en los extraordinarios que en cualquier momento puedan solicitarse, la Entidad Pública de Protección de Menores haga referencia al menos a los siguientes extremos: *a)* lugar de residencia del menor tutelado o sometido a guarda; *b)* estado de salud en general,

así como la atención personal y asistencial que haya podido requerir el menor; *c*) actividades formativas desarrolladas; *d*) actuaciones practicadas en pro de su inserción en la familia biológica o, en su defecto, perspectivas de inserción en familia alternativa.

También habrá de exigirse que los escritos en los que la Entidad Pública conteste a requerimientos de información sobre menores en situación de riesgo sean suficientemente expresivos de las circunstancias concurrentes en cada caso y sobre las medidas adoptadas o, en su caso, sobre las causas por las que no procede la adopción de las mismas.

3. ÍNDICE DE TUTELAS

El denominado «índice de tutelas» se menciona en el artículo 23 LOPJM que dispone que para el ejercicio de la función de vigilancia de la tutela que atribuyen al Ministerio Fiscal los artículos 174 y 232 del Código Civil, se llevará en cada Fiscalía un Índice de Tutelas de Menores.

El índice de tutelas debe contener el listado de todos los menores que en la respectiva provincia se encuentran bajo la tutela de la Comunidad Autónoma.

Consecuentemente, la primera comunicación en la que la Entidad Pública pone en conocimiento del Fiscal la asunción de la tutela sobre un menor habrá de dar lugar a la práctica del correspondiente asiento en dicho Índice de Tutelas.

Cuando un expediente se archive conforme a Derecho, correlativamente habrá de cancelarse el correspondiente asiento del índice de tutelas.

A tales efectos, habrá de entenderse que el expediente se archiva conforme a Derecho cuando en los casos de tutela automática concorra alguno de los siguientes supuestos: revocación por desaparición de las causas que motivaron la declaración de desamparo; constitución de la tutela ordinaria; adopción; emancipación; mayoría de edad; fallecimiento del menor y traslado del expediente del menor a otra Comunidad, con la correlativa asunción por ésta de la tutela.

Al índice no deben tener acceso los menores en situación de riesgo, salvo, lógicamente, que su situación pase a ser la de menores tutelados.

En los supuestos en los que el Fiscal haya dado cuenta a la Entidad Pública de una situación de posible riesgo o desamparo en un menor, deberá en todo caso recibir una respuesta fundada sobre las medidas adoptadas, que en caso de generar la asunción de la tutela o de la guarda implicará la práctica del correspondiente asiento.

En el propio índice de tutelas debe figurar el número del expediente de protección asignado al menor, de manera que su consulta permita una rápida localización de toda la documentación e informes que de cada menor consten en Fiscalía.

4. LLEVANZA DE REGISTROS INFORMÁTICOS

El servicio de protección de las secciones de menores deberá llevar los siguientes registros, en soporte informático: 1) Registro de expedientes abiertos tras la comunicación de la asunción de la tutela automática por la Entidad Pública; 2) Registro de expedientes abiertos tras la comunicación de la asunción de la guarda por la Entidad Pública; 3) Registro de procesos judiciales relativos a impugnaciones de medidas pro-

tectoras acordadas por las Entidades Públicas respecto de menores (art. 749.2 LEC 2000); 4) Registro de procesos judiciales relativos a adopciones; 5) Registro de procesos judiciales relativos a acogimientos; 6) Registro de expedientes de protección abiertos a menores para verificar posibles situaciones de riesgo; 7) Registro de intervenciones en medidas urgentes conforme al artículo 158 CC para apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios; 8) Registro de expedientes abiertos para proteger los derechos de los menores en supuestos de ensayos clínicos (Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos) y en investigaciones que implican procedimientos invasivos sin beneficio directo (Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica); 9) Registro de intervenciones 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, ante internamientos de menores en centros psiquiátricos (arts. 4, 7.2 LOPJM y 763.2 LEC 2000) y acciones de cese y rectificación de publicidad ilícita dirigida a menores (art. 5.5 LOPJM)]; 10) Registro de intervenciones en procesos sobre sustracción internacional de menores (art. 1902 anterior LEC); 11) Registro de diligencias de determinación de edad de menores extranjeros, en caso de ser llevadas por la Sección (*vid.* epígrafe VI.-3, punto 7 de la Instrucción 5/2007, de 18 de julio); 12) Registro de actas sobre las visitas periódicas a Centros de Protección de Menores (art. 21.4 LOPJM); 13) Registro de actas sobre visitas a Centros Penitenciarios para supervisar la situación de los menores que permanezcan con sus madres en Centros Penitenciarios; 14) Registro de visitas (*vid.* infra, epígrafe 9); 15) Demás libros derivados de otras materias análogas o conexas con las anteriores, orientadas a garantizar la efectividad del superior interés del menor que la Sección de Menores asuma (*vid.* epígrafe III.-4 n.º 15 de la Instrucción 3/2008).

Además, se conservarán debidamente archivadas las copias de las actas de las visitas a los Centros de Penitenciarios y a los Centros de Protección.

La creación y gestión del índice de tutelas como de los demás Registros previstos en la presente Instrucción, gozan, a efectos de las exigencias establecidas en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, de la cobertura que le proporciona la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 6/2001, de 21 de diciembre, sobre Ficheros automatizados de Datos Personales Gestionados por el Ministerio Fiscal.

5. COORDINACIÓN CON ESTAMENTOS ADMINISTRATIVOS E INTEGRACIÓN EN ÓRGANOS CONSULTIVOS

El Comité de los Derechos del Niño ha promovido la necesidad de coordinación de los poderes públicos a fin de garantizar la aplicación efectiva de la Convención de los Derechos del Niño, para hacer que las obligaciones dimanantes de la Convención sean reconocidas no sólo por los principales departamentos cuyas actividades tienen considerables repercusiones sobre los niños sino también por todos los poderes públicos en general.

Las conclusiones de las Jornadas sobre «aplicación de las medidas de protección de menores», para Fiscales, Jueces y Entidades Públicas de 3 de octubre de 1997 ya proponían la instauración en los distintos ámbitos territoriales de Comisiones de

Coordinación de la Protección de Menores, en las que podrían participar cuantas instituciones estén implicadas en la protección de los mismos.

Desde la perspectiva del Ministerio Fiscal debe partirse de que es imprescindible mantener reuniones periódicas con los distintos estamentos administrativos encargados de la protección y promoción de los derechos de los menores.

En efecto, las relaciones con la Administración son esenciales en la esfera de protección de menores, en la que los contactos y comunicaciones deben ser continuos, con la correspondiente exigencia de fluidez, sin perjuicio de la necesidad de preservar la necesaria autonomía imprescindible para ejercer correctamente las funciones de supervisión que el ordenamiento atribuye al Fiscal respecto de la actividad administrativa.

Además de realizar todos los actos de comunicación a que legalmente vienen obligados tanto las Entidades Públicas como el Ministerio Fiscal, es necesario el intercambio de informaciones puntuales para dar solución a las situaciones que exijan la adopción de medidas urgentes. En efecto, esta comunicación más allá del mero cumplimiento de las obligaciones de supervisión semestral puede ser esencial para aunar criterios de actuación, así como para solventar las posibles discrepancias existentes, trasladar de primera mano las dificultades surgidas en actuaciones específicas y para fomentar la búsqueda común de soluciones.

Una vía adecuada a tales fines es la de mantener de forma periódica reuniones de trabajo del Delegado de Menores de Fiscalía con el Director o Delegado Provincial competente en protección de menores para analizar casos problemáticos.

Otra posible vía es la integración del Delegado de Menores de Fiscalía en comisiones constituidas *ad hoc*. A estos efectos debe recordarse el cambio operado en las directrices que al respecto se han impartido desde la Fiscalía General del Estado. En una primera fase, por oficio del Fiscal Inspector de 2 de noviembre de 2004 se informó a la Fiscalía de Palencia y al resto de las Fiscalías de Castilla y León que ningún representante del Ministerio Fiscal debía integrarse en los denominados Consejos Provinciales, entendiéndose que «el imparcial ejercicio de la función de vigilancia del Ministerio Fiscal» no podía quedar comprometido por «la integración de sus miembros en órganos administrativos de consulta y asesoramiento de la Entidad Pública cuya actividad en defensa de los menores debe legalmente supervisar».

En una segunda fase, en 2005, estos criterios fueron objeto de revisión. Así, el Consejo Fiscal, en su pleno de 13 de julio de 2005 acordó informar favorablemente la cuestión de compatibilidad del Fiscal Delegado de la Sección de Fiscalía de Menores de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana para formar parte del Observatorio de la Comunidad Valenciana de Inserción Socio-Laboral de Menores y Jóvenes, de los Sistemas de Protección y Reeduación de Menores.

Los nuevos criterios se plasman en el reciente oficio de fecha 14 de febrero de 2006, en el que el Fiscal Inspector da cuenta de la nueva orientación favorable a este tipo de intervenciones siempre que se cumplan dos condiciones: la necesaria naturaleza pública de los organismos en que el Fiscal se integre y que dicha actuación del Fiscal, de naturaleza altruista, sea comunicada a la Fiscalía General a fin de determinar si puede, por la naturaleza de las funciones a desarrollar, quedar comprometida la independencia en la actuación del Ministerio Fiscal, pues si bien es evidente que las Comunidades Autónomas no puede imponer funciones al Ministerio Fiscal a través de sus normas, no lo es menos que el Fiscal debe intervenir en la protección de los intereses cuya tutela le está encomendada. En el caso analizado se autoriza la designación de dos Fiscales de la Audiencia Provincial de Jaén para intervenir en la Comisión Provincial de Absentismo Escolar y en el Consejo Provincial de la Infancia, «habida cuenta de que tal actuación del Fiscal no viene impuesta, sino que es solicitada por la Comunidad», correspondiendo la designación al Fiscal Jefe.

La nueva redacción del artículo 11.3 EOMF aporta –si cabe– mas base a las posibilidades de colaboración del Ministerio Fiscal con otras instancias administrativas.

6. CUESTIONES ESTADÍSTICAS

La importancia del control estadístico en materia de menores es subrayada por la Observación General n.º 5 del Comité de los Derechos del Niño sobre Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. No solo deben establecerse sistemas eficaces para recabar datos, sino también hacer que los datos recopilados sean evaluados y empleados para detectar los problemas e informar sobre la evolución de las políticas relativas a la infancia.

Hasta la fecha, la Memoria de la Fiscalía General del Estado contenía datos estadísticos individualizados sobre proceso penal de menores. Los datos relativos a protección de menores aparecían de forma incompleta, sin autonomía, e integrada en el cuadro relativo a «actuación civil y mercantil». Dentro de ellos aparecían los siguientes epígrafes: tutelas, adopciones, acogimientos y jurisdicción voluntaria de menores.

Integrado el servicio de protección dentro de las Secciones de Menores, es necesario dotar de autonomía estadística a las cifras generadas en esta área. Por ello se extraerán del cuadro relativo a «actuación civil y mercantil» las tutelas automáticas, las adopciones y los acogimientos. Debe mantenerse dentro de la «actuación civil y mercantil» la jurisdicción voluntaria de menores, dentro de la cual se integraría, entre otras, la enajenación de bienes de menores o la constitución de tutela ordinaria sobre menores no desamparados, materias éstas que –en principio y como regla general, salvo que la Sección de Menores lo asuma dentro de las potestades autorganizativas de cada Fiscalía (*vid.* epígrafe III.-4 n.º 15 de la Instrucción 3/2008)– no entran dentro de las competencias del área de Protección de Menores.

Consiguientemente, las secciones de menores, dentro del área de protección, habrán de elaborar un cuadro estadístico para su posterior integración en la estadística de la Fiscalía General del Estado sobre las siguientes materias:

- 1) Expedientes de tutela automática incoados tras la comunicación de la Entidad Pública.
- 2) Expedientes de guarda incoados tras la comunicación de la Entidad Pública.
- 3) Expedientes de protección abiertos a menores en situación de riesgo (*vid.* epígrafe III.-4.3 de la Instrucción 3/2008).
- 4) Intervención en procedimientos judiciales de impugnación de medidas protectoras acordadas por las Entidades Públicas respecto de menores (art. 749.2 LEC 2000). 3.1) A instancias del Fiscal; 3.2) A instancias de particulares.
- 5) Expedientes abiertos para proteger los derechos de los menores en supuestos de ensayos clínicos.
- 6) Intervención en procesos judiciales relativos a adopciones.
- 7) Intervención en procesos judiciales relativos a acogimientos.
- 8) Intervenciones en procedimientos en defensa de los derechos fundamentales de los menores.
- 9) Intervenciones en procesos sobre sustracción internacional de menores (art. 1902 anterior LEC).
- 10) Número de visitas de inspección a Centros de Protección de Menores realizadas durante el año (art. 21.4 LOPJM).

7. JUNTAS DE SECCIÓN

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 LO 5/2000 instituyó las Juntas de Fiscales de las Secciones de Menores como órganos distintos de las Juntas de Fiscalía.

Tal Junta sectorial será convocada para tratar cuestiones organizativas o doctrinales tanto de reforma como de protección y derechos fundamentales de menores a la vista de la nueva estructuración unificada inaugurada por la Instrucción 3/2008, de 30 de julio.

En el seno de estas Juntas y por lo que hace a protección habrán de abordarse problemas tales como reparto de trabajo dentro de la Sección de Menores, programas anuales de objetivos, revisión de normas de buenas prácticas, análisis de asuntos concretos de especial dificultad o trascendencia, etc.

De tales Juntas habrá de levantarse la correspondiente Acta que será remitida al Fiscal-Jefe, como superior jerárquico, para su conocimiento y efectos.

8. COMPOSICIÓN. REPARTO DE TRABAJO

En cuanto a la composición y el reparto de trabajo dentro del servicio de protección de las secciones de menores, el principio básico ha de ser en esta materia el de dejar a las facultades autoorganizativas de cada Fiscalía el concreto diseño e integración del Servicio, siempre con respeto a la premisa de la dirección del mismo por parte del Delegado de la Sección de menores.

Dentro de este marco, cabrá, pues, atendiendo a criterios cuantitativos, cualitativos y de eficacia y racionalización del trabajo, adscribir alguno o algunos de los Fiscales de la Sección de Menores al despacho de los asuntos de protección (entendida en sentido amplio, incluyendo derechos fundamentales) o repartir estos asuntos entre todos o la mayoría de los Fiscales de la Sección.

En todo caso será preceptivo que al menos dos Fiscales de la Sección participen en la llevanza de los asuntos de protección, con el fin de generar continuidad en el Servicio sin que vacaciones u otras licencias o permisos puedan afectar al buen funcionamiento del mismo.

Será preceptivo, además de la ágil y rigurosa emisión de informes, remisión de documentación o petición de información, la asistencia a las vistas derivadas de los procesos judiciales de protección y derechos fundamentales. El Delegado de la Sección adoptará a tales efectos las oportunas provisiones.

9. ATENCIÓN AL PÚBLICO: RECEPCIÓN DE DENUNCIAS Y EVACUACIÓN DE CONSULTAS DE MENORES Y CIUDADANOS EN GENERAL

Las Secciones de Menores se han constituido en un auténtico referente social, habiendo calado en el ciudadano el trascendental despliegue funcional que los Fiscales llevan a cabo en protección de los menores.

Desde esa perspectiva, viene siendo habitual que las Secciones de Menores reciban numerosas visitas de personas que acuden a la Fiscalía a poner de manifiesto situaciones que sin ser delictivas consideran atentatorias contra los derechos de los menores.

A tales efectos debe tenerse en cuenta que algunos preceptos amparan con carácter específico esta dimensión de la actuación del Fiscal. El artículo 10.2b) LOPJM dispone que para la defensa y garantía de sus derechos el menor puede 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.

La disposición adicional tercera, apartado primero de la LOPJM también prevé en relación con las tutelas, curatelas o guardas que tanto el Juez como el Ministerio Fiscal actuarán de oficio en interés del menor o incapaz, adoptando y proponiendo las medidas, diligencias y pruebas que estimen oportunas. Suplirán la pasividad de los particulares y les asesorarán sobre sus derechos y sobre el modo de subsanar los defectos de sus solicitudes.

La nueva redacción del artículo 172 CC, tras la reforma operada por Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional dispone que aunque pasado el plazo legal decaerá el derecho de los padres de solicitud u oposición a las decisiones o medidas que se adopten para la protección del menor, no obstante podrán facilitar información a la entidad pública y al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de desamparo.

Las anteriores consideraciones exigen la necesaria puesta en marcha por parte de la Sección de Menores de un servicio o turno de atención al ciudadano, a prestar por uno de los Fiscales integrado en la Sección. El Delegado de Menores, previo análisis en la Junta de Menores, será competente para determinar turnos, horarios de atención al público, exigibilidad o no de previa petición de cita etc.

Las visitas que se reciban deberán ser anotadas en registro informático específico.

10. SERVICIO DE GUARDIAS

El servicio de guardia de menores, además de las prescripciones contenidas en la Instrucción 2/2000, de 27 de diciembre, habrá de atender a las incidencias –dentro de las competencias atribuidas al Fiscal– que se produzcan dentro del área de protección.

11. FORMA DE LOS ACTOS DEL FISCAL EN EL ÁMBITO DE PROTECCIÓN

Pese al gran número de dictámenes e informes que deben en este ámbito emitirse, han de observarse escrupulosamente las obligaciones contenidas en la Instrucción 1/2005, de 27 de enero, sobre la forma de los actos del Ministerio Fiscal, en especial lo relativo a que los actos del Ministerio Fiscal, ya se formalicen por escrito, ya por medio de informe oral, deberán cumplir, como regla general, desde el punto de vista sustantivo, con la necesaria exigencia de motivación, proporcionada a la entidad del acto, y desde el punto de vista formal, con unos mínimos básicos de pulcritud, claridad e inteligibilidad; en los informes escritos, en los que no podrá utilizarse la forma manuscrita, habrá de estar identificado nominalmente el Fiscal interviniente.

12. VISADOS

Como regla general en materia de protección, teniendo en cuenta las singularidades de cada expediente y la necesidad de impulsar la celeridad, no será necesario el visado de los dictámenes o escritos que puedan presentarse. Ello debe entenderse sin perjuicio de que cuando el Fiscal interviniente considere el asunto de especial trascendencia o novedad, dé cuenta al Delegado de la Sección y que éste, la vista de las circunstancias concurrentes, pueda optar por interesar del Fiscal actuante que se le de traslado para visado de los sucesivos informes que se emitan en la causa o expediente.

13. SUPERVISIÓN DE LA SITUACIÓN DE LOS NIÑOS EN CENTROS Y UNIDADES PENITENCIARIAS

En el ámbito del Consejo de Europa esta materia ya suscitó su interés, que se plasmó en la Recomendación R(2000)1469 sobre las madres y los recién nacidos en prisión.

La reciente Resolución del Parlamento Europeo de 13 de marzo de 2008, sobre la situación especial de las mujeres en los centros penitenciarios y las repercusiones de la encarcelación de los padres sobre la vida social y familiar (2007/2116(INI)) en su punto 16 subraya la necesidad de que el sistema judicial vele por el respeto de los derechos del niño al examinar las cuestiones relacionadas con el encarcelamiento de la madre y en su punto 24 pide a los Estados miembros que faciliten la reagrupación familiar y, en particular, las relaciones de los progenitores encarcelados con sus hijos, a menos que sean contrarios a los intereses de estos últimos, mediante la creación de estructuras de acogida cuya atmósfera sea diferente a la del marco carcelario y que permitan actividades comunes así como un contacto afectivo apropiado.

La Instrucción 3/2008 en el n.º 33 de su apartado III.-4 3) al desgranar los cometidos de la Sección de Menores en materia de protección y derechos fundamentales asumía el de supervisar la situación de los menores que permanezcan con sus madres en Centros Penitenciarios.

En cumplimiento de esta función, el Delegado de la Sección de Menores se coordinará con los Fiscales de Vigilancia Penitenciaria para que en las visitas que éstos realicen a los Centros Penitenciarios en los que existan Unidades de madres, les acompañe un Fiscal de Menores con la periodicidad que se estime necesaria. Del mismo modo visitarán las Unidades Dependientes y las Unidades Externas. De la visita a dichas Unidades se levantará la correspondiente acta.

Como principio general y de conformidad con lo dispuesto en el apartado 4.º del artículo 17 RP en los posibles conflictos que surjan entre los derechos del niño y los de la madre originados por el internamiento en un establecimiento Penitenciario, deben primar los derechos de aquél

A tales efectos debe recordarse la Instrucción 2/1990, de 8 marzo sobre protección de los menores ingresados en Centros Penitenciarios de Mujeres con sus madres presas.

En esta Instrucción, que debe considerarse vigente en lo no afectado por las modificaciones operadas en la normativa penitenciaria, y en lo no incompatible con la

presente, se establecen una serie de cometidos que deben entenderse asumidos por las Secciones de Menores.

En extracto la Instrucción postula, por lo que ahora interesa, además de visitar estos departamentos, lo siguiente:

- Las disposiciones sobre desamparo pueden ser también de aplicación a menores internados en Centros Penitenciarios de Mujeres;
- Los Fiscales deberán instar de las Entidades Públicas la extensión de las medidas de protección a los niños ingresados en los Centros Penitenciarios, facilitándoles la tarea en todo lo que sea posible;
- Sólo podrán permanecer ingresados en los Centros Penitenciarios los hijos de las internas que justifiquen fehacientemente la filiación. Todos los demás niños ingresados en los Centros Penitenciarios, cuya filiación no pueda ser justificada o sea desconocida, se deberán poner a disposición de la Entidad Pública, a fin de que les sean aplicadas las medidas de protección de la Ley 21/87, de 11 de noviembre;
- En caso de tener que separar al hijo de la madre, se deberá fijar el régimen de visitas, la periodicidad y duración, dando cuenta de ello al Fiscal, quien cuidará de que estas se lleven a cabo y no quede el niño privado de la relación con su madre, a no ser que esto sea valorado como contraproducente. Estas actuaciones se llevarán a cabo bajo la vigilancia del Fiscal, debiendo recurrir resoluciones que no se consideren legítimas o sean perjudiciales para el menor.

Las Secciones de Menores habrán en definitiva, de velar por el efectivo cumplimiento de la legalidad penitenciaria en materia de menores y por la preservación de su superior interés, debiendo a tales efectos recordarse aquí que el artículo 38.2 LOGP en su nueva redacción dada por LO 13/1995 de 18 diciembre dispone en su párrafo primero que «las internas podrán tener en su compañía a los hijos que no hayan alcanzado los tres años de edad, siempre que acrediten debidamente su filiación. En aquellos centros donde se encuentren ingresadas internas con hijos existirá un local habilitado para guardería infantil».

El mismo precepto, en su párrafo segundo establece que «la Administración penitenciaria celebrará los convenios precisos con entidades públicas y privadas con el fin de potenciar al máximo el desarrollo de la relación materno-filial y de la formación de la personalidad del niño dentro de la especial circunstancia determinada por el cumplimiento por la madre de la pena privativa de libertad».

El apartado tercero del artículo 38 LOGP establece que reglamentariamente se establecerá un régimen específico de visitas para los menores que no superen los diez años y no convivan con la madre en el centro penitenciario. Estas visitas se realizarán sin restricciones de ningún tipo en cuanto a frecuencia e intimidad y su duración y horario se ajustará al régimen organizativo de los establecimientos.

El Reglamento Penitenciario desarrolla este precepto en su artículo 17, que por lo que ahora interesa dispone en su apartado primero que la Dirección del establecimiento admitirá a los hijos menores de tres años que acompañen a sus madres en el momento del ingreso. Cuando estas soliciten mantenerlos en su compañía dentro de la prisión, deberá acreditarse debidamente la filiación y que dicha situación no entraña riesgo para los menores, poniendo en conocimiento del Ministerio Fiscal la decisión adoptada a los efectos oportunos.

Cohonestando esta puesta en conocimiento con las disposiciones de la Instrucción 2/1990, debe interpretarse que en estos supuestos el Fiscal, en caso necesario, esto es, cuando estime que no queda suficientemente acreditado que la situación no entraña riesgo para los menores, dará traslado a la Entidad Pública para que esta evalúe el caso e informe si la medida es o no conveniente para el menor.

El apartado segundo de este precepto establece que las internas que tuviesen en el exterior hijos menores de tres años bajo su patria potestad podrán solicitar del Consejo de Dirección autorización para que éstos permanezcan en su compañía en el interior del centro penitenciario, que se concederá siempre que se acredite debidamente la filiación y que tal situación no entraña riesgo para los menores. A tal fin, se recabará la opinión del Ministerio Fiscal, a quien se le notificará la decisión adoptada.

Armonizando de nuevo esta previsión de solicitud de opinión del Fiscal con las disposiciones de la Instrucción 2/1990, debe interpretarse que en estos supuestos el Fiscal, en caso necesario, y antes de dar su opinión, cuando estime que no queda suficientemente acreditado que dicha situación no entraña riesgo para los menores, dará traslado a la Entidad Pública para que, en uso de las facultades del artículo 172 CC, evalúe el caso e informe si tal medida es o no conveniente para el menor, o si lo conveniente es que permanezca con los parientes con los que residía, su tutela u otra medida adecuada.

Los Sres. Fiscales habrán igualmente de supervisar el cumplimiento de las disposiciones del apartado quinto del artículo 17 RP, en relación con la obligación de la Administración Penitenciaria de disponer para los menores y sus madres de unidades de madres, que contarán con local habilitado para guardería infantil y estarán separadas arquitectónicamente del resto de los departamentos, a fin de facilitar las especificidades médico-sanitarias, de salidas y de régimen general que la presencia de los menores en el centro hiciesen necesarias.

Del mismo modo habrán de cuidar los Sres. Fiscales de que, de acuerdo con el apartado sexto del precepto de referencia, se fomente por la Administración Penitenciaria la colaboración y participación de las instituciones públicas y privadas de asistencia al menor en las unidades de madres o en las unidades dependientes creadas al efecto para internas clasificadas en tercer grado que tengan en su compañía hijos menores de tres años, celebrando los convenios precisos para potenciar al máximo el desarrollo de la relación materno-filial y de la formación de la personalidad de los niños.

La Instrucción 2/1990 establecía también que el Fiscal debía solicitar de los Centros Penitenciarios las listas de los niños allí ingresados, con su filiación y nombre de la interna con las que se encuentran, su edad y altas y bajas, listas que deberá incluir en su informe a la Fiscalía General.

Aunque la práctica habitual es la de que tales listados se remiten a las Secciones de Menores de las Fiscalías, en caso de que efectivamente se constate algún retraso en la remisión, los Sres. Fiscales oficiarán al Centro Penitenciario para que dé debido cumplimiento a tal previsión.

A estos efectos debe tenerse que en la actualidad existen ocho centros con Unidades de Madres, que son los de Albolote (Granada), Alcalá de Guadaira (Sevilla), La Moraleja (Palencia), Madrid V y Madrid VI, Mallorca, Teixeiro (A Coruña) y Valencia Preventivos. En el Centro Madrid VI (Aranjuez) existe también un Módulo Mixto (art. 168 RP), que permite la convivencia entre ambos progenitores y su hijo común.

Del mismo modo existen siete Unidades Dependientes (art. 80.4 RP), que se caracterizan por ubicarse fuera de prisión, destinarse a internas en tercer grado, gestionarse en colaboración con Organizaciones no Gubernamentales y depender del Correspondiente Centro Penitenciario. Estas Unidades Dependientes son en la actualidad siete: Albolote (Granada, gestionada por Romper Cadenas), Alcalá de Guadaira (Sevilla, gestionada por Nuevo Futuro), Madrid V (Nuevo Futuro), Madrid VI (Hori-

zontes Abiertos), Tenerife (Cruz Roja) Valencia CIS Malvarrosa (Generitat) y Valencia CIS Rocafort (Nuevo Futuro).

Debe tenerse en cuenta que pese a no contar con Unidades de Madres, en determinados Centros Penitenciarios pueden convivir con sus madres transitoriamente niños menores. Son los casos de los Centros Penitenciarios de Algeciras, Badajoz, CIS Victoria Kent, Huelva, Jaén, Las Palmas, Madrid I, Málaga, Pamplona, Sevilla, Tenerife, Topas, Villabona y Zuera.

Además está prevista la inmediata puesta en marcha en el año 2009 de las denominadas Unidades Externas de Madres, situadas fuera de los Centros Penitenciarios y en las que podrán ubicarse también internas clasificadas en segundo grado de cumplimiento. Las Unidades aprobadas son las de Palma de Mallorca, ya inaugurada, y las de Sevilla, Yserías (Madrid), Canarias y Valencia. Estas Unidades Externas quedan sometidas a las disposiciones de los artículos 178 al 182 inclusive del Reglamento Penitenciario.

Los Sres. Fiscales interpretarán las reglas sobre el tiempo máximo de permanencia de los menores con sus madres en Unidades Penitenciarias con la necesaria flexibilidad, a la luz del principio del superior interés del menor, teniendo en cuenta que en determinadas situaciones (ej. cumplimiento de la edad antes de acabar el curso), una aplicación rígida de la norma podría suponer un grave quebranto de los derechos de los menores. A tales efectos, debe tenerse presente que la Resolución del Parlamento Europeo de 13 de marzo de 2008, sobre la situación especial de las mujeres en los centros penitenciarios y las repercusiones de la encarcelación de los padres sobre la vida social y familiar (2007/2116(INI)) considera que al adoptar decisiones relativas a la separación o a la permanencia con el progenitor encarcelado, se debe tener siempre en consideración el interés superior de los menores.

Habrà de tenerse igualmente en cuenta que en ocasiones, los Servicios Sociales Penitenciarios disponen de una información privilegiada tanto de las madres internas embarazadas y de su familia extensa como de la situación en la que va a quedar el menor que por razón de edad tenga que salir del Centro Penitenciario. Teniendo presente la calidad de estas informaciones y el hecho de que con relativa frecuencia ponen de manifiesto situaciones de grave riesgo o de desamparo, los Sres. Fiscales, en su función de superiores vigilantes de la actuación de las Entidades Públicas Protectoras de Menores, cuidarán de que éstas adopten las medidas de protección en cada caso pertinentes con la celeridad que la situación concreta reclame.

Los Sres. Fiscales verificarán igualmente que se respeta el derecho a la escolarización de estos menores, requiriendo en su caso de la Administración las medidas procedentes, teniendo en cuenta la situación de especial vulnerabilidad en que se encuentran los mismos.

14. COMUNICACIONES INTERORGÁNICAS

Cuando los Sres. Fiscales tuvieran conocimiento de la comisión de infracciones administrativas en las que se lesionen intereses de menores (*ad exemplum*, infracciones en materia laboral en relación con trabajadores menores de 18 años, infracciones en materia de espectáculos públicos, infracciones en materia de expendición de alcohol y tabaco), remitirán el correspondiente oficio al ente u órgano administrativo competente para la imposición de sanciones, a los efectos que procedan en Derecho.

Ya la Instrucción 10/2005 ponía de manifiesto que si bien no existe una norma general expresa al respecto y solamente en casos concretos la ley prevé que el Ministerio Fiscal comunique a la autoridad administrativa extremos de los que tengan conocimiento y de los que puedan derivarse consecuencias administrativo-sancionadoras, cabe de esta regulación fragmentaria extraer un principio general de comunicación interorgánica o interinstitucional, asumido por la Fiscalía General del Estado (*vid.* Instrucciones de la Fiscalía General del Estado 4/1991 de 13 de junio, 2/1999 de 17 de mayo, y 1/2003, de 7 de abril, todas ellas en materia de tráfico; Instrucciones 7/1991, de 11 de noviembre y 1/2001, de 9 de mayo, en materia de siniestralidad laboral; Consulta 2/1996 de 19 de febrero, en materia de defraudaciones a la Seguridad Social o Circular 1/2002, de 19 febrero, en materia de extranjería). El fundamento de estos actos de comunicación radica en última instancia en que el Derecho administrativo sancionador y Derecho Penal son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, derivadas del artículo 25 CE (STC 18/1981, de 8 de junio) y en la función de defensa de la legalidad que el artículo 124 CE atribuye al Fiscal. En el ámbito de menores, a este fundamento habría de adicionársele el de la necesidad de preservar el superior interés del menor, necesidad que impone a todas las autoridades e instancias con competencias en la materia la obligación de adoptar las medidas procedentes dentro de su órbita funcional y el deber de actuar coordinadamente entre sí.

15. TRATAMIENTO DE LA ACTIVIDAD DEL SERVICIO DE PROTECCIÓN DE LAS SECCIONES DE MENORES EN LAS MEMORIAS TERRITORIALES Y EN LA MEMORIA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

La gran trascendencia de la actividad del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores, hace necesario que sea objeto de obligado tratamiento en las Memorias de las Fiscalías para su ulterior reflejo en la Memoria de la Fiscalía General del Estado. Tal obligación se plasmará en el informe general a que se hace referencia en la letra *l*) del epígrafe V (en la que se asigna al Delegado la redacción del apartado de la Memoria de la Fiscalía relativo a la Sección de Menores integrado por el informe anual de la Sección) y en la letra *d*) del epígrafe II de la Instrucción 3/2008, de 30 de julio (en la que se asigna al Fiscal de Sala Coordinador de Menores 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).

El tratamiento de la actividad del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores debe hacer referencia a los problemas suscitados en la interpretación y aplicación de la Ley, asuntos especialmente relevantes, dictámenes del Fiscal y resoluciones judiciales de especial interés, en relación con las materias propias del área de protección y –sin perjuicio de que se unan o no al apartado específico de la Memoria– propuestas de reformas legislativas. Podrán incluirse cualesquiera otras exposiciones que se estime deben ser de conocimiento general.

En razón de todo lo expuesto, con el propósito de cumplir las obligaciones que en relación con la protección de menores impone nuestro ordenamiento jurídico al Ministerio Público, los Sres. Fiscales se atenderán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Instrucción.

INSTRUCCIÓN 2/2009, SOBRE APLICACIÓN DEL PROTOCOLO DE CONFORMIDAD SUSCRITO POR LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO Y EL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA

I. INTRODUCCIÓN

La progresiva consolidación de las reformas organizativas y funcionales que cristalizaron en la Ley 24/2007 de 9 de octubre de reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, presididas por los principios de reforzamiento de la autonomía, unidad de actuación especializada y reordenación territorial, permite ahora avanzar un paso más en el decidido impulso modernizador, que, a partir de esos cambios instrumentales, busca mejorar de manera efectiva y tangible el servicio que cotidianamente prestan los Fiscales a los ciudadanos, a espera de un nuevo modelo procesal penal verdaderamente acorde a las exigencias de la Constitución e internacionalmente homologable.

En esa línea, la finalidad de las Instrucciones 1/2008 y 2/2008 de la Fiscalía General del Estado fue identificar y subrayar en la ley vigente las claves de una intervención más dinámica y eficaz del Fiscal en la fase de investigación de los delitos, en su doble faceta de dirección de la Policía Judicial y colaboración activa con la instrucción judicial. Pues bien, esa misma lógica de raíz acusatoria aconseja también favorecer aquellas salidas anticipadas del proceso que, sin menoscabo de ningún derecho, y dentro del estricto marco de legalidad que la Constitución impone, faciliten una resolución más rápida, menos traumática y, en suma, menos costosa en todos los sentidos del conflicto penal.

Entre otros instrumentos idóneos para ese fin, la Ley de Enjuiciamiento Criminal vigente ofrece, ya desde su redacción inicial, y de manera mucho más extendida a partir de las reformas introducidas en el ámbito del procedimiento abreviado y los denominados juicios rápidos, la posibilidad de conformidad del acusado, que, en sus diversas modalidades, permite en definitiva evitar la celebración del juicio oral y aun la propia instrucción, generalmente con la contrapartida de una modificación a la baja de la pretensión punitiva. Las cifras de conformidades alcanzadas, crecientes año tras año, constituyen uno de los pulmones de oxígeno que explican y permiten la supervivencia de nuestra maquinaria procesal decimonónica.

Sin embargo, como también es sabido, algunas inercias instaladas en la práctica forense han impedido hasta ahora un aprovechamiento plenamente satisfactorio de esa útil herramienta procesal. El hecho de que en la gran mayoría de los casos se produzca, por expresarlo gráfica y literalmente, a pie de estrados, vacía a la conformidad de buena parte de su potencial eficacia, y además desvirtúa en alguna medida su esencia acusatoria.

Así, desde el punto de vista de la eficiencia concretada en una Justicia más ágil, la conformidad cobra verdadero sentido en la medida en que no sólo sirva para evitar el innecesario enjuiciamiento del acusado que se confiesa culpable, sino el coste, en términos de trabajo y de tiempo para los diferentes sujetos implicados en el proceso, que puede suponer el cumplimentar todas las actuaciones conducentes a la celebración del juicio. Asignado un tiempo en la agenda del órgano judicial y del Fiscal,

citados los testigos y peritos, presentes éstos –igual que el propio Fiscal y los Abogados– en la sede judicial, la conformidad en estrados viene a poner en evidencia la absoluta inutilidad de todo ese esfuerzo, desplegado obviamente en detrimento de otras dedicaciones igual o más prioritarias. Al tiempo que se dilapida el esfuerzo de otros funcionarios públicos (miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, forenses, peritos y técnicos), que malgastan en vanos desplazamientos y esperas su jornada laboral, y perjudica muy especialmente a los testigos, víctimas y perjudicados convocados a la vista que, forzados a alterar su normal actividad cotidiana, acaban experimentando –con explícitas manifestaciones de protesta, en muchos casos– una justificada frustración al conocer que, habiéndose conformado el acusado en el último minuto, su esfuerzo también ha sido baldío.

Asimismo, en el plano de las garantías, la materialización de la conformidad en la inmediatez del juicio también constituye una potencial fuente de problemas. No ya únicamente por la dificultad de asegurar la unidad de actuación del Ministerio Fiscal (entroncada en la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley), que en el momento previo de la formulación del escrito de acusación o calificación provisional se instrumenta a través del visado. Sino también por el riesgo cierto de que la imposibilidad de acceder in situ y sobre la marcha a determinados datos pueda inducir a error a la acusación y al propio acusado sobre las consecuencias reales de la conformidad así pactada. No es infrecuente, por ejemplo, que la dificultad para comprobar los antecedentes o determinadas circunstancias personales o patrimoniales del reo genere una errónea expectativa sobre la posibilidad de suspensión condicional de la condena, que al revelarse inviable, ya en fase de ejecución, viene a alterar de modo radical e irremediable el sentido de su decisión de aceptar la pena.

A todo lo cual se añade, además, la propia mecánica y la, por así decirlo, escenografía del acuerdo de conformidad, en la sala de vistas y casi siempre a presencia del Juez o Tribunal que, con su sola posición expectante, cuando no con su espontánea –por más que bienintencionada– intervención en las pertinentes conversaciones, contamina de manera inevitable su estatus de imparcialidad, o, mejor dicho, de apariencia de imparcialidad, aun cuando sólo sea por el hecho habitual de que en dichas conversaciones, con frecuencia desprovistas de cautelas formales, se ponga abiertamente de manifiesto la mayor o menor fortaleza de las posiciones de la acusación y la defensa.

La imagen que sobre el propio acusado, y más aún sobre los perjudicados y víctimas, puede asimismo proyectar el hecho de que sus intereses se ventilen entre juicio y juicio, en unos minutos, de modo aparentemente –o realmente– improvisado, a puerta cerrada, sin su intervención y con la consiguiente sensación de desconocimiento de lo que en el interior de la Sala están negociando los profesionales del derecho, viene a resultar, en fin, muy negativa desde el punto de vista de la credibilidad y de la dignidad de la función tanto de Jueces y Fiscales como de los propios Abogados defensores.

En atención a todas estas cuestiones, y a iniciativa del Consejo General de la Abogacía Española (CGAE), la Fiscalía General del Estado ha suscrito con dicho órgano de representación de los Colegios de Abogados un Protocolo de actuación para juicios de conformidad (en lo sucesivo el Protocolo), que se adjunta a la presente Instrucción y que, de manera sucinta, buscando sobre todo la simplicidad y la agilidad en la ejecución de sus términos, trata de ordenar, aprovechar mejor y desenvolver en condiciones a la vez más eficaces y más garantistas, las distintas posibilidades que la legislación procesal vigente ofrece en este ámbito.

Conviene en este sentido adelantar que el objeto de la presente Instrucción es básicamente organizativo. Se trata de aportar los instrumentos necesarios para la eficaz aplicación del Protocolo, aprovechando no obstante para agregar algunas cautelas

en el plano de las garantías, y aportando, en fin, algunos criterios interpretativos con el exclusivo fin de facilitar la interpretación y aplicación del texto suscrito, que en cualquier caso no puede suponer –como es obvio– alteración alguna del actual marco legal del instituto de la conformidad. A estos efectos cabe simplemente recordar y reiterar el contenido, en parte dedicado a esta cuestión, de la Instrucción 1/1989 de 27 de febrero, así como de la Circular 1/2003 y la Instrucción 1/2003, ambas de 7 de abril, insistiendo con especial énfasis en cuanto ésta última dice sobre la vigencia y alcance de los principios de legalidad y de búsqueda de la verdad material en nuestro modelo de proceso penal.

II. ASPECTOS ORGANIZATIVOS Y FUNCIONALES

El Protocolo diseña en su artículo 7 las bases de un sistema de comunicación entre acusación y defensa, mediante la paralela organización de un servicio de enlace y coordinación en la Fiscalía y el Colegio de Abogados. Conviene por tanto examinar los requerimientos que ese sistema impone a la organización interna de las Fiscalías, y el mecanismo de interacción con el servicio paralelo que han de ofrecer los Colegios de Abogados.

La regla citada se limita a afirmar que «se designarán uno o varios Fiscales, dotados de los medios humanos y materiales necesarios, para el seguimiento y aplicación de las presentes normas. En consecuencia, dichos Fiscales asumirán por sí mismos o asegurarán de manera coordinada e inmediata la comunicación con los Letrados a los efectos de este Protocolo, así como la negociación y, producido en su caso el acuerdo, la efectiva realización de éste por los procedimientos establecidos en la ley (...)».

La imprecisión y/o versatilidad de ese texto han sido buscadas de propósito, en aras a la flexibilidad y, precisamente, a la eficacia. Al suscribir el Protocolo la Fiscalía General del Estado era consciente de que en varias Fiscalías de España ya existen, en algunos casos funcionando satisfactoriamente desde hace años, mecanismos de coordinación con los Abogados para favorecer las conformidades antes del juicio. No tiene por tanto ningún sentido forzar cambios funcionales donde ya se dan buenos resultados. Al contrario, se trata precisamente de extender esa práctica al resto de los órganos del Ministerio Fiscal. Y a tal fin es preciso huir de cualquier encorsetamiento. Las posibilidades y las necesidades de cada Fiscalía dependen de su volumen de trabajo, del número de sus componentes, de la naturaleza de los asuntos que despachan (no es lo mismo, a estos efectos, una Fiscalía Especial o la Fiscalía de la Audiencia Nacional que una Fiscalía Provincial), de la manera en que tenga organizados otros servicios (existen Fiscalías que concentran en una sección el servicio de asistencia a juicios, otras que los distribuyen por turnos entre todos los miembros de la plantilla, etc....), y de otros factores que, en definitiva, conocen y dominan mejor quienes actúan cotidianamente sobre el terreno.

Por eso la presente Instrucción se limitará a señalar los objetivos que tienen que cumplir los respectivos Fiscales Jefes –ofreciendo, a lo sumo, algunas sugerencias organizativas– dejando a su prudente criterio las medidas concretas que para alcanzar tales fines hayan de adoptar en función de las posibilidades y necesidades del órgano que dirigen. Se trata, como dice la norma transcrita, de que uno o varios Fiscales se instituyan en punto de referencia (el preámbulo del Protocolo los denomina fiscales de incidencias), con un triple función: primera, comunicarse directamente con el responsable o responsables del Colegio o Colegios de Abogados para cualquier cuestión

relacionada con la aplicación del Protocolo (infra, II.1.1.); segunda, asegurar la comunicación inmediata entre el Fiscal y el Abogado que deban negociar la conformidad, cercionándose de la efectividad de su gestión (II.1.2.); o, en su caso, asumir por sí las actuaciones conducentes a dicha conformidad (II.1.3).

Conviene hacer algunas precisiones:

II.1.1 En el primer apartado debe aclararse que en ningún caso se trata de introducir un cauce burocrático forzoso y formal para la relación entre Abogados y Fiscales, o, dicho de otro modo, que los Abogados tengan que dirigirse a la Fiscalía a través del coordinador de su Colegio, y, viceversa, que cada Fiscal sólo pueda contactar con un Abogado previa intervención del compañero o superior jerárquico que coordine la aplicación del Protocolo. Bien al contrario, la relación entre los coordinadores de ambas instituciones busca precisamente facilitar el contacto directo entre el Abogado y el Fiscal que –con arreglo a las normas de cada Fiscalía– esté encargado de negociar la conformidad.

Se pone sencillamente a disposición de unos y otros un mecanismo de localización y enlace.

Cuestión distinta es que, como ya se ha anticipado, la organización de la Fiscalía atribuya en determinados casos a este Fiscal de incidencias encargado del seguimiento de las conformidades no sólo esa tarea de mediación o enlace, sino también la función de llevar a cabo la negociación de la conformidad. Es claro que en tal supuesto el Fiscal originariamente encargado del asunto deberá, en los términos que establezca el Fiscal Jefe, canalizar la iniciativa de conformidad a través del compañero que esté al cargo de esa tarea específica, y cederle igualmente su conocimiento cuando este lo reclame ante la iniciativa del correspondiente Abogado.

En todo caso, junto a esas funciones, el Fiscal o Fiscales encargados de la aplicación del Protocolo asumirán la responsabilidad de detectar y resolver cualquier incidencia que pueda observarse en su aplicación. En caso de que el problema planteado sea de tal entidad que pueda llegar a impedir o dificultar seriamente el funcionamiento del sistema protocolizado, y no sea posible solventarlo mediante el contacto directo con el servicio de coordinación del correspondiente Colegio de Abogados, el Fiscal o Fiscales responsables deberán informar por conducto del Fiscal Jefe a la Inspección Fiscal, para que la Fiscalía General del Estado pueda examinar las posibles soluciones con el Consejo General de la Abogacía.

II.1.2 Ya se ha indicado que los Fiscales Jefes deberán modular las condiciones organizativas concretas de ejecución del Protocolo según las posibilidades y las necesidades de cada Fiscalía. En cualquier caso, deberán comunicar al Decano o Decanos de los Colegios de Abogados correspondientes a su territorio los pormenores de ese esquema organizativo, así como identificar al Fiscal o Fiscales que servirán de puntos de contacto, y facilitar a éstos últimos los medios de comunicación y asistencia necesarios para el desempeño de sus funciones. Deberán, obtener recíproca información de los Decanos, asegurando de este modo la efectiva puesta en marcha del servicio de comunicación entre ambas instituciones.

Las posibilidades que ofrece ese diseño organizativo interno son muchas.

Ciertamente, en Fiscalías de mediano o gran tamaño parece recomendable que el encargo de organizar y sostener esa vía de enlace entre Fiscales y Abogados se atribuya a más de un Fiscal, tratándose de un servicio que la Fiscalía debe prestar en régimen de cotidiana disponibilidad, estableciendo a tal fin unas pautas horarias –a diario en todo caso– lo suficientemente amplias como para que los Abogados y los propios Fiscales puedan acceder a él fácilmente. Por ello, aparte de la imprescindible dotación de medios, los Fiscales Jefes deben procurar la suficiente difusión de su

existencia, así como del contenido del Protocolo, entre todos los miembros de la plantilla de la Fiscalía.

II.1.3 Sin perjuicio de esas facultades organizativas de los Fiscales Jefes, éstos deberán procurar, no obstante, que en los supuestos más sencillos los propios Fiscales encargados del contacto inicial con los Abogados (los Fiscales de incidencias, en la terminología del Protocolo) tengan facultades para pactar directamente la conformidad, una vez recabada y estudiada la causa y consultado en su caso el Fiscal que lleva el asunto, sin necesidad por tanto de que éste último intervenga materialmente en las conversaciones. Será así posible una actuación más rápida y sencilla de cara al Abogado y menos perturbadora de la normal actividad de los Fiscales, que podría verse continuamente interrumpida o condicionada por los requerimientos de encuentro o conversaciones con los Letrados.

Incluso cabe establecer la misma mecánica para los supuestos en que el Abogado plantee directamente la conformidad al Fiscal del caso. Éste, en lugar de negociar la conformidad, podría derivar el asunto al Fiscal o Fiscales encargados de coordinar las conformidades.

Todo ello queda, como queda dicho, al razonable criterio organizativo de cada Fiscal Jefe, reiterando de todos modos que este sistema de asunción directa de las conformidades por parte de determinados Fiscales específicamente encargados de ello debe reservarse a aquellos casos sencillos que no exigen el estudio y el conocimiento exhaustivo de una causa compleja. En esos otros supuestos, dicho Fiscal o Fiscales realizarán fundamentalmente la descrita labor de contacto y enlace entre los Abogados y el Fiscal encargado del caso, sin perjuicio de cuanto se dirá más adelante acerca de las medidas que deben adoptarse para garantizar la unidad de actuación.

III. PRESERVACIÓN DE LAS GARANTÍAS

Como ya se anticipó en la introducción, desde la Fiscalía General del Estado se contempla la puesta en marcha del Protocolo suscrito con el Consejo General de la Abogacía como una ocasión idónea para revisar y fortalecer la actuación del Fiscal en el plano de la legalidad y las garantías, en especial la unidad de actuación que rige constitucionalmente la actuación del Ministerio Público. En concreto, las conformidades producidas después de haberse formalizado el escrito de acusación –y por tanto de su visado– presentan algunas dificultades a la hora de controlar y asegurar, frente a cualquier error o disfunción, la plena aplicación de esos principios. También es imprescindible atender al interés de las víctimas y perjudicados por el delito, que, salvo que estén personados en la causa, ordinariamente quedan al margen de las negociaciones y del acuerdo de conformidad.

III.1 Legalidad y unidad de actuación

Como es sabido, el ordenamiento jurídico español no permite –a diferencia de otros modelos procesales, y con la excepción del proceso de reforma de menores– ejercicios de oportunidad aparejados a la terminación pactada del proceso. Sólo es legalmente admisible la aproximación de las posturas de la acusación y la defensa en el terreno de la calificación jurídica del hecho y de las consecuencias punitivas dentro de un estricto marco de legalidad. Dicho de otro modo –como lo hacía la Instrucción

1/1989–, el Fiscal «deberá promover esas soluciones facilitadoras de la sentencia, no ciertamente apartándose de la legalidad, pero sí utilizando todos los márgenes de arbitrio legal para llegar a situaciones de consenso con el acusado y su defensa (...)».

En consecuencia, los Fiscales Jefes deberán, al tiempo que organizan la aplicación del Protocolo adjunto, evaluar y, si es preciso, reforzar los mecanismos necesarios para asegurar el efectivo control de legalidad y unidad de actuación de las conformidades.

Ello no plantea problemas en aquellos supuestos en que las conclusiones provisionales sean producto de la propia conformidad. En tal caso, el escrito de acusación resultante habrá de pasar el filtro de visado, de manera que si el visador formula objeciones o sugerencias el Fiscal que haya negociado y pactado los términos de la conformidad se encargará de trasladarlas a los demás partícipes en el acuerdo, a los efectos de llevar a cabo las modificaciones oportunas si las aceptan, o dejar sin efecto en otro caso –cuando la objeción fuera de entidad suficiente para ello– la conformidad provisionalmente pactada. Es por ello necesario que, al cerrar tales acuerdos, el Fiscal advierta con claridad a las demás partes que su confirmación está sujeta al sistema de control o visado que la Fiscalía tenga establecido.

El mismo régimen deberá también aplicarse, en la medida en que resulte materialmente posible, a aquellos casos en que, formulada una inicial acusación, la posterior conformidad da lugar a un nuevo escrito de calificación consensuado (como expresamente se prevé en el párrafo segundo del art. 784.3, dentro del procedimiento abreviado: «Dicha conformidad podrá ser también prestada con el nuevo escrito de calificación que conjuntamente firmen las partes acusadoras y el acusado junto con su Letrado, en cualquier momento anterior a la celebración de las sesiones del juicio oral...»).

Cabe señalar que a los efectos de agilizar las funciones derivadas de la presente Instrucción, nada impide que el Fiscal Jefe delegue la función de visar las calificaciones conformadas a alguno de los Fiscales responsables de la coordinación o prestación del servicio que deriva del Protocolo.

Por último, cuando en casos excepcionales razones de urgencia o de agotamiento de los plazos procesales impidan materialmente el visado previo a la presentación de la calificación, se aplicará, con arreglo a las pautas que el propio Fiscal Jefe señale, un sistema de control ulterior –en todo caso previo al juicio– similar al que ya establecía la Instrucción 1/2003 para los supuestos de enjuiciamiento inmediato del artículo 801 LECrim. Debiendo igualmente aplicarse un control a posteriori –como en la práctica existe ya en algunas Fiscalías– cuando la conformidad se lleve a cabo, si ha sido imposible hacerlo antes, al inicio del juicio oral.

Lo que en definitiva y en cualquier caso ha de asegurarse es que, mediante una u otra modalidad de control y con independencia del momento concreto en que, de acuerdo con los criterios expuestos, éste se lleve a cabo, todas las conformidades sin excepción estén sujetas a alguna fórmula de comprobación similar a la que rige tradicionalmente respecto del contenido de los escritos de acusación.

III.2 Tutela de los derechos e intereses de las víctimas y perjudicados por el delito

Otra de las tareas esenciales que el Fiscal debe asumir en el marco de la resolución consensuada del procedimiento es la protección de la víctima y del resto de los perjudicados por el delito. Esa misión específica del Ministerio Público ha de ser particularmente cuidada a la hora de cerrar el acuerdo de conformidad. La víctima se

ha encontrado históricamente ausente y desinformada –cuando no perpleja– acerca del resultado pactado del proceso, sobre todo cuando no está personada en él.

Por ello, de cara a la negociación de la conformidad el Fiscal procurará oír previamente a la víctima o perjudicado, aunque no estén personados en la causa, siempre que sea posible y lo juzgue necesario para ponderar correctamente los efectos y el alcance de tal conformidad, y en todo caso cuando por la gravedad o trascendencia del hecho o por la intensidad o la cuantía sean especialmente significativos los intereses en juego, así como en todos los supuestos en que víctimas o perjudicados se encuentren en situación de especial vulnerabilidad. Igualmente deberá asegurarse en lo posible que éstos sean informados de la existencia y los términos de la conformidad, una vez pactada, y de sus consecuencias procesales.

A tal fin, los Fiscales Jefes dispondrán los medios necesarios, en los términos establecidos por la Instrucción 8/2005, de 26 de julio de 2005, sobre el deber de información en la Tutela y Protección de las Víctimas en el Proceso Penal.

IV. MODALIDADES APLICATIVAS DEL PROTOCOLO

Examinadas las exigencias que plantea el Protocolo en el plano de la organización y de los principios constitucionales que rigen la actuación del Ministerio Fiscal, conviene, como se advirtió al comienzo, añadir algunas precisiones interpretativas en relación con su texto.

De entrada, y como ya se ha advertido, dicho Protocolo trata sólo de facilitar las gestiones y los trámites que conducen a la solución consensuada del proceso, y no de someter a revisión el régimen jurídico de la conformidad, ya examinado por la Fiscalía General del Estado en las Circulares e Instrucciones reiteradamente citadas.

Así delimitada la cuestión, los detalles que, en ese terreno meramente práctico, pueden merecer un comentario aclaratorio en orden a la aplicación del Protocolo, son los siguientes:

IV.1 **Ámbito material de aplicación**

El Protocolo dedica sus artículos 2 y 3 a delimitar su campo objetivo y funcional de aplicación, aunque en realidad dicha delimitación resulta del conjunto de sus normas. La consideración integral de todas ellas lleva a concluir que se excluyen con carácter general de su ámbito:

— Los juicios rápidos en el Juzgado de guardia (o juicios inmediatos), mencionados expresamente en el artículo 4 del Protocolo. Es obvio que el artículo 801 LECrim, al contemplar un trámite específico de conformidad en el acto, impone *ex lege* el insoslayable contacto directo y personal entre Fiscal y partes, que es precisamente lo que el Protocolo busca establecer para aquellos otros casos en que ese contacto es viable, pero no forzoso, en un momento anterior al juicio.

— Los juicios ante el Tribunal de Jurado. Nada impide sin embargo que los mecanismos de contacto y enlace que el Protocolo pone en marcha puedan aplicarse en ese ámbito. La razón de su exclusión –o, mejor dicho, de su omisión– ha sido preservar la sencillez aplicativa del Protocolo, que podría haberse visto comprometida por el complejo régimen jurídico de la conformidad en la Ley del Jurado, que como es

sabido incluye normas específicas reguladoras de la terminación consensuada del proceso, extendiéndola incluso más allá de la apertura de la fase de enjuiciamiento.

— Los juicios ante los Tribunales Superiores de Justicia y el Tribunal Supremo. La excepcionalidad de los procedimientos contra aforados no hace necesaria la organización estable y formal en las respectivas Fiscalías de un sistema de actuación como el que diseña el Protocolo. Ello no quiere decir tampoco que en tales casos no sean de aplicación los principios y la filosofía que lo inspiran, y no puedan adoptarse soluciones prácticas en la línea de las que aquí se apuntan. Pero no tendría ningún sentido práctico, y sí sería una engorrosa fuente de formalidades, tratar de articular por ejemplo un sistema de relación institucionalizada entre la Fiscalía del Tribunal Supremo y todos los Colegios de Abogados de España, en previsión de una eventual conformidad en una causa con aforado.

Por el contrario, desde un punto de vista cualitativo, no debe inducir a engaño la aparente distinción que el Protocolo parece sugerir entre los procedimientos seguidos ante los órganos de la Audiencia Nacional y el resto de Juzgados y Tribunales, al mencionar aquéllos de manera explícita. Por el contrario se trata, justamente, de subrayar que la Fiscalía de la Audiencia Nacional y las Fiscalías Especiales que actúan ante ella también están incluidas en el ámbito de aplicación del documento suscrito por el CGAE y la Fiscalía General del Estado, aun cuando tal aplicación presente algunas singularidades.

Singularidades como las que derivan de su ámbito territorial estatal, a cuyos específicos problemas podrá seguramente aportar soluciones complementarias el sistema de localización de los Letrados que contempla el Protocolo, sea accediendo directamente al servicio del Colegio que corresponda o mediante la colaboración de las distintas Fiscalías Provinciales.

O, en otro sentido, peculiaridades como la intrínseca complejidad de la mayor parte de los asuntos de los que conocen estas Fiscalías centrales, que naturalmente reducen, si no excluyen, el que la conformidad sea negociada o acordada por un Fiscal diferente de aquél o aquéllos que tienen asignado el despacho del asunto que se trata de conformar.

Tales especialidades no excluyen, en todo caso, que dichas Fiscalías deban asegurar la prestación del servicio que exige el cumplimiento del Protocolo, para dar debido curso a las iniciativas de los Letrados que actúen en los asuntos de los que esos órganos conocen, y canalizar igualmente las iniciativas de los Fiscales en la línea que se apuntará en el siguiente apartado, así como para fortalecer los controles de legalidad y unidad de actuación de las conformidades en virtud de las indicaciones que agrega la presente Instrucción.

IV.2 Criterios generales de aplicación del protocolo

IV.2.1 ANTICIPACIÓN DE LA CONFORMIDAD

Hay que insistir de modo enfático en que el núcleo esencial del Protocolo, y el objetivo fundamental que persigue la Fiscalía General del Estado al firmarlo, es anticipar las conformidades a un momento previo al juicio oral. En ese sentido, por tanto, deben interpretarse las reglas del documento suscrito con el CGAE, y a esa finalidad han de orientarse todos los esfuerzos del Ministerio Fiscal en la aplicación de la presente Instrucción. Como se verá al estudiar con más detalle algunos aspectos concretos de la aplicación del Protocolo, es en el procedimiento abreviado donde esa

pretensión tiene un mayor campo de acción. Pero ello no exige descartar el mismo objetivo en el procedimiento ordinario, en los supuestos y con los requisitos que limitadamente establece la Ley.

IV.2.2 GESTIÓN DE LAS INICIATIVAS DE CONFORMIDAD

Las solicitudes dirigidas al Fiscal por los Abogados defensores deberán atenderse con la máxima rapidez y diligencia, ofreciendo el contacto personal y directo que el Protocolo exige en el tiempo mínimo imprescindible. Con ese propósito, si conforme al sistema organizativo de cada Fiscalía la negociación de la conformidad no corresponde al Fiscal o Fiscales encargados de recibir y atender la solicitud, sino al que está asignado al asunto, al que elaboró la acusación o al que ha de asistir al juicio, la tarea del primero consistirá en asegurar al Abogado el contacto con éstos, disponiendo para ello el Fiscal Jefe el adecuado sistema de coordinación y comunicación en el interior de la Fiscalía. Si, por el contrario, son los propios Fiscales encargados de coordinar las conformidades los que directamente asumen la tarea de acordar sus términos con los Letrados, deberán dichos Fiscales recabar a la mayor urgencia posible la información necesaria (la causa, o la carpeta, y en su caso el parecer del Fiscal que tenga asignado el asunto) y citar al Abogado o Abogados para, una vez conocidos los pormenores del asunto, concretar los términos del posible pacto de conformidad.

En el supuesto inverso, es decir, cuando la iniciativa parte del Fiscal, los términos de aplicación del Protocolo son igualmente simples: en principio, el Fiscal encargado del asunto –o responsable de asegurar el cumplimiento del Protocolo, una vez más según la organización de cada Fiscalía– valorará, a partir de los factores en presencia, las posibilidades de promover la conformidad, muy especialmente cuando no existan intereses de terceros afectados o, por supuesto, cuando sean éstos –víctimas o perjudicados– quienes lo insten del Ministerio Fiscal.

En este apartado ha de destacarse la referencia que el artículo 5.1.1. del Protocolo hace al artículo 779.1.5 de la LECrim (y no 799.1.5, como dice su texto por error). La posibilidad de que, si se dan los requisitos que la norma establece, el acusado reconozca los hechos y el procedimiento se reconduzca a la vía de juicio rápido, debe ser fomentada siempre que resulte viable, debiendo, a tal fin, tratar de asegurarse el Fiscal encargado del asunto de que el Abogado defensor informa debidamente al acusado del derecho que le asiste, y de las consecuencias favorables (reducción de un tercio de la pena) de las que, en los términos y con las condiciones del art. 801, puede beneficiarse.

Es éste uno de los supuestos en que, en cuanto considere que es viable la conformidad, el Fiscal debe imperativamente tomar la iniciativa, si no lo hace el propio Abogado, activando el sistema de localización de éste con el fin de asegurarse, como queda dicho, de que el acusado es consciente de las posibilidades que la ley le ofrece.

Decidida en cualquier caso por el Fiscal la conveniencia de plantear un acuerdo de conformidad, se procederá a la localización del Letrado o Letrados defensores, acudiendo si es preciso al servicio que diseña el Protocolo, por el medio que se haya acordado entre el Fiscal Jefe y el Decano del Colegio de Abogados correspondiente. Hay que apuntar que, si existen varias defensas, el mismo artículo 7 del Protocolo, en su apartado 5 exige al Fiscal contactar y negociar la conformidad simultáneamente con todas ellas («deberá citarse a todos ellos conjuntamente»).

Se trata, en definitiva, de asegurar la máxima transparencia y la buena fe de todos los participantes en el acuerdo de conformidad, evitando cualquier posible suspicacia acerca del favorecimiento de una u otra posición. No es menos evidente, sin embargo,

que esta norma no será de aplicación cuando la conformidad no se plantee respecto de todos los acusados, ya sea en origen y por la naturaleza o las características del asunto, ya sea ulteriormente como consecuencia de la propia decisión de apartarse adoptada por alguna o algunas de las defensas, en cuyo caso podrá lógicamente llevarse a cabo o proseguirse la negociación con los Abogados de aquellos acusados a quienes efectivamente haya de afectar el eventual acuerdo.

Los mecanismos de contacto que el Protocolo diseña se contemplan en principio para la localización del Abogado defensor, pero pueden ser igualmente utilizados para contactar con los Letrados de las demás partes personadas, sin cuyo concurso (art. 7.6) no es obviamente posible que la conformidad llegue a formalizarse en el proceso.

Producido el acuerdo de conformidad, es fundamental que el procedimiento conducente a la aprobación judicial de la misma quede claramente protocolizado en cada Fiscalía, a fin de evitar errores o duplicidades. En ese sentido, y sin perjuicio de lo que se dirá en el siguiente apartado, deberá cuidarse especialmente que el Fiscal que debe materializar la conformidad ante el órgano judicial, si no es el mismo que la negoció, tenga pronto y exacto conocimiento de la misma, a cuyo fin los Fiscales Jefes habrán de establecer un sistema seguro e inmediato de comunicación.

IV.2.3 INTERVENCIÓN DEL JUEZ O TRIBUNAL

En orden a la fructífera gestión de las herramientas que el Protocolo ofrece a Fiscales y Abogados, resulta de la máxima importancia definir la relación con el otro protagonista esencial de la conformidad, que es evidentemente el Juez o Tribunal que ha de aprobarla. En este aspecto hay que aclarar que, si bien el Consejo General del Poder Judicial no ha suscrito el Protocolo, puesto que como Órgano de Gobierno de los Jueces carece de facultades para vincular a éstos en cuanto pueda comprometer el ejercicio de su función jurisdiccional, sin embargo sí estuvo representado en el acto de la firma y ha recibido comunicación formal del texto, asumiendo el compromiso de difundirlo, para su conocimiento, entre los Jueces, Tribunales y órganos de gobierno del Poder Judicial, a fin de facilitar en lo posible su aplicación.

Por ello, otra de las tareas que los Fiscales Jefes y, en su caso, los Fiscales encargados por ellos de coordinar la aplicación del Protocolo, han de asumir en relación con éste, es la de recabar, promover y facilitar dicha colaboración de los referidos órganos jurisdiccionales y de gobierno judicial en su correspondiente nivel territorial, tratando, en particular, de que la anticipación de las conformidades a un momento anterior al juicio oral se traduzca en dos efectos benéficos:

a) En primer lugar, que el juicio oral previamente conformado se señale prescindiendo en principio de la citación de los testigos y peritos, y de todas aquellas otras actuaciones cuyo objeto sea preparar la práctica de la prueba. Éste es, como ya se ha dicho, uno de los objetivos fundamentales del Protocolo y de la presente Instrucción: descargar al órgano judicial de una laboriosa y a veces complicada tarea, y sobre todo evitar a los ciudadanos afectados por el delito y a los profesionales colaboradores con la Administración de Justicia el inútil desplazamiento y la frustrante pérdida de tiempo que hoy por hoy suponen las conformidades al inicio del juicio.

Hay que recordar, en este punto, que como ya se advertía en la Circular 1/2003, la Ley 38/2002 de 24 de octubre, reguladora de los juicios rápidos, suprimió –en el único ámbito en que hasta entonces era posible, el procedimiento abreviado competencia del Juzgado de lo Penal– la posibilidad de conformidad en la fase instructora seguida de remisión inmediata al órgano de enjuiciamiento para que, con la sola citación del Fiscal y las partes, pudiera dictarse sentencia en el acto (art. 789.5.5.ª LECrim derogado). La legislación vigente exige, por tanto, el señalamiento formal de la vista

oral en todo caso, en los términos y por los trámites que con carácter general –y para cada tipo de procedimiento– la propia Ley establece.

Sin embargo, nada impide que, habiéndose producido el acuerdo de conformidad en la fase instructora o en la fase intermedia, en el escrito conjunto o en el que el Fiscal dirija, como enseguida se dirá, al órgano de enjuiciamiento haciendo constar la existencia del acuerdo, se solicite del Juzgado o Tribunal el señalamiento de la vista oral con cita únicamente del Fiscal y las partes, a los solos efectos de formalizar la conformidad (o la confesión, en el procedimiento ordinario) del acusado, y por tanto sin citación de testigos o peritos ni práctica de ninguna otra actuación encaminada a preparar la práctica de la prueba. La eventual e inesperada retractación del acusado a presencia judicial podrá solventarse sin dificultad mediante la suspensión del juicio y el señalamiento de la continuación previa la oportuna citación de quienes hayan de intervenir en ella, o incluso la práctica de una instrucción suplementaria cuando el acuerdo de conformidad hubiera precipitado el cierre de la fase instructora sin la plena conclusión de la investigación de los hechos (art. 746.6 LECrim), invocando si procede las normas sancionadoras del abuso de derecho y la mala fe procesal (v.g. art. 11.2 LOPJ).

Otro de los aspectos relevantes a la hora de asegurar la eficacia de ese objetivo de anticipación de la conformidad es el de la cuidadosa administración de los tiempos. El plazo de diez días previos al comienzo del juicio oral que el Protocolo fija para cerrar el acuerdo de conformidad y comunicarlo al órgano judicial puede resultar, en la mayor parte de los territorios, manifiestamente insuficiente, siendo lo habitual que el señalamiento se produzca con mayor antelación, y que a esas alturas la oficina judicial ya haya puesto en marcha las actuaciones orientadas a la celebración del juicio. En este punto ha de prevenirse que la aplicación de la regla no conduzca exactamente al efecto contrario del que pretende: si la conformidad llega en ese momento no sólo no restará trabajo al órgano judicial, sino que lo multiplicará, pues obligará a dejar sin efecto dichas actuaciones, con el fin de lograr el otro propósito perseguido, que es evitar inútiles molestias y desplazamientos a los citados.

Hay que subrayar, por tanto, que el mencionado plazo de diez días se configura como mero límite de referencia, y en consecuencia su utilidad se supedita a las necesidades y los objetivos del Protocolo y de la presente Instrucción. Por ello los Sres. Fiscales extremarán su esfuerzo para lograr que, siempre que no sea imposible, la conformidad se ponga en conocimiento del Juzgado antes de que se haya señalado el juicio o, como mínimo, antes de que, conforme a los plazos habituales con que esa tarea se venga realizando en cada localidad o por el Órgano Judicial de que se trate, se hayan iniciado los trámites conducentes a su efectiva celebración.

b) El segundo efecto beneficioso que ha de buscarse en la colaboración del Órgano Judicial consiste en que los señalamientos de juicios conformados se anticipen en lo posible, acumulándose periódicamente en una misma fecha. Esa concentración de un número elevado de vistas breves –sin práctica de prueba– permitirá descargar o incluso eliminar de la agenda judicial otras jornadas de señalamiento, generando una notable liberación de recursos tanto en el Órgano de enjuiciamiento como en la Fiscalía. Para ello es importante que el Fiscal –que es a quien el Protocolo suscrito atribuye en su art. 7.3 esa función–, una vez alcanzada la conformidad lo haga saber inmediatamente al Juzgado o Tribunal, instando la inmediata conclusión de la instrucción (si la conformidad se ha alcanzado en esa fase) o el inmediato señalamiento del juicio oral, en cuanto sea legalmente posible. Esta solicitud podrá canalizarse mediante otrosí en el propio escrito de acusación, que siempre que sea posible deberá formularse conjuntamente con la defensa (art. 784.3 párrafo segundo LECrim.), o, en otro caso, mediante escrito específicamente dirigido a tal fin al Órgano Judicial,

en el que se anunciará a éste la existencia de un acuerdo de conformidad que posteriormente será ratificado por la defensa en su escrito de conclusiones y/o al comienzo del juicio.

Precisamente en relación con este último supuesto del pacto de conformidad negociado y cerrado en la sala de vistas justo antes del inicio del juicio oral (que, si el Protocolo cumple sus objetivos, debería quedar como un fenómeno residual) los Fiscales, y principalmente los Fiscales Jefes, deben también realizar un especial esfuerzo por activar y obtener la colaboración de los Jueces y Magistrados titulares de los Órganos de enjuiciamiento, con la finalidad de preservar –como el propio protocolo afirma– la confidencialidad de la negociación.

Evitar la presencia del Tribunal en ella, e incluso procurar que no se produzca en el espacio físico de la sala de vistas (aunque para ello sea necesario interrumpir brevemente el curso de las sesiones), serán objetivos más fáciles de conseguir, contando con la indudable buena disposición de Jueces y Magistrados, en la medida en que, precisamente, la correcta aplicación del Protocolo y el debido cumplimiento de la presente Instrucción logren reducir a la categoría de excepcional esta manera hoy habitual, por no decir casi única, de finalización consensuada del proceso.

CONCLUSIONES

1. El Protocolo de actuación para juicios de conformidad suscrito por la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía Española que se adjunta a la presente Instrucción tiene por objeto establecer un sistema de coordinación entre Fiscalías y Colegios de Abogados con la finalidad prioritaria de anticipar las conformidades a un momento anterior del juicio oral, reduciendo la carga de trabajo de los Órganos de enjuiciamiento y evitando inútiles molestias y pérdidas de tiempo a los ciudadanos involuntariamente implicados en el proceso penal. A ello, la presente Instrucción añade el propósito de reforzar las garantías de legalidad, unidad de actuación y protección de la víctima en el ámbito de la conformidad penal.

2. Para la puesta en marcha del Protocolo, los Fiscales Jefes deberán organizar según las necesidades y posibilidades de la respectiva Fiscalía, y en contacto con el Decano del Colegio o Colegios de Abogados de su territorio, el sistema de aplicación del aquél, que en todo caso deberá configurarse como una prestación disponible y fácilmente accesible tanto para los propios Fiscales como para los Abogados.

3. Tal organización incluirá la designación de uno o varios Fiscales encargados del seguimiento de la aplicación del Protocolo, actuando como punto de referencia para el paralelo servicio que debe funcionar en los Colegios de Abogados, con el que deberán resolver directamente las incidencias que puedan producirse, sin perjuicio de comunicar a la Inspección Fiscal, por conducto del Fiscal Jefe, aquellos problemas que por su entidad lleguen a impedir o dificultar seriamente el funcionamiento del sistema.

4. Dichos Fiscales asumirán la función de canalizar las solicitudes de los Abogados, o de los respectivos servicios de los Colegios, así como las de los propios miembros de la Fiscalía, para establecer el contacto entre Fiscal y Abogado en orden a la negociación de la conformidad. Podrán también, en las condiciones y con los medios que determinen los Fiscales Jefes, asumir facultades de negociación directa de las conformidades en asuntos asignados a otros miembros de la plantilla, cuando se trate de procedimientos sencillos.

5. La aplicación del Protocolo debe aprovecharse para reforzar el control de legalidad y unidad de actuación del Ministerio Fiscal en el ámbito de las conformidades. En consecuencia, los escritos de calificación formulados conjuntamente con la defensa deberán someterse al oportuno visado, del modo y con las consecuencias que en esta Instrucción se establecen, y en todo caso los Fiscales Jefes deberán adoptar las oportunas medidas para que todas las conformidades sin excepción queden sujetas a alguna fórmula de comprobación similar a la que rige tradicionalmente respecto del contenido de los escritos de acusación.

6. Igualmente ha de cuidarse, de cara a la conformidad, la especial protección de los intereses de las víctimas y los perjudicados por el delito, oyéndolos previamente cuando sea necesario para ponderar los efectos y el alcance del acuerdo, y en todo caso cuando sean especialmente significativos los intereses en juego o dichas personas se encuentren en especial situación de vulnerabilidad.

7. El concreto ámbito de aplicación del Protocolo se extiende a todos los procedimientos penales, con exclusión del enjuiciamiento inmediato previsto en el artículo 801 LECrim, los juicios ante el Tribunal de Jurado y las causas con aforado. No obstante también en estos casos los Sres. Fiscales deban tener en cuenta los principios y fines inspiradores del Protocolo y de la presente Instrucción.

El Protocolo es plenamente aplicable en los procedimientos que se siguen ante la Audiencia Nacional, con las peculiaridades derivadas de su ámbito territorial y de la especial complejidad de los asuntos que en ella se tramitan.

8. Las solicitudes dirigidas al Fiscal por los Abogados defensores deberán atenderse con la máxima rapidez y diligencia, ofreciendo el contacto personal y directo que el Protocolo exige en el tiempo mínimo imprescindible. Recíprocamente, la iniciativa del Fiscal deberá canalizarse de manera ágil mediante la localización del Abogado o Abogados, pudiendo aplicar el sistema del Protocolo tanto respecto de los defensores como de los que ejerzan la acusación. Si son varios, la negociación habrá de entablarse conjuntamente con todos ellos, salvo en los casos en que, conforme a lo indicado en la presente Instrucción, alguno o algunos de los acusados queden excluidos de la conformidad.

En particular, se cuidará especialmente la potenciación del régimen de conformidad premial previsto en el artículo 779.1.5 LECrim., debiendo el Fiscal en esos supuestos tomar inmediatamente la iniciativa para la aplicación del Protocolo, y asegurarse de que el acusado tiene información suficiente acerca de tal posibilidad procesal.

9. Los Fiscales Jefes articularán las medidas necesarias para asegurar que las conformidades alcanzadas con carácter previo se hacen efectivas sin problemas en la correspondiente vista oral, en aquellos casos en que el Fiscal encargado de asistir a la vista no sea el mismo que pactó las condiciones de dicha conformidad.

10. Del mismo modo, los Fiscales Jefes y, en su caso, los Fiscales encargados del seguimiento del Protocolo, procurarán obtener la colaboración de los Órganos Judiciales para que, pactada la conformidad con carácter previo al juicio, éste se señale en breve, citando únicamente al Fiscal y las partes a los meros efectos de ratificar la conformidad, lo que deberá solicitar el Fiscal por otrosí en el escrito de calificación o mediante escrito específicamente dirigido a ese fin. Para hacer efectivo este propósito, aunque el Protocolo señala un plazo indicativo de diez días previos al inicio del juicio, los Sres. Fiscales deberán procurar que tal comunicación llegue al Órgano Judicial antes de que éste acuerde el señalamiento del juicio, o en todo caso antes de que la oficina judicial comience a tramitar la preparación del mismo.

Asimismo, los Fiscales Jefes recabarán la colaboración de los correspondientes Órganos de gobierno del Poder Judicial y de los titulares de los Órganos de enjuicia-

miento para que se acumulen en lo posible esta clase de señalamientos, con el objeto de aligerar y racionalizar la agenda judicial. Y, en fin, tratarán de obtener la cooperación de dichos Órganos de enjuiciamiento para preservar la confidencialidad de las conversaciones entre Fiscal y Abogado cuando la conformidad, no habiendo sido posible antes, deba negociarse con carácter inmediatamente previo a la vista oral.

En virtud de todo lo expuesto, los Sres. Fiscales, en el ejercicio de sus funciones, velarán por el efectivo cumplimiento de la presente Instrucción.

PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA JUICIOS DE CONFORMIDAD SUSCRITO ENTRE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO Y EL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA

Madrid, a 1 de abril de dos mil nueve

REUNIDOS

De una parte, el Excelentísimo Sr. don Cándido Conde-Pumpido Tourón, Fiscal General del Estado, nombrado en virtud de Real Decreto 750/2008, de 9 de mayo y, en el ejercicio de la representación del Ministerio Fiscal, órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia, según recoge en la Ley 24/2007, de 9 de octubre, por la que se modifica el artículo 2.1 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

De otra parte, el Excelentísimo Sr. don Carlos Carnicer Díez, Presidente del Consejo General de la Abogacía Española, órgano representativo, coordinador y ejecutivo superior de los Ilustres Colegios de Abogados de España de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67 del Real Decreto 658/200, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española.

Ambas partes actúan en nombre y representación de las Instituciones a las que, respectivamente, pertenecen y de manera recíproca se reconocen la competencia y la capacidad precisas para formalizar el presente Protocolo, y por ello

EXPONEN

1. El presente Protocolo tiene por finalidad actualizar los medios de solución consensuada del proceso penal que se orientan prioritariamente a fomentar la celeridad y a simplificar los trámites precisos para alcanzar la sentencia dispuestos por la Ley de Enjuiciamiento Criminal especialmente desde la reforma de la Ley Orgánica 15/2003.

La conformidad no es una novedad en nuestro ordenamiento procesal penal: su regulación originaria y esencial se recoge en los artículos 655 y 688 a 700 de la Ley Procesal penal. A esa inicial y más que centenaria normativa se le han ido superponiendo preceptos que han sido introducidos sucesivamente por leyes modificativas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o complementarias de ésta. En consecuencia, la última reforma aludida no ha alterado sustancialmente los trámites de la conformidad ordinaria o común en el procedimiento abreviado ni en el sumario. El principio de consenso sigue existiendo como incidencia que se produce en la fase preparatoria del juicio, tras la apertura del juicio oral, en momentos casi coincidentes a los previstos en la regulación original, así: en el trámite de evacuación del escrito de defensa (artículo 784.3, párrafo 1); mediante la novedad que representa el posible escrito de calificación suscrito por acusación y defensa, fruto de la previa negociación, que se

incorpora a la causa en cualquier momento anterior a la celebración de las sesiones del juicio oral (artículo 784.3, párrafo 2); y, finalmente, al inicio de las sesiones del juicio oral, antes de la práctica de la prueba (artículo 787.1).

La Ley de Enjuiciamiento Criminal mantiene el ámbito de aplicación que la conformidad ordinaria tenía en la regulación precedente. Las reglas del presente Protocolo se observarán igualmente en el procedimiento de sumario ordinario, en cuanto resulten aplicables, ya sea para la conformidad prevista en el artículo 655 LECrim., ya sea para favorecer el acuerdo de la acusación y la defensa que permita la confesión del reo con renuncia a la continuación del juicio que se regula en el artículo 688. La conformidad sigue siendo, en la nueva normativa, un medio para salvar la necesaria celebración del juicio oral y evitar el efecto estigmatizador del mismo, proporcionado al acusado dispuesto a reconocer la culpa una vía de resolución del proceso más satisfactoria desde el punto de vista de su resocialización. Esta conformidad ordinaria no permite un acotamiento relevante del proceso, pues la conformidad se verifica cumplida la fase de instrucción, durante la fase intermedia o preparatoria del juicio, o en el mismo inicio de las sesiones. Probablemente responda a la necesidad de superar el limitado efecto reductor de trámites de la conformidad ordinaria la novedosa opción legislativa contenida en el artículo 801 LECrim de fomentar la vía de la negociada de solución del proceso ofreciendo una relevante rebaja de su condena al imputado que asumiere su propia responsabilidad de manera inmediata en el servicio de guardia del Juzgado de Instrucción o en el periodo de instrucción de diligencias previas.

2. El número de sentencias de conformidad dictadas ha ido en progresivo aumento con las sucesivas reformas. El legislador ha ido potenciando la solución consensuada como un modo de terminación del conflicto penal.

3. Una adecuada aplicación del presente Protocolo mejorará sensiblemente nuestra administración de Justicia, siendo beneficiosa para toda la sociedad en general. Por un lado, y en relación a la Administración de Justicia, este Protocolo incidirá en la descongestión de los Juzgados, colaborando a reducir el colapso que muchos de nuestros Juzgados y Tribunales vienen padeciendo, al agilizar la finalización de procesos penales por vía del acuerdo entre las partes; y evitará, en parte, el quebranto de las agendas de los órganos de enjuiciamiento a la hora de hacer los señalamientos, permitiendo una mejor programación al conocer de antemano algunas de las conformidades y poder señalar días específicos para las mismas. Por otro lado, también producirá efectos beneficiosos a todos los ciudadanos que se ven obligados a colaborar con la Administración de Justicia –testigos en general, funcionarios de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado y peritos–, pues previendo con antelación suficiente la conformidad de las partes en el proceso, se evitan citaciones, esperas y molestias innecesarias.

Sin duda ello también revertirá de forma positiva en relación a las víctimas, que de forma más ágil y segura podrán ser reparadas del daño causado, así como en relación a los acusados, que verán finalizado el proceso de forma más ágil y consensuada.

4. El presente Protocolo pretende un sistema de conformidades sustentado por las ideas de simplicidad y agilidad. Por un lado, se establece que las distintas Fiscalías y Colegios de Abogados –o agrupaciones de los mismos–, cuenten con Fiscales y Letrados cuya misión fundamental será el seguimiento, aplicación y correcto desarrollo del presente protocolo, solventando las distintas incidencias que puedan producirse. La Fiscalía mantendrá un servicio de incidencias diario para atender las conversaciones o pactos sobre conformidad, con independencia de quién sea el Fiscal asignado al asunto. El Fiscal de incidencias actuará para la conformidad como si fuera el designado conforme a las normas de reparto a los efectos de poder atender

los acuerdos y, en su caso, presentar un escrito conjunto al órgano competente según la fase procesal. En estos casos también se facilitará la cita entre los Fiscales y los Letrados.

Para los supuestos en que efectivamente se llegue a una conformidad, la propia Fiscalía se encargará de poner en conocimiento del Juzgado o Tribunal que conozca de la causa el acuerdo, a los efectos de que se agilice el máximo posible la Vista Oral de Conformidad, así como para que se puedan unificar en los mismos días distintas vistas de conformidades.

Y al efecto ACUERDAN

Artículo 1. *Objeto del protocolo*

La presente normativa tiene por objeto la organización necesaria para la celebración de los juicios de conformidad a los que se refiere la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Artículo 2. *Ámbito funcional*

Se limita a aquellos delitos cuyo enjuiciamiento y fallo sea competencia de los Juzgados de lo Penal, de los Juzgados Centrales de lo Penal, de la Audiencia Provincial y de la Audiencia Nacional.

Artículo 3. *Ámbito objetivo*

Estas normas se aplicarán a los procedimientos de los que conozcan dichos órganos de enjuiciamiento como procedimientos abreviados y sumarios, y dentro del marco legal que nuestra Ley Ritual establece para las conformidades.

Artículo 4. *En el Juzgado de Guardia*

Será de aplicación lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto a los llamados Juicios Rápidos (artículos 801 y siguientes) sin que sea de aplicación el presente Protocolo.

Artículo 5. *En el procedimiento abreviado*

1. En el Juzgado de Instrucción y Juzgado Central de Instrucción.

1.1 Con carácter previo al periodo intermedio (antes del Auto de transformación a Procedimiento Abreviado): una vez llegado a un acuerdo de conformidad, se interesará del Juez Instructor la acomodación del procedimiento, a los efectos de poder presentar escrito de calificación provisional conjunta de conformidad consensuado entre el Ministerio Fiscal y la Defensa del imputado. Todo ello sin perjuicio de que en los casos que proceda, se pueda tramitar dicha conformidad como procedimiento urgente según lo dispuesto en el artículo 799.1, 5a LECrim.

1.2 Después de evacuado el trámite de calificación y antes del señalamiento del Juicio Oral: nuevo escrito de calificación provisional conjunta de conformidad que habrán de consensuar el Ministerio Fiscal y la Defensa del imputado.

2. En el Juzgado de lo Penal y Juzgado Central de lo Penal.

2.1 Antes de la fecha del Juicio Oral: al menos diez días previos a la fecha de comienzo del Juicio Oral. Nuevo escrito de calificación conjunto de conformidad del Ministerio Público y la Defensa del acusado.

3. En la Audiencia Provincial y Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

3.1 Antes de la fecha del Juicio Oral: al menos diez días previos a la fecha de comienzo del Juicio Oral. Nuevo escrito de calificación conjunta de conformidad del Ministerio Público y la Defensa del acusado.

3.2 En el Juicio Oral: en este caso el pacto de conformidad se desarrollará con la sola presencia del Ministerio Fiscal y la Defensa del acusado, de forma que se preserve la confidencialidad de la negociación.

Artículo 6. *En el Procedimiento Ordinario Sumario*

1. En el Juzgado de Instrucción y Juzgado Central de Instrucción.

1.1 Antes de evacuar el trámite de calificación, el Ministerio Fiscal y la Defensa del acusado podrán pactar un acuerdo que tendrá reflejo en el escrito de calificación provisional del Ministerio Público, a los efectos de aplicación del artículo 655 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Si el citado artículo 655, atendida la gravedad de la pena, no fuera aplicable, podrá igualmente formularse dicho acuerdo, que el Fiscal reflejará en su escrito de conclusiones provisionales. En este caso, la defensa, al evacuar sus conclusiones, hará constar en el mismo la conformidad del acusado, a fin de que el Tribunal pueda tomarla en consideración al resolver acerca del señalamiento del juicio de acuerdo con lo previsto en el artículo 659 LECrim.

2. En la Audiencia Provincial y Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

2.1 Antes de la fecha del Juicio Oral: al menos diez días previos a la fecha de comienzo del Juicio Oral. Escrito de calificación definitiva conjunta de conformidad del Ministerio Público y la Defensa acusado.

2.2 En el Juicio Oral: en este caso y como viene desarrollándose en el momento presente, se desarrollará el pacto de conformidad en la propia Sala con la sola presencia del Ministerio Fiscal y la Defensa del acusado, sin que sea de aplicación el presente Protocolo.

Artículo 7. *Protocolo de actuación*

1. En las Fiscalías se designarán uno o varios Fiscales, dotados de los medios humanos y materiales necesarios, para el seguimiento y aplicación de las presentes normas. En consecuencia, dichos Fiscales asumirán por sí mismos o asegurarán de manera coordinada e inmediata la comunicación con los Letrados a los efectos de este Protocolo, así como la negociación y, producido en su caso el acuerdo de conformidad, la efectiva realización de éste por los procedimientos establecidos en la Ley. Todo ello sin perjuicio de que en los supuestos en que la Fiscalía lo considere oportuno, dichos acuerdos puedan o deban llevarse a cabo por el Fiscal asignado para la causa concreta.

2. Los Colegios de Abogados designarán uno o varios letrados coordinadores para el seguimiento, aplicación y correcto desarrollo del presente protocolo; entendiéndose esta coordinación como medio para facilitar la labor de la Fiscalía en cuanto a la localización de letrados defensores con los que la Fiscalía quiera contactar para una posible conformidad en la calificación de los hechos objeto de enjuiciamiento, así como para facilitar a los Letrados defensores la localización de los Fiscales con los que contactar para una posible conformidad.

3. Una vez llegado a un acuerdo de conformidad entre las partes, será la propia Fiscalía la encargada de poner en conocimiento del Juzgado o Tribunal competente el

acuerdo alcanzado, a los efectos de que se pueda proceder al señalamiento de la Vista Oral de conformidad sin más dilación, citando exclusivamente a las partes.

4. Los Letrados, previamente a interesar la aplicación del presente Protocolo, deberán haber informado a su cliente, y contar con el previo e inicial acuerdo del mismo para alcanzar una conformidad.

5. Para los supuestos en que existan pluralidad de Letrados defensores en la misma causa, todos ellos deberán interesar conjuntamente la cita con Fiscalía a los efectos de estudiar la posible conformidad. Y para el caso que sea Fiscalía la que interese la cita con los Letrados, también deberá citarse a todos ellos conjuntamente.

6. Para los supuestos en que existan Letrados acusadores, éstos también deberán estar presentes en la citas y, en su caso, llegar al acuerdo de conformidad conjuntamente con el Fiscal y el Letrado, o Letrados, de la defensa.

7. Los acusados, una vez llegado al acuerdo de conformidad, deberán aceptar de forma expresa dicho acuerdo

En prueba de conformidad, las partes firman por duplicado, en el lugar y fecha indicados.

BIBLIOGRAFÍA

Revista de Libros

CAPITA REMEZAL, Mario: *Análisis de la legislación penal antiterrorista*. Colex. Madrid, 2008, 270 páginas

I

Es un hecho que las obras científicas dedicadas al delito de terrorismo no proliferan en nuestro país. Bien sea por lo delicado de su trato o por el difícil análisis de la construcción legal, lo cierto es que escasos autores actuales han dedicado su tiempo y su inteligencia a escribir al respecto, optando por otras investigaciones dogmáticas o penitenciarias que, sin duda, prestigian al Derecho penal patrio.

Por el contrario, Mario Capita, profesor Asociado de la disciplina punitiva en la Universidad Carlos III, elaboró su tesis doctoral, de la que trae causa este libro, sobre la delincuencia terrorista, siguiendo la dirección de la profesora Carmen Lamarca, especialista lejana del tema, y en cuyo tribunal figuró otro de los penalistas más conspicuos en esta materia: el profesor Esteban Mestre. Y el resultado de su detenido estudio ha sido una apreciable monografía marcada por las señas del rigor y la necesaria actualidad.

Es de destacar que el debate científico que nos presenta el autor da por resuelto, y por ello pienso que no se menciona –por innecesario– en los renglones introductorios, el viejo e interesado tema de la naturaleza del terrorismo como delito político contrastado y contrapuesto a los delitos comunes. Ya nadie puede discutir que se trata de un hecho criminal ordinario y que la manida calificación no tiene sustento constitucional ni punitivo. Otra cosa es la fraseología propia de sus simpatizantes que no tiene el menor valor en nuestro Derecho positivo.

Fundamentalmente, tres capítulos condensan este buen trabajo: el referido al concepto jurídico del terrorismo; el relativo a la exposición de los tipos legales en el Código penal vigente y el encaminado a mostrar y discutir la figura del terrorista individual recogido en nuestra legislación desde 1995 (pp. 18 y 19). Es cierto que faltan otros aspectos no sustantivos, que también considero esenciales, así ciertas cuestiones procesales, penológicas y penitenciarias del tema, de las que me ocuparé brevemente apro-

vechando esta recensión, sin perjuicio de entender el corte excluyente del autor en su trabajo, efectuado en este asunto, en aras de no hacer interminable su texto.

Dentro del primer apartado, el de la precisión conceptual del terrorismo, el profesor Capita parte de una aseveración por demás correcta: «desde un punto de vista jurídico –dice– no poseemos un único concepto unívoco y taxativo» del mismo (p. 21). A partir de aquí y después de recoger las diversas definiciones de dicho delito efectuadas por los autores, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales (pp. 24 y ss.), fija su carácter instrumental (p. 42), deducido de la descripción legal, atendiendo al elemento teleológico y al estructural del delito de terrorismo. Por lo que hace al primer e identificativo criterio, significa un doble objetivo: la subversión del orden constitucional y la alteración grave de la paz pública (pp. 46 y ss.). Y en cuanto al otro aspecto resaltado, de obligada concurrencia en su naturaleza, aparece la banda armada y las organizaciones o grupos terroristas (pp. 68 y ss.). Es al final de este capítulo cuando el autor trata de diferenciar estos términos, otorgando al primero de los citados –la banda– un sentido más débil o menos sólido que el poseído por la asociación criminal, cuya característica es la mayor estabilidad (p. 77), apuntando con finura que la distinción entre esta última y el grupo es la matización de tratarse éste de la pequeña célula o del comando reducido (p. 78), apreciación muy acertada pues recuerdo que precisamente la primera comisión redactora del Código penal vigente –en la que figuré– quería designar con esta referencia expresa a los «taldes», por si algún intérprete futuro de la norma pensaba que estaban excluidos.

Antes de describir las conductas criminales terroristas en el capítulo 2 (pp. 79 y ss.), de pasada, en páginas precedentes, Capita Remezal nos recuerda que «el legislador, en la actualidad, ha optado por incluir los delitos de terrorismo en el CP (Código penal) y no en una ley especial» (p. 34). Tal vez esta exacta afirmación precisara de mayor desarrollo pues, en efecto, la balanza legal se ha ido inclinando por una u otra técnica en la democracia, desde el controvertido Real Decreto-Ley 21/1978, hasta concluir en introducirla en la norma sustantiva y, en sus aspectos procesales, en la Ley adjetiva. Partiendo de la constitucionalidad de cualquiera de ambos sistemas, la ventaja de la mayor flexibilidad, en supuestos de modificación, de la ley especial y lo completo de la misma, por cuanto contiene aspectos clave del enjuiciamiento, han decaído hoy frente a incluir esta delincuencia entre los preceptos del texto penal. Precisamente el autor parece decantarse por esta solución cuando ya ha proclamado, con toda razón, que una correcta legislación de este género no necesita reformas continuas, reclamando una mayor estabilidad normativa, aplicable incluso a las nuevas formas de grupos de delincuentes de esta especie (p. 16).

Para la exposición de los concretos hechos terroristas tipificados, el profesor Capita sigue «el mismo orden sistemático» de nuestro Código penal (p. 81). Así se refieren con esmerado detenimiento cuantos atentados contra bienes jurídicos se contienen sucesivamente en los artículos 571 y

ss. en unión de la abundante jurisprudencia que viene al caso. Sin desmerecer un ápice el sistema de exposición del libro, pienso que también cabría otra metodología explicativa. De esta forma, yo distinguiría entre los siguientes supuestos: primero, delito de pertenencia a banda armada; en segundo lugar los tipos materialmente terroristas, cuales los que alcanzan resultados contra la vida e integridad de las personas, realizan detenciones ilegales y secuestros, procuran estragos e incendios, así como la tenencia o depósito de armas o amenazas; en tercer término, la colaboración con banda armada; en cuarto, el reclamo de actuaciones terroristas dirigido a los miembros de las corporaciones locales y, en quinto y último lugar, el ensalzamiento de estos hechos criminales y la humillación a las víctimas.

Quiero destacar entre los delitos de terrorismo contra la vida, la integridad y la libertad (pp. 94 y ss.) la referencia que el autor lleva a cabo de recientes casos o resoluciones judiciales, que están en la memoria de todos, y que centra en la problemática de la aceptación del dolo eventual dentro del elemento subjetivo de estos hechos. Son estos: los sumarios del masivo atentado mortal y lesivo de Hipercor (Barcelona), la conspiración para atentar contra los miembros de la casa real en el Guggenheim (Bilbao), colocando explosivos, falleciendo un ertzaina en las tareas de identificación de los autores o la voladura de la T-4 de Barajas (Madrid) con dos fallecidos. En cambio en el supuesto del largo y cruel secuestro de Ortega Lara el Tribunal Supremo se decantó por el dolo directo de primer grado (pp. 105 y ss.).

Un buen número de páginas finales del presente capítulo se dedican al abandono de las actividades delictivas por los terroristas y a la figura del arrepentido (pp. 184 y ss.), actitudes concebidas por nuestra legislación como circunstancia atenuante específica muy cualificada (art. 579.3 CP). Enmarcada esta problemática más propiamente en los rasgos penológicos que en los dogmáticos y retocada por la Ley 7/2003, en el mismo sentido, la libertad condicional de los mismos, como después mencionaré, la institución de este concreto arrepentimiento merece el reproche de un sector importante de la ciencia, cuestionándola el propio Mario Capita al ser «previsión que ha fracasado por su escasa aplicación, en la medida en que no ha sido prácticamente utilizada» (p. 196). Por el contrario, cual rara avis, yo siempre me he mostrado favorable a esta especialidad. Mi cuerpo, a diferencia de cómo proclamaba Fausto que decía tener dos, solo posee un alma y, en consecuencia, sabe que detenta un único rasero para distinguir el bien del mal. Por eso no acepto el empleo de una doble moral con estos delincuentes, como si los asesinos impertérritos fueron los leales a sus ideales y los nobles en su comportamiento, mientras que quienes les delatan, procurando su detención, se convierten en los traidores y vendidos. En el crimen no hay bondad. Aquí no caben ambigüedades. Cuantos métodos legales se empleen –y este es uno de los válidos– para lograr el fin de sus actividades criminales es digno de encomio sin mala conciencia alguna. En este terreno el derecho premial tiene vigencia, como lo ha tenido en el caso de la mafia siciliana, y no atenta contra el principio constitucional de igualdad, como apunta el autor (p. 197), porque estas dos clases de delincuentes –los que continúan matando y los que lo

dejan— no son iguales. En cuanto al reproche de su corto uso, no me vale. La técnica de los arrepentidos y de los infiltrados, que no necesariamente sale a la luz, deteriora la confianza de la banda en general y desconcierta a sus comandos en particular. Por eso, porque lo vi en las prisiones, se de lo que hablo. Mi concepción del Derecho penal en este asunto no se elabora desde un immaculado escritorio, conoce la dura realidad y la eficaz lucha contra la misma.

La reflexión de la especial penología que acontece en el terrorismo se relaciona, asimismo, con la agravación de las penas, en relación con los mismos resultados de los tipos ordinarios, para los terroristas, que la jurisprudencia ha aceptado sin vacilación. No olvidemos que se trata de delitos pluriofensivos, como el profesor Capita ha expresado (p. 79) y que por ello merecen un superior castigo. Del mismo modo, la cláusula de la reincidencia internacional (pp. 198 y ss.), bien tocada en el libro, no alcanza crítica alguna.

El capítulo 3 se dedica a la figura del terrorista individual, creada por el Código penal vigente (pp. 201 y ss.), a la que se opone, con buena descripción de argumentos, el autor (pp. 213-214 y 242-243). Introducida en la postera revisión ministerial del Código actual y extravagante donde las haya, estos hechos encajan mal con el carácter organizado de la delincuencia que estamos tratando. Los antecedentes históricos del anarquista solitario sin duda han propiciado su aparición, innecesaria por demás, pues los delitos ordinarios cubren todo el espectro de actuaciones.

Como toda tesis doctoral que hoy se precie, el profesor Capita finaliza su obra con unas conclusiones (pp. 245 y ss.), que resumen los apartados tratados, acompañadas de seguido con la relación bibliográfica utilizada para su investigación (pp. 259 y ss.).

II

Ya he dicho que existe en el tema de la delincuencia terrorista otra importante temática no traída a esta monografía por Mario Capita. Quiero acabar esta recensión con la elemental mención de la misma y mi escueta toma de posición en algunos casos.

Las que especialmente pienso que faltan son cuatro: las referidas a la competencia jurisdiccional y a determinados aspectos procesales, al punitivo de la acumulación de sentencias y descuento de los beneficios que acortan la condena y, en fin, a las consecuencias regimentales penitenciarias. Todas tienen soporte legal y, en un concreto caso, el criterio en boga ha partido de una nueva interpretación jurisprudencial ya consolidada.

Dentro de las adjetivas ha de reseñarse, además de la eliminación del Jurado regulado en la Ley 5/1995, la competencia de la Audiencia Nacional para el conocimiento y enjuiciamiento de estos delitos. La normalización procesal que vino a suponer la creación de esta Audiencia, con la supresión del Tribunal de Orden Público (TOP), es indudable y su actual conveniencia,

también. La instrucción y las correspondientes vistas encomendadas a sus magistrados, lejos del País Vasco, son la garantía de su correcto funcionamiento. El juez natural decae en estos casos. Llevar a buen puerto el Derecho, cosa muy dificultosa aunque no imposible de lograr en estos casos, es superior a un principio tradicional del proceso pensado para un delincuente convencional. Frente a movimientos que proclaman la conveniencia de la eliminación de los Juzgados y Salas de la Audiencia Nacional me muestro claro y decidido partidario de la misma. La especialización de los profesionales que la componen por sus largos años de dedicación y su localización protegida, procuran un cabal conocimiento del fenómeno terrorista nacional, evitan las disfunciones, el cerco social y los temores individuales. Igual acontece cuando se enfrentan al terrorismo islámico y a las organizaciones de narcos o de traficantes de armas. La aplicación estrictamente constitucional que este valioso órgano judicial efectúa del conjunto de la normativa jurídica es indiscutible. Quien diga que es lo mismo que el TOP es que, a diferencia de quien esto escribe, no lo ha sufrido ni conocido por asomo, pretendiendo torpemente igualar franquismo con democracia.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal contiene varias especialidades en este asunto del terrorismo, a cada cual más relevante. De entre las mismas: intervención de las comunicaciones, prisión provisional, confidencialidad de los datos o suspensión del cargo público con la firmeza del Auto de procesamiento, quiero destacar el reconocimiento de la actuación del agente encubierto y la prórroga del plazo de incomunicación de los detenidos. De precisa cobertura legal, llevada al texto, la configuración del infiltrado ha sido ampliamente respaldada por la Sala de lo penal del Tribunal Supremo. Por lo que hace al plazo mencionado, las últimas reformas operadas amplían hasta los 13 días el límite de la incomunicación, por regla general, nunca agotado en las diligencias. Entiendo que los instrumentos reseñados son también formas convenientes de combatir esta delincuencia. El control judicial, presente en todos ellos, evita las suspicacias que, desde luego, yo no poseo. Estas medidas legislativas, que tienen el mayoritario respaldo parlamentario al ser leyes orgánicas, me parecen pertinentes al respecto. Cuantos países en democracia han sufrido la lacra del terrorismo han utilizado un arsenal parejo —y en ocasiones más severo— de recursos legislativos.

La sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de febrero de 2006 (caso Parot), vino a significar un giro interpretativo sustancial y sentar una doctrina fundamental en el tema de la aplicación penitenciaria refundida de condenas. A partir de ahora los cuarenta años de cumplimiento efectivo, que como extremo máximo indica el artículo 76 del Código Penal, no serán la referencia para el acortamiento de las condenas, sino que los posibles beneficios se deducen de todas y cada una de las penas impuestas, sin superar en ningún caso, atendiendo a la técnica de acumulación jurídica, aquel límite temporal. Ello ha contribuido a que conocidos terroristas vean prolongada su estancia en prisión que, de la otra manera, veían inminente o más cercana su liberación. La burla que para el Estado y las víctimas

suponía la anterior doctrina ha sido bien corregida, sin violación alguna de la legalidad, pues se sigue respetando el tope transcrito de «cumplimiento efectivo», sin perjuicio de que la individualización penitenciaria de la ejecución se aplique sobre la suma particular de cada una de las sentencias condenatorias y no sobre su unificación en una sola de cuarenta años de prisión.

Tampoco debe olvidarse que, desde la reforma operada por la Ley 7/2003, los autores de estos delitos se encuentran expresamente excluidos de acceder al modelo privilegiado de libertad condicional, es decir descuento de las dos terceras partes de la condena impuesta, en vez del cómputo general de las tres cuartas partes de aquélla (art. 91 CP), también muy limitado para los mismos.

Respecto a las modalidades de régimen carcelario aplicables a estos delitos, la vigente Ley General Penitenciaria –y concordante Reglamento– designa, como centros de destino de los reos de terrorismo, por la evidente consideración de su peligrosidad extrema, los cerrados y departamentos especiales, así como su correlativa clasificación en primer grado de tratamiento, a la vez que viene a establecer severas dificultades para obtener el tercero o régimen abierto (arts. 10 y 72). Y por lo que hace a su distribución en la red de establecimientos disponibles, exclusiva competencia del Centro directivo, se mantiene, como más adecuada al momento presente, la política de dispersión territorial en los distintos centros, sin violentar el artículo 12 de la Ley –«se procurará (facultativo) evitar el desarraigo social de los penados»– frente al de concentración de etapas anteriores, concretamente durante mi mandato, en las prisiones de Soria (ETA) y Zamora (Grapo).

Creo en la bondad de la dispersión penitenciaria de terroristas. La situación no es la misma que hace treinta años y ello es claro por el elevado número de encarcelados y la disponibilidad y acondicionamiento de nuestros modernos establecimientos modulares, tanto de preventivos como de cumplimiento. Una vez decidida ministerialmente, siempre he sostenido que esta división y clasificación de los miembros de la banda, hoy practicada, deteriora su cohesión interna, aleja y dificulta sus correos, les puede hacer recapacitar negativamente respecto a los jefes de la organización y, por fin, facilita su acercamiento a posturas de crítica y abandono de la lucha armada. Existen muchas pruebas de lo manifestado. Por eso este sistema se sigue manteniendo legislatura tras legislatura, gobierne quien gobierne.

Es evidente que no han podido abordarse en la obra del profesor Capita Remezal todos estos aspectos complementarios de la persecución legal del terrorismo que, no cabe duda, la hubieran enriquecido, aunque posiblemente, a la vez, la transformaran en algo inabarcable. En todo caso, lo que en la investigación se nos presenta supera con creces lo esperado en este tipo de escritos científicos de por sí muy útiles y comprometidos.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático de Derecho penal UAH

BOLAÑOS MEJÍAS; Carmen (Coord.). *Juristas y Políticos madrileños del siglo XIX*. Colex. Madrid, 2009, 232 páginas

I

El presente libro nace de una investigación conjunta propiciada en la UNED, auspiciada por el departamento de Historia del Derecho, referida a la actuación de nuestros gobernantes y próceres en el periodo de la Restauración, como puntualiza con acierto la coordinadora en la presentación del volumen (pp. 7 y 8). Y en verdad que el resultado no podía ser mejor.

En efecto, los más destacados juristas de la época, con la limitación acotada de sus orígenes madrileños, son estudiados por destacados especialistas, configurando un trabajo digno de encomio y poco habitual en la ciencia española. De hecho, una aportación semejante, más amplia, casi enciclopédica, únicamente puede anotarse en los volúmenes dados a la luz por Marcial Pons (2004) titulados *Juristas Universales*.

Esta obra de la que hoy doy noticia es mucho más breve pero igual de interesante. Seis grandes personajes aparecen en su texto, correctamente abordados por los profesores García García-Cervigón (Cadalso), Bolaños (Fernández Villaverde), Rodríguez Núñez (Groizard), Sánchez González (Francos Rodríguez), Fernández-Miranda (Santamaría de Paredes) y Pérez Marcos (Francisco Silvela). Todos con responsabilidades de gobierno, en una u otra ocasión, voy a detenerme, exclusivamente, en dos de ellos: Fernando Cadalso y Alejandro Groizard. Y ello es lógico. Son los autores más relevantes desde el punto de vista penitenciario y penal de cuantos han sido presentados en la publicación, pues en los otros lo que les encumbró se refiere, por el orden indicado, a la Hacienda pública, su capacidad en la ciencia política aplicada a la educación, el impulso al reglamento notarial o a la ley de bases del Código civil. Es decir, una temática extraña a la especialización criminal. Pero la ciencia penitenciaria viene a nacer de la obra de Cadalso y los Comentarios al Código penal de Groizard se siguen utilizando.

Siguiendo esta pauta, comenzaré por Alejandro Groizard (1830-1919). Alicia Rodríguez Núñez, profesora titular de Derecho penal de la UNED, nos ha esbozado su vida y su obra (pp. 71 y ss.). Nuestro personaje ocupó los cargos de escalafón más importantes en su profesión, la judicatura (pp. 77 y ss.), así como en la política (pp. 79 y ss.), ostentando diversas responsabilidades de gobierno, tanto en interior como en el servicio exterior de España, durante los gabinetes Sagasta y Serrano. Su dedicación científica estuvo, primordialmente, «en torno al derecho penal» (p. 90). De entre sus varios escritos ninguno destaca como los ocho tomos de sus Comentarios y concordancias al texto punitivo de 1870, o sea el de más extensa vigencia en nuestro país, modelo fundamental de cuantos se promulgaron hasta el de 1973, derogado por el vigente. He dicho que todos los penalistas hemos manejado este libro

fundamental. Yo conservo en mi despacho universitario la edición original (1870-1899) como un tesoro.

II

La también profesora titular de mi asignatura en la UNED, Josefina García García-Cervigón, empleo su tiempo en la figura de Fernando Cadalso y Manzano (1858-1939). El resultado es una aproximación muy valiosa a este nombre cumbre de nuestro penitenciarismo (pp. 11 y ss.). Mi escuela, es decir, pocos, hemos profundizado y ensalzado por escrito los indudables méritos de Cadalso. Quienes lo hemos hecho aparecemos citados en el artículo de referencia. Y es que éste fue, como se recuerda en la aportación, quien sentó «las bases de la Ciencia Penitenciaria» española (p. 35), siendo pues «su gran referente» (p. 14).

La metodología de la autora es la siguiente. Después de una corta, pero suficiente, introducción biográfica del personaje (pp. 12 y ss.), se centra en la «aportación científica al sistema penitenciario» (pp. 14 y ss.) con un estudio sistemático de las publicaciones de Cadalso, esencia de su acertado trabajo. Aquí aparece cuando su pluma dio a la imprenta para la mejor regulación y el superior conocimiento de nuestro Derecho referido al mundo de las prisiones que tan bien conocía, pues no sólo las había mandado sino que las reformó.

Después de un repaso magnífico a la producción cadalsiana, García García-Cervigón dibuja la modernidad de Cadalso al encontrar reflejos de su pensamiento en la vigente Ley General Penitenciaria (pp. 35 y 36), si bien ésta debe mucho también al otro gran penitenciarista y penitenciario español, Rafael Salillas, en cuanto hace a la ideología de la individualización flexible del tratamiento y a la consolidación de las instituciones. La aportación de Cadalso, su empeño en el régimen progresivo de cumplimiento de condenas, plasmada en normas como el Real Decreto de 1901 o la Ley de Libertad Condicional de 1914 y, en la vertiente práctica, en la complementaria transformación de la prisión de Ocaña, en el mismo último año citado, no llega de forma pura al momento actual, como es lógico pensar. La rigidez del sistema no encuentra acomodo en el presente, lo que no es óbice para reconocer su hallazgo ni dejar de advertir su impronta en la historia de nuestro Derecho penitenciario, la obra a la que dedicó su vida personal e intelectual.

Ambos trabajos, el relativo a Groizard y este mencionado en postrer lugar, finalizan con una bibliografía que abarca las propias obras del autor, siempre manejadas de primera mano, así como otras a ellos referidas, en relación útil y completa.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático de Derecho penal UAH

MENDO ESTRELLA, Álvaro: *El delito ecológico del artículo 325.1 del Código penal*. Tirant lo blanch. Valencia, 2009, 241 páginas

I

Mi querida discípula, la profesora Avelina Alonso de Escamilla, catedrática de Derecho penal de la Universidad CEU San Pablo de Madrid, fue la directora de la tesis doctoral de Álvaro Mendoza que, parcialmente, en lo referido a los aspectos penales, se publica, cuidadosamente revisada, ahora. Fui altamente honrado en su momento con la designación de la presidencia de su correspondiente Tribunal y la obra –así lo manifesté públicamente sin empacho en aquella ocasión– me gustó entonces y la alabo hoy, cuando se da a la imprenta. La materia, siempre difícil, esta trabajada con rigor y seriedad, y las buenas conclusiones obtenidas lo han sido con limpio esfuerzo intelectual; no en balde Mendoza Estrella es un acreditado profesor de nuestra disciplina en la Universidad Católica de Ávila, extendiendo su docencia a asignaturas como el Derecho penal económico y el procesal, prodigándose también, como distinguido articulista y colaborador, en alguna de las más importantes y prestigiosas revistas científicas españolas, entre ellas el Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, el de la Facultad de Derecho de Alcalá o La Ley Penal.

El prólogo de Belén Alonso (pp. 13 y 14), cariñoso y entregado, conocedor del tema, pensado para no restar protagonismo al autor, da cuenta afortunada de los méritos de su pupilo y representa un buen y claro resumen de sus meritorias ideas ofrecidas en el presente trabajo. Mi discípula le dio al suyo, que venía de sus vocacionados estudios entre la bruma salmantina, la luz, la orientación y el impulso necesarios para su superior investigación.

La problemática tratada se vislumbraba por los estudiosos especializados desde lejos, claramente acrecentada en los últimos tiempos. Los incontables abusos, puramente administrativos, en urbanismo y medio ambiente, tanto de particulares como de corporaciones locales, fundamentalmente en las postreras décadas, condujeron al legislador español de forma irremediable, para darles adecuada respuesta, a tipificar estas conductas ilegales, flagrantemente dañinas o destructoras del indispensable equilibrio ecológico, como graves delitos que pueden ser calificados, empleando la terminología tecnológica, de nueva generación. Ante el criterio de seguir manteniendo tales actividades, seriamente antisociales y particularmente lucrativas, en el marco del mero Derecho administrativo sancionador, y a diferencia de otras normativas punitivas comparadas, la comisión redactora ministerial y posteriormente las Cámaras parlamentarias, optaron por la técnica de su inclusión en el texto sustantivo frente a la otra alternativa de enmarcarlas en la ley especial. Es esta postrera posibilidad sistemática la seguida en otros países de nuestro círculo cultural, asimismo con singular fortuna. La unidad legislativa fue la opinión que primó con firmeza en nuestro país en el instante de la decisión final, plasmada después en el Código definitivo. Lo mismo acon-

tecerá, llegándoles su turno, con otras conductas criminales, cuyo crecimiento impune llamaba a escándalo, como los delitos societarios. La dicotomía se está volviendo a plantear hoy, por lo que alcanzo a ver, con la absoluta modernidad de la criminalidad informática que también, sin vacilación, hay que atajar, inclinándome por la revisión de las leyes orgánicas comunes y adjetivas correspondientes más que por el dictado de la precisa norma complementaria.

El contenido del libro de Mendo Estrella, como ya he apuntado, se ha concretado, por elección propia, en el tipo básico acerca de la protección de los recursos naturales y el medio ambiente, centrandó su detenida atención pues en el precepto correspondiente: el 325.1 del Código Penal (a partir de ahora: CP). Y el resultado logrado ha constituido un análisis inteligente y exhaustivo de todas las cuestiones que el tipo presenta, legales y jurisprudenciales, lleno de referencias doctrinales estudiadas, discutidas o tenidas en cuenta, posiblemente, en mi opinión, muy superior en consistencia a cuantos han visto la luz al respecto.

II

El desarrollo de la presente obra, en tres capítulos y anexos, comienza con los antecedentes históricos de la materia, exclusivamente administrativos en un principio, como ya he apuntado, para recalcar en el artículo 45 de nuestra Constitución y disposiciones nacionales y comunitarias concordantes (pp. 17 y ss.). Sin necesidad de remontarse a las contadas disposiciones y criterios lejanos existentes en el tiempo, el profesor Mendo se ha centrado en otros más numerosos, cercanos y específicos que atienden a nuestros Proyectos de Código penal y leyes de los años ochenta, que no han sido razonablemente dados de lado, y que vienen a transformar el conocido, por la inmensa mayoría de la doctrina científica, como «delito ecológico» del derogado artículo 347 bis. CP 1973 (reforma de 1983) «durante doce años (1983-1995) buque insignia de la protección penal del medio ambiente natural» (pp. 35 y 45), culminando en la redacción típica del momento en vigor, estudiado de esta forma con profundidad y conocimiento de causa.

Entre los abundantes temas dogmáticos tratados con amplitud y, en líneas generales, con gran acierto en el libro, quiero resaltar especialmente los siguientes: la cuestión acerca del bien jurídico y de la naturaleza de este delito, el planteamiento de la responsabilidad de las personas jurídicas y de la comisión por omisión, los relativos a la acción típica, al concurso de normas y a la participación criminal. Dejo conscientemente para el final una breve reflexión personal sobre el concurrente delito de prevaricación y su contenido material de injusto. Son los asuntos que más me han interesado o preocupado y, aunque en ellos veo y aprecio la indudable y correcta formación académica del autor, plasmada en todas estas líneas, entiendo que cabe, en relación a alguno de los mismos, la modesta discrepancia en aras del razonable debate que merece una publicación como la presente. Son simples obje-

ciones –a veces solo dudas– universitarias que de la atenta lectura detecto, hechas con espíritu positivo, pues en mí no cabe otro, máxime ante la gran categoría de la aportación presentada por Mendo Estrella.

En cuanto al bien jurídico, el profesor De Ávila distingue, con sumo acierto, entre el mediato y el inmediato que concurren en el presente delito, siendo el primero la protección de la salud de las personas y el segundo la del entorno natural (p. 54).

En segundo lugar, el profesor Mendo apuesta fuertemente por considerar el artículo 325.1 CP como delito de peligro concreto (p. 118), inclinándose de esta manera, tras larga elucubración, por rechazar tajantemente otras posibles y, asimismo, traídas a colación, calificaciones como de riesgo abstracto o hipotético (pp. 126 y ss.). Descartada la primera por contradictoria con la defendida, reserva el peligro hipotético para «las formas imperfectas de ejecución» (p. 142). Esta última categoría no cabe en el presente caso, pues parte de asumir la realidad genérica del *iter criminis* en los delitos de peligro, difícil de concebir cuando el tipo concreto expresa que a todas las acciones del culpable no se le exige la consumación convencional sino la anticipada o cortada, incompatible con la tentativa, significada en la frase «que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales». En cambio, la opinión no es arriesgada en el núm. 2 de este mismo precepto, liberar o emitir radiaciones ionizantes –aquí no estudiado– pues estas conductas no plantean problema especial en relación a los dos aspectos legales de la tentativa, al requerirse la efectiva producción de la muerte o lesiones en alguna persona.

En tercer término, completamente de acuerdo me muestro con Mendo en relación a la no necesidad de invocar el artículo 31 CP para hallar la responsabilidad criminal de las personas sociales en este delito (p. 172), en su caso, pues el precepto citado de la parte general de nuestro Código no pasa de ser una simple guía interpretativa. De esta forma, el administrador o representante legal responderá de las conductas del artículo 325.1 CP a título de inductor, coautor, cooperador necesario o cómplice, siendo el autor ejecutor material el sujeto común, ente jurídico o físico, relacionado en el tipo. En cambio, lo que no veo tan claro es que quepa la comisión por omisión, como dice el profesor Mendo (p. 182). De lo que no cabe duda es que sí procede, sin necesidad de cuestionarla, la omisión propia o pura, que en otros delitos del mismo capítulo III del título VXI (Libro II CP) se enumera, pero vacilo al considerar una respuesta afirmativa en lo referente a la equivalencia a la causación por la posición directa de garante, pues yo entiendo, en primer lugar, que solo podría invocarse si a la persona jurídica le incumbiera legalmente el impedir las conductas activas del autor, lo cual es más que discutible; en segundo término, no debe dejar de significarse que el artículo 11 CP, que recoge aquella especial modalidad omisiva, solo es aplicable, en estricto criterio, a los delitos de resultado no a los de peligro ni a los de simple actividad, interpretación restrictiva que debe imponerse, en líneas generales, al tratar siempre de la omisión.

En cuanto al cuarto de los problemas enunciados, el profesor Mendo nos recuerda que el artículo 325.1 CP habla de provocar o realizar los vertidos,

emisiones, extracciones, etc. allí descritas. Y al estudiar los verbos mencionados acaba diciendo, con toda razón, que especialmente el enunciado en primer lugar no se identifica con la provocación contenida en el artículo 18 CP que es acto preparatorio sancionado (p. 57).

Es verdad que el legislador en ocasiones ha utilizado en la parte especial del Derecho penal conductas que han de ser configuradas como elementos normativos de carácter jurídico; por ejemplo, en la inducción y cooperación necesaria al suicidio (art. 143.1.2 CP) o en la inducción a un menor o incapaz a abandonar el domicilio familiar (art. 224 CP). En estos delitos no cabe la promoción genérica ni cualquier consejo, ayuda moral, apoyo verbal o confirmación de la idea decidida por el suicida o el menor, ni todo auxilio de poca monta o entidad que fácilmente puede obtenerse por aquél. El acto típico doloso de autor es incitar en concreto, hacer nacer en ellos de forma eficaz, o sea reiterada, e inmediata, es decir directa, el acto de suprimirse la vida o abandonar el lugar seguro, o bien colaborar conscientemente en la muerte decidida con instrumentos o medios, por lo corriente, no al alcance del que se mata. Es decir, cumplir el mandato indicado en el enunciado del artículo 28 *a*) y *b*) CP, no el del correlativo artículo 29 CP, complicidad impune en este caso. Por el contrario, en el presente artículo 325.1 CP provocar, unido a realizar o captar, es modalidad verbal que nada jurídico penal específico significa ni revela, tratándose pues de un mero elemento descriptivo, del comportamiento criminal en este supuesto, contrapuesto en la clásica teoría del delito a los antes mencionados.

III

Asimismo presenta especial enjundia otro tema, el quinto, advertido por el autor en el texto y cuyo enunciado ya he enumerado anteriormente entre otros.

En efecto, al analizar la concurrencia entre este precepto y el 329 CP, en lo que compete a la participación del funcionario o autoridad, Mendo defiende la tesis del principio de alternatividad de leyes entre ellos en vez del también posible de especialidad (p. 194). Con ello sigue a un importante sector doctrinal, es cierto; pero no menos verdad, sin embargo, es que puede objetarse que, en pura técnica jurídica, lo que asemeja o diferencia ambos criterios no es la literalidad de la igualdad de los artículos o su discrepancia, ni la estricta o discordante identidad material de las penas, sino el partir de la base de que ambos hechos tipificados abarquen, uno u otro (de ahí lo alternativo), toda la completa conducta delictiva del culpable. Si ello es así, en este supuesto la relación concursal del último precepto citado estaría planteada, en todo caso, con el artículo 404 CP, al que se remite, no con el tipo básico medio-ambiental, al tratarse de funcionarios públicos y recoger actividades delictivas estrictamente similares, castigándoles con la pena genérica de la prevaricación, a la que se añade la propia de prisión o multa (alternatividad resuelta por el castigo más grave). Por ello, a tenor de los

combinados criterios generales marcados en el artículo 8.1.^a4.^a CP, rige finalmente en este supuesto, por razón del autor, no por las acciones que son las mismas, el de lo especial, que es el artículo 329 CP, además de encontrarse más severamente penado, por la doble sanción especificada, con toda razón y sentido.

Otra cosa es que el funcionario o autoridad también lleve a cabo previamente las conductas del artículo 325.1 CP; pero entonces, aún a riesgo de salirme de la opinión generalizada de la doctrina, no veo, sinceramente, el problema: se aplicarán las reglas del concurso real de infracciones pues los preceptos violados lo han sido con una doble y diferente consideración (hay bis pero no idem), no compendiada la una en la otra, como responsable o partícipe del delito común y como autor del especial propio, pues las acciones son distintas («dos o más», dice el art. 73 CP): provocar o realizar los vertidos, emisiones, extracciones, etc. y, además, informar favorablemente a sabiendas acerca de su imposible y falsa legalidad, votarlos conscientemente o abstenerse de señalar la irregularidad conocida. En resumen: en los artículos 325.1 y 329 CP, entre sí, rigen las reglas del concurso real de delitos y entre éste y el 404 CP, las de especialidad de normas que vienen a resolver la alternatividad originaria.

Por lo que hace al postrer aspecto reseñado, el de la naturaleza del tipo, atendiendo a la autoría, la vieja cuestión de la participación de los extraños se contempla y castiga, con evidencia, a tenor del artículo 65.3 CP, según su última redacción procurada por Ley 15/2003, con la pena inferior en un grado a la señalada a la infracción de que se trate, estando de más otras soluciones como la igualdad de sanción, la búsqueda brillante de atenuante analógica o la impunidad.

Ya que he tocado el artículo 329 CP –aquí no estudiado, según confesión propia del autor (p. 166)– es decir, el delito cometido por la autoridad o funcionario público que informa favorablemente licencias ilegales, vota a favor de su concesión o silencia en la inspección de su competencia las palmarias infracciones, me parece de interés interpretarlo en relación con la prevaricación a la que se remite y especialmente con su conducta típica.

La esencia del artículo 404 CP, y por ende del citado precepto medio-ambiental, no es únicamente la resolución tomada a sabiendas de su injusticia, hay algo más: estamos hablando del dictado de una resolución, que le concierne al funcionario, manifiestamente arbitraria. Pues bien, en estos hechos delictivos –me refiero concretamente a los contemplados en el art. 329 CP– ha de darse contenido a la dicha y concordante arbitrariedad; y si esto es así, en mi opinión, la que exige el tipo y que pueden cometer los funcionarios y autoridades está localizada, precisamente, en dos modalidades: no sólo en la notoriamente burda decisión caprichosa sino que, además y especialmente, incluye el ignorar los dictámenes o las indicaciones técnicas motivadas de los especialistas y profesionales, sin ulteriores criterios contrapuestos, proveyendo el responsable político en un sentido contrario, a su antojo y según su particular y, en ocasiones, interesado criterio, despreciando o saltándose el preceptivo informe competente no contradicho. Entiendo que seguir esta

interpretación típica, según ley, no es algo forzado y acaba revistiendo al comportamiento ilícito de una naturaleza no solo formal, como hoy es aplicada, sino de antijuridicidad material, convirtiendo así los casos de prevaricación relacionados con el medio ambiente en algo mucho más real y deducible con sencillez de los hechos producidos.

En las partes zagueras de su monografía el profesor Mendo incluye un amplio anexo jurisprudencial (pp. 217 y ss.), referente para el texto, y un no menos extenso repertorio bibliográfico (pp. 233 y ss.), en su totalidad leído, manejado e incorporado al contenido del libro en las correspondientes notas a pie de página, actitud propia de todo buen jurista. Finaliza así, con clásica corrección académica, una obra sólida, bien escrita, digna de encomio, que suscita la meditación, que merece ser tenida muy en cuenta en nuestra literatura científica y que, por lo que a mi respecta, me ha satisfecho y cuya lectura recomiendo vivamente.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático de Derecho penal UAH

DE URBANO CASTRILLO, Eduardo: *La valoración de la prueba electrónica*. Tirant lo blanch. Valencia, 2009, 124 páginas

I

Que la prueba es una de las claves del proceso penal no ofrece para nadie dudas. Los estudios a ella dedicados copan muchas de las mejores páginas de los más destacados procesalistas españoles y extranjeros. Si a la contemplación de los instrumentos probatorios genéricos se añade la valoración de las nuevas tecnologías, la temática se convierte en extremadamente interesante. Esto es precisamente lo que ha efectuado el autor en este libro: dedicar su investigación a este concreto aspecto, nuevo y sometido a debate entre la mejor doctrina. A ella se suma, a partir de ahora, la opinión de Eduardo Urbano.

Urbano Castrillo es un profesional de la magistratura. Le conozco desde que fue alumno del Centro de Estudios Judiciales cuando me cupo el honor de dirigirlo y hemos coincidido después en variadas ocasiones en oposiciones y tareas académicas. Después de diversos destinos jurisdiccionales, en la actualidad, y desde hace muchos años, es Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo donde desarrolla su valía y muestra sus conocimientos. Pero hay otra meritoria faceta en Eduardo Urbano que no se debe ni se puede ocultar. Su actividad y vocación docente universitaria que desempeña adecuadamente y de la que son frutos sus monografías y artículos en revistas especializadas.

Es aquí donde, claro es, se enmarca el presente texto. Breve pero suficiente y enjundioso, indicativo del difícil estado actual de la cuestión e informativo de la opinión doctrinal y jurisprudencial al respecto. Escrito con acierto en la expresión y de fácil lectura, se muestra como una buena aportación acerca de una materia, la incorporación de las modernas tecnologías al procedimiento, que irrumpe necesariamente y con fuerza en nuestra época.

II

La obra se divide en tres partes y unas conclusiones. La primera se refiere a la generalidad de la prueba, a lo que denomina el autor sus «aspectos básicos» (pp. 15 y ss.). La segunda se centra en el asunto que da título al trabajo: la prueba electrónica (pp. 47 y ss.) y la tercera al aporte de jurisprudencia que acompaña y sustenta los apartados previos (pp. 73 y ss.). Al final, como ya he indicado, plasma Eduardo Urbano las atinadas conclusiones que deduce de su estudio (pp. 119 y ss.), algunas de las cuales que he me permitido intercalar en la exposición.

El que podemos llamar capítulo 1 atiende a la globalidad de la teoría de la prueba. Parte el experto magistrado de ofrecernos los principios de la misma, su contenido y sus requisitos. Son los primeros los de contradicción, intermediación y publicidad (pp. 16 y ss.). Su contenido se desgrena sabiamente en los siguientes derechos inalienables de las partes: a proponer prueba, a que los medios propuestos sean admitidos, a que en caso de inadmisión lo sea motivadamente, a practicar la prueba admitida y, en fin, a la exigencia de una valoración racional del material aportado (pp. 20 y 21). En cuanto a los requisitos que ha de cumplir toda prueba, se resumen en tres: pertinencia, licitud y necesidad (pp. 22 y ss.), recordándonos el autor como la jurisprudencia equipara esta última con funcionalidad (p. 25).

Dentro de la extensa reflexión sobre los criterios generales de toda valoración probatoria que efectúa Urbano, quiero destacar los renglones dedicados a su libre apreciación, así como a la precisa motivación. Elementos insustituibles de la certidumbre del juzgador se nos aparecen «el buen sentido, la experiencia, la capacidad lógica de razonar, en definitiva a la elección –certeza viene de “cerno”, elijo– que resulta más probable en el caso» (p. 35). Magistrado humanista y técnico a la vez, sus limpias apreciaciones transcritas me parecen antológicas. Esto es lo que se debe pedir, en este aspecto, a cualquier buen juez.

La motivación la relaciona Eduardo Urbano, con absoluta corrección, con el principio constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva (p. 36). Esencial en cualquier resolución jurídica, en la prueba tal criterio absolutamente inexorable tiene unas «exigencias», como las llama el autor, que se conforman constitucionalmente y que no son otras que la exclusión de la prueba ilícita, la denegación motivada y la prohibición de toda indefensión (pp. 40 y ss.). Magníficamente presentadas por Urbano, en lo que hace al

contenido de cada propuesta, estas apretadas líneas cierran la exposición general, aplicable a cualquier medio probatorio.

III

La prueba electrónica abarca el capítulo 2 de la importante obra. Aquí el excelente recopilador sistemático que hasta el momento ha sido el autor se transforma en, prácticamente, creador del tema. En efecto, Eduardo Urbano elabora la nueva apreciación de estos materiales a efectos probatorios de la verdad procesal, sentando lo poco que en la actualidad existe, añadiendo una valiosísima incursión por el Derecho comparado (pp. 49 y ss.). Se parte de la base del concepto de tal especie de prueba, citando el precepto adjetivo correspondiente, pero se maneja un criterio amplio de apreciación de la misma: es prueba electrónica la creada «directamente a través de la informática» (...), «las que proceden de medios de reproducción o archivo electrónico» (...) «y las que se presentan mediante instrumentos informáticos» (pp. 47 y 48). Es decir, lo es —matiza ejemplificando— un correo electrónico, un video, el fax, la fotografía digital, un disquette, un pen-drive, una base de datos, etc... (p. 48).

La naturaleza de la prueba electrónica es la de prueba documental (pp. 52 y 119), dice con acierto Eduardo Urbano y, en consecuencia, sometida a un doble refrendo: al de la pericia informática (pp. 55 y ss. y 121), tenida por «imprescindible» (p. 122), y a la contradicción en juicio (pp. 70 y 71).

Como especialidades valorativas de la prueba tecnológica señala el autor las siguientes: en primer lugar, se indica, con excelente puntería, que «obligar al titular de la información a facilitar el acceso (al documento) es harto discutible, pues sería tanto como colaborar a su propia incriminación» (p. 61), para resolver, con sentido común, que, sin embargo, «puede utilizarse cualquier programa que pueda servir para conseguir la contraseña o descifrar el texto escrito en clave» (p. 62). En segundo término, se defiende que los documentos públicos electrónicos escapan a las reglas de la «libre apreciación» probatoria (p. 63). Como tercer punto se recuerda que si el documento con firma electrónica reconocida admite la impugnación, con más razón cabe en el no firmado «el concurso de otros medios de prueba» (p. 64). En cuarto lugar, se analiza la problemática de las páginas web, en relación con la posible responsabilidad criminal, señalando, con razón, Urbano que no únicamente hay que estar a «quien ostenta el dominio real» de la misma, sino también a aquellos que deban ejercer —y no lo han hecho— su debido control frente a la intervención de terceros (pp. 66 y 67). El quinto punto es la consecuente equiparación de la actuación sobre los mensajes electrónicos al derecho al secreto de las comunicaciones (p. 68), con toda la protección legal que ello conlleva; de ahí que su intervención exija la autorización judicial, sometida a las consabidas reglas de necesidad e idoneidad (p. 69), sexto criterio sentado por el autor. En cuanto al séptimo y postrero, el uso de la videoconferencia en el proceso, especialmente idónea para el interrogatorio de testi-

gos y peritos, no pugna, nos dice con rotundidad Eduardo Urbano, con el principio de inmediación, pues «la virtual o de segundo grado, es tan lícita como la clásica inmediación en la Sala de Justicia» (p. 71).

La parte 3.^a atañe al compendio de jurisprudencia efectuado por Urbano Castrillo. De amplio contenido (pp. 73-117), se divide la rigurosa selección en las más congruentes sentencias pronunciadas por el Tribunal Constitucional, por el Supremo, por los Tribunales Superiores de Justicia y por las Audiencias Provinciales y Juzgados. Todas muestran la visión práctica concordante de cuanto se ha explicado en el texto e ilustran claramente la obra.

La monografía se adorna con las adecuadas notas a pie de página que la complementan, remitiendo al lector a otras investigaciones, corolario de toda incursión científica en el mundo del Derecho que se precie y ésta evidentemente lo es. Por eso, la recomiendo vivamente pues por su temática y contenido me parece trabajo muy digno de tenerse en cuenta.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático de Derecho penal UAH

