

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 de la Agencia Estatal 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 LXIII  
MMX**

**MINISTERIO DE JUSTICIA**  
Secretaría General Técnica



**MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA**  
Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

**Madrid, 2011**

---

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

Reservados todos los derechos.

---

NIPO (AEBOE): 007-11-123-5

NIPO (M. de Justicia): 051-11-009-0

ISSN: 0210-3001

Depósito legal: M-126/1958

---

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO  
Avda. Manoteras, 54. 28050 Madrid.

Un maestro ejemplar  
Antonio Beristain: penalista, criminólogo, victimólogo  
(1924-2009)

JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI

*Director del Instituto Vasco de Criminología  
Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP-IAPL)*

El 29 de diciembre de 2009, tras una fecunda vida académica y personal, llena de logros y de realizaciones, a los ochenta y cinco años de edad, nos dejó el Prof. Dr. Dr. h. c. Antonio Beristain Ipiña. Habiéndose agravado la indisposición que le llevara a ingresar en un centro sanitario al término de la jornada de trabajo en el Instituto Vasco de Criminología, la víspera de la Nochebuena, y coherente con la posición personal hecha pública años atrás suscribiendo el testamento vital, rechazando la aplicación de todo medio extraordinario falleció en la Policlínica donostiarra rodeado de los amigos y colaboradores más cercanos.

Bilbaíno nacido en Medina de Rioseco (1) (Valladolid, 4 de abril de 1924), localidad en la que su padre ejercía la profesión de notario, a partir de los cuatro años su infancia y su juventud se desarrollaron fundamentalmente en el País Vasco, estudiando el Bachillerato en Bilbao. Sacerdote jesuita, ingresó en el noviciado de Loiola en 1941, formándose en Orduña, Burgos (Licenciatura en Filosofía, 1950) y Frankfurt am Main (Licenciatura en Teología, 1957). Tras la Licenciatura en Derecho culminada en dos años (1951-1953) en Oviedo y Valladolid, se doctoró en la Universidad Complutense de Madrid (1961) con una tesis sobre «*Los fines de la pena en la Nueva Defensa Social y en la Vindicta clásica*», dirigida por el Catedrático D. Juan del Rosal.

---

(1) GARCÍA ZAFRA, I., «Conversaciones: Dr. Antonio Beristain Ipiña», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 06.c1: 3 (2004).

Profesor de Derecho Penal en las universidades de Deusto (1958-1967), Valladolid (1967-1968) y Madrid (1968-1970), ganó por oposición la Agregación de Derecho Penal de la Universidad de Oviedo en 1970, trasladándose en 1973 a la Facultad de Derecho de San Sebastián (entonces perteneciente a la Universidad de Valladolid) como catedrático contratado y Director del Departamento de Derecho Penal. Promotor en 1975 del Instituto Vasco de Criminología, que fuera oficialmente creado en 1978, la mayor parte de su labor docente e investigadora la desarrolló desde su Instituto de la Universidad del País Vasco, que dirigió hasta el año 2000, incluso como profesor emérito (nombramiento que siguió a su jubilación en 1989) (2), pasando en el año 2000 a ser nombrado Director Honorario del mismo.

Formado igualmente en otras universidades de Centroeuropa (París, Padua y Cambridge, así como el Instituto Max-Planck de Friburgo de Brisgovia, en el que se le sigue recordando, junto con Marino Barbero Santos, como uno de los primeros visitantes españoles), «pero, en cierto sentido (...) reformado en Latinoamérica» (3), figura de perfil «universal», nada «unidimensional» y en modo alguno dispersa, sino «rectilínea» (4), caracterizada por su «inquietud religiosa, su gran curiosidad científica y su profunda preocupación por el hombre» (5) las aportaciones científicas de nuestro añorado maestro versan sobre las «cuatro patas» sobre las que, en sus propias palabras, se apoyaba su mesa de trabajo: «Derecho penal, Criminología, Victimología y Teología interconfesional» (6). Y es que, como él mismo recordara aludiendo a su evolución científica (7), habiendo partido de «un Derecho penal tradicional desconocedor de la Criminología y de la Victimología, tal como se acostumbraba en las oposiciones a cátedra, a finales de los años sesenta», superadas las oposiciones a Profesor Agregado fue cuando comenzó a prestar «atención a las nuevas orientaciones de la Ciencia penal abierta hacia la Política criminal, la

---

(2) *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro Homenaje al Profesor Antonio Beristain* (compilación con I. Dendaluze y E. Echeburua), Donostia-San Sebastián, 1989.

(3) GARCÍA ZAFRA, I., «Conversaciones», *cit.*, 06.c1:5.

(4) RUIZ VADILLO, E., «Prólogo» a BERISTAIN A. J., *De los delitos y de las penas desde el País Vasco (La Cátedra universitaria en la sociedad mediática)*, Madrid, 1998, p. 16.

(5) F. MUÑOZ Conde, «Prólogo» a BERISTAIN, A., *Cuestiones penales y criminológicas*, Madrid, 1979, p. 9.

(6) GARCÍA ZAFRA, I., «Conversaciones», *cit.*, 06.c1:4.

(7) «Resumen y agradecimiento desde el principio de humanidad», en A. Beristain, *Nueva Criminología desde el Derecho Penal y la Victimología*, Valencia, 1994, p. 16.

Criminología y la Victimología, sin olvidar la Ética», abocando finalmente «al puerto de una Criminología Victimológica desde (no contra) el océano del Derecho penal contemporáneo».

Los primeros trabajos del comienzo de su andadura académica aparecen muy influidos por la Nueva Defensa Social, a cuyo entendimiento de los fines de la pena dedicó su tesis doctoral. Seguidor crítico de este movimiento impulsado por Marc Ancel en Francia, su interés por el «delincuente concreto (...) sujeto pasivo de una pena, de un castigo que le hace sufrir y le priva de derechos fundamentales que en otras circunstancias se reconocen a cualquiera» (8), le lleva a propugnar una reforma radical del sistema penitenciario (9) que, respetando los estándares internacionalmente establecidos y sin merma de los derechos fundamentales de los condenados debe partir de la plena concienciación social del problema y de sus causas y orientarse plenamente en clave de resocialización y repersonalización de los internos. En esta misma línea se inscriben sus trabajos de aquella época contra la pena de muerte, en materia de delincuencia juvenil y sobre la multa o la inhabilitación, cuyas modalidades de ejecución respetuosas del principio de igualdad y virtualidades como vías alternativas a la pena privativa de libertad estudia con base en los ejemplos más destacados del Derecho comparado.

También su libro *Las Medidas Penales en el Derecho contemporáneo* es destacado exponente de la orientación científica de esta época en la que combinó contribuciones sobre los temas indicados con otras de corte plenamente dogmático, animando el debate científico con aportaciones fundamentales en relación, entre otras, con el finalismo, los delitos de peligro o el derecho penal del tráfico, para el que –sin renunciar a la culpabilidad en el caso de aplicación de sanciones penales (que no deberían objetivarse)–, atento a las necesidades de la realidad, propugna simultáneamente la búsqueda y desarrollo de otros medios más eficaces de prevención.

En realidad, el interés por el acercamiento a la realidad a la hora del análisis de las cuestiones penales, hacía tiempo que había ido aproximando a Beristain a la Criminología, cuyas líneas clínicas desarrolladas por el criminólogo vasco Jean Pinatel, durante largos años Presidente de la Sociedad Internacional de Criminología, conocía desde hacía tiempo. Además, en la década de los 70 la Criminología comenzaba a presentar nuevas corrientes, especialmente atractivas

---

(8) MUÑOZ CONDE, F., «Prólogo», *cit.*, p. 10.

(9) BERISTAIN, A., «Las cárceles no deben ser cementerios», *Revista de la Facultad de Derecho*, Univ. Católica Andrés Bello, núm. 16, Caracas, 1972-1973, pp. 216-235.

para un penalista convencido de que sólo una dogmática que no se agote en el puro análisis formalista de las normas penales y político-criminalmente bien inspirada puede llevar al Derecho penal por la vía de la justicia material y humanidad y contribuir a esa necesaria y más justa reconstrucción de las estructuras sociales que tanta importancia alcanzan en la criminalización y victimización. En este sentido, sus aportaciones acerca de las drogas (10) constituyen sin duda expresión de un momento clave en su evolución científica y, a partir de la fundación del Instituto Vasco de Criminología (1978), Beristain se convierte en uno de los principales promotores del desarrollo de la moderna Criminología en España.

Al igual que en lo penal también en el plano criminológico la obra científica de nuestro maestro brilla con luz propia. Desde la óptica criminológica son los problemas sociales más acuciantes los que atraen a Beristain, al resultar especialmente apropiados para reflexionar sobre el modelo de sociedad y su evolución. Así, junto al que Aranguren (11) denominó «crimen cálido» (los «terrorismos en plural: terrorismo por antonomasia, contraterrorismo paralelo y terrorismos ejercidos desde el aparato de poder del Estado») y su persecución, también se interesa por los delitos de la «gama fría» (12), los delitos económicos; en todo caso, esto no supone dejar abandonadas otras cuestiones centrales de la intervención penal como, por ejemplo, la eutanasia, la justicia penal y el jurado, el perdón como derecho fundamental de la persona, las instituciones de readaptación social, lo penitenciario o la delincuencia juvenil y de menores, en cuya reforma legislativa se compromete y participa personalmente insistiendo en su propuesta de repersonalización. Además, es desde la Criminología que Beristain –al que Caro Baroja califica de «hombre de Fe (con mayúscula)» y «también de buena fe» (13)– vuelve a retomar con fuerza el tema, que no abandonará ya, de las relaciones de la ciencia penal y criminológica con la teología y la religión, configurando «el problema penal» como «un problema moral que se abre a la religiosidad» (14).

---

(10) BERISTAIN, A., «Dimensiones histórica, económica y política de las drogas en la Criminología crítica», *Cuestiones penales y criminológicas*, Madrid, 1979, pp. 513-552.

(11) ARANGUREN, J. L. L., «Prólogo», a BERISTAIN, A., *Ciencia penal y Criminología*, Madrid, 1985, p. 13.

(12) ARANGUREN, J. L. L., *ibidem*, p. 13.

(13) CARO BAROJA, J., «Prólogo» a BERISTAIN IPIÑA, A., *De leyes penales y de Dios legislador (Alfa y Omega del control penal humano)*, Madrid, 1990, p. 21.

(14) ARANGUREN, J. L. L., «Prólogo», *cit.*, p. 17.



En cuanto a sus aportaciones en el campo Victimológico, nuevamente, a partir de la década de los noventa, la obra de Antonio Beristain destaca como pionera, irradiando progresivamente su preocupación por las víctimas en la doctrina de nuestro entorno más cercano, donde la toma en serio de las aportaciones de la Victimología ha comenzado a prender con fuerza entre estudiosos e investigadores. A juicio de Beristain, convertido en la última etapa de su vida «en el gran apóstol de la reparación» (15) la Victimología –como ciencia, multi, ínter y transdisciplinar-no vindicativa– está llamada a enriquecer la investigación y praxis del Derecho penal, la Criminología, la Política, la Sociología y la Filosofía. Es más, es la Victimología «el mejor instrumento para humanizar el derecho penal» (16) y hasta para llegar a construir ese algo mejor que el Derecho penal del que hablara Radbruch y al que tantas veces se refiriera en vida Antonio Beristain. En esta línea, en su último trabajo (todavía inédito) (17) y a partir del conocimiento victimológico formula y desarrolla su último sueño, muy alejado de ese «Derecho penal del enemigo que se opone radicalmente al núcleo de nuestra cultura, de nuestros principios y valores de *responsabilidad, de fraternidad y de solidaridad*» (18): la construcción de una nueva justicia: *la Justicia victimal*, una justicia «innovadora...» que

- «coloca en el centro a todas las víctimas (del poder, del delito, del terrorismo, del sistema policial, de los pobres... las personas discapacitadas) como protagonistas trascendentes»;
- «opta por las víctimas contra la visión tradicional a favor del delincuente»; y
- «considera las víctimas como las protagonistas (no como las vencidas), como las primeras (no como las últimas), en el significado evangélico».

Esta «justicia victimal (que supera el humanismo y el humanitarismo) crea un revolucionario –compasivo– Derecho público victimal (sin castigo), sin pena que pretende causarle daño al delincuente (...) En las antípodas del Derecho penal tradicional, innova y aplica sanciones protectoras, reparadoras y dignificadoras de las víctimas».

---

(15) GIMÉNEZ-SALINAS, E., «Prólogo» BERISTAIN, A., *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana (Evolución en el campo jurídico, penal, prisional y ético)*, Valencia, 2004, p. 17.

(16) GIMÉNEZ-SALINAS, E., *ibidem*, p. 18.

(17) BERISTAIN, A., «La religión genera violencia, más genera paz y justicia victimal. (Necesidad de Facultades de Teología en las Universidades)», inédito.

(18) BERISTAIN, S. J. A., «Ellacuría y el interés superior de la víctima», *Vida Nueva*, núm.2.684, 21 a 27 noviembre 2009, p. 41.

Desde su perspectiva victimológica, que nunca fue vindicativa (19), la propuesta de Antonio Beristain busca, en suma, «abolir el talante y el poder punitivo», esto es, «la teoría y la práctica vindicativa que imperan e impregnan desde hace siglos y actualmente el Derecho penal y la justicia penal», propugnando, esperanzadamente, su sustitución por el «paradigma reparador y reconciliador». Cierra el texto una actualización de los versos negadores del castigo que escribiera ya hace años referido a los niños y que ahora completa con una referencia al servicio (gratuito) a las víctimas:

*«A tu hermano nadie le puede castigar  
Sería un crimen, un holocausto. Ni Dios lo hace  
A tu hermano se le puede imponer (y facilitar)  
el servicio (trabajo gratuito),  
la reparación y dignificación de las víctimas»*

A partir de su interesante, atractiva y rica evolución, en la que –reconocía– «casi siempre he escrito contra alguien. Muy frecuentemente contra el Antonio Beristain de ayer» (20), cabe reconocer como característica de su obra científica el abordaje directo y sin miedo de las relaciones entre las ciencias jurídicas y las axiológicas y espirituales, así como de los puntos cardinales del Derecho penal, de la Criminología y de la Victimología: aquéllos donde la corrección de las soluciones científicas tradicionales encuentra a veces fuertes dificultades a la luz de criterios de justicia material, y siempre tomando como base aportaciones multidisciplinarias que permiten ver el fenómeno delincencial y la victimización desde nuevas perspectivas. Pero también es nota relevante, en particular de su última etapa, su contenido y perfil «transgresor» (21). Transgresión que se manifiesta ya en la propia «forma de terremoto epistemológico» de no pocos de sus escritos, dirigidos a desconcertar, a «quebrar nuestros límites para que meditemos libremente» erradicando la verdad indiscutible y «la “herejía” como concepto» y apelando a la fraternidad. Y es precisamente esta «apelación fraterna de Beristain» («nueva transgresión») lo que –para Zaffaroni– «le salva del irracionalismo y le permite moverse con sin-

(19) Ya en su tesis doctoral llegó al convencimiento de «que la sanción penal vengativa se opone radicalmente al evangelio». GARCÍA ZAFRA, I., «Conversaciones», *cit.*, 06.c1:3.

(20) *Ibidem*, 06.c1:6.

(21) ZAFFARONI, E. R., «Prólogo» a A.Beristain, *Nueva Criminología...*, *cit.*, p. 10.

gular maestría y comodidad sobre su hilo» en esa incesante búsqueda de la utopía superadora de la injusticia e inhumanidad (22).

Profundamente convencido de la importancia del axioma fundamental de humanidad –para el Derecho penal, para la Criminología (23) y para la política criminal (24)–, humanista activamente comprometido contra las situaciones injustas y en favor de los derechos humanos, sufrió por ello importantes dificultades personales: durante el franquismo por su lucha contra la pena de muerte y su defensa de los derechos de los presos; en la última etapa de su vida por su combate frontal contra los diversos perfiles de la macrovictimización terrorista (en particular, la del terrorismo etarra). Su labor de promoción del voluntariado penitenciario, y con las víctimas... son otras tantas manifestaciones de la viveza de espíritu, que caracterizó su vida y de su compromiso por la construcción de una sociedad mejor, al servicio de los menos favorecidos y de las víctimas (25).

En el plano docente, con sus posiciones no pocas veces polémicas, aunque siempre abiertas al debate científico, y con su esfuerzo en la búsqueda de un sistema penal más humano, centrado en la repersonalización del delincuente y en la satisfacción de las víctimas, la influencia de Antonio Beristain es, sin duda, fundamental. Son muchas, en efecto, las promociones de alumnos universitarios que recibieron directamente sus enseñanzas, en Deusto, Valladolid, Madrid, Oviedo, en la Facultad de Derecho de San Sebastián, en la Academia de la Policía Vasca (*Ertzaintza*), en Arkaute, en los centros de formación de no pocas policías municipales y sobre todo, en las aulas del IVAC-KREI, que él mismo fundara. Y qué decir de los que llenaban las salas donde impartía sus conferencias...

Tampoco aquí la labor de este singular maestro dejó a nadie indiferente. Insiste la sabiduría oriental cómo el verdadero maestro más que transmitir el conocimiento erudito que sabe y ha aprendido, se esfuerza en «despertar» al discípulo, en acompañarle y servirle de

(22) ZAFFARONI, E. R., *ibidem*, pp. 9 ss.

(23) BERISTAIN, A., «Axiomas fundamentales de la Criminología ante la globalización y la multiculturalidad», *Eguzkilore*, 17, 2003, pp. 89 ss.

(24) BERISTAIN, A., «Resumen», *cit.*, pp. 13 ss. J. L. de la Cuesta, «El principio de humanidad en Derecho Penal», *Eguzkilore*, XXX Aniversario de la Fundación del IVAC/KREI. Homenaje a nuestro fundador el Profesor Dr. Dr. h.c. Antonio Beristain, núm. 23, 2009, pp. 209-225.

(25) Dice D. Enrique Ruiz Vadillo en el «Prólogo», *cit.*: «si al profesor Beristain no le encontramos en los lugares donde habitualmente imparte sus enseñanzas, busquémosle allí donde haya una mayor necesidad, en aquel punto donde estén situados los más huérfanos de cariño y de atención, los más desasistidos económica y socialmente..., y allí estará» (p. 15).

apoyo en su búsqueda particular de la verdad, provocando el cuestionamiento profundo de lo no cuestionado, el afán por el descubrimiento de nuevos perfiles que nos permitan entender la realidad. Pues bien, Antonio Beristain, buen conocedor de la teoría penal, criminológica y victimológica, se mostraba en general poco preocupado por repetir en clase conocimientos fácilmente accesibles a través de los materiales bibliográficos y prefería esforzarse en empujar al estudiante a «despertar el afán por la búsqueda de la verdad» (26), a descubrir «la cara oculta de la Luna». Volcado en su afán de suscitar la rebeldía frente a la injusticia, las clases de Beristain eran ciertamente distintas, al sustituir el monólogo desde la cátedra por la permanente provocación al diálogo y el contraste de posiciones (27) en torno a cuestiones candentes en el plano penal, criminológico y victimológico.

En cuanto a su tarea al frente del Instituto Vasco de Criminología, no puede entenderse menos fecunda y trascendente. Ahí están las promociones del Master, y Diploma de Criminología, la colección de Eguzkilore, los numerosos cursos, seminarios, jornadas, coloquios y reuniones científicas organizadas. Además, en el seno del Instituto y del Centro Internacional de Investigación sobre la Delincuencia, la Marginalidad y las Relaciones Sociales, creado por Convenio entre la Sociedad Internacional de Criminología y la UPV/EHU, el Profesor Beristain lideró durante décadas la tarea investigadora y dirigió múltiples tesis doctorales y trabajos investigadores, habiendo formado a gran parte de los profesores e investigadores que desarrollan en la actualidad su actividad docente e investigadora en el área penal y criminológica en el País Vasco.

Como es lógico, la trayectoria académica de Antonio Beristain encontró importantes reconocimientos al más alto nivel en el marco internacional, donde participó en importantes organismos científicos.

Invitado a múltiples Conferencias, Congresos y Reuniones de Expertos del Consejo de Europa y de Naciones Unidas, fue Miembro del Consejo de Dirección de la Sociedad Internacional de Criminología, Miembro del *Beirat* del *Internationales Dokumentations- und Studienzentrum für Jugendkonflikte* (Wuppertal, Alemania), Correspondant de la *Revue de Science criminelle et de droit pénal comparé* (París), de la *Revue de droit pénal et de criminologie* (Bruselas), 1976-2001, Miembro correspondiente de la Sociedad Mexicana de Criminología, Miembro correspondiente del Instituto de Derecho Penal Comparado

---

(26) GARCÍA ZAFRA, I., «Conversaciones», *cit.*, 06.c1:4.

(27) ATIENZA, M., «Mi profesor de Derecho Penal», en *Antonio Beristain Ipiña, S. J., In Memoriam 1924-2009*, Instituto Vasco de Criminología-Kriminologiaren Euskal Institutua, 2010, pp. 27-29.

de la Universidad Católica de La Plata (Argentina), Académico Correspondiente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, Socio Titular de la *Sociedade Sul-Río-Grandese de Criminología* (Brasil), Fundador y Director de la Revista Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología y Profesor consulto extranjero del Doctorado en Derecho de la Universidad John F. Kennedy (Buenos Aires, Argentina).

Antonio Beristan era Doctor Honoris Causa por la Universidad de Pau y Países del Adour (Francia) (1977) y por la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Buenos Aires (Argentina) (2005). En cuanto a otros reconocimientos merecen destacarse:

– la Medalla de *The Hebrew University of Jerusalem* (1973), la Medalla de Mérito Criminológico de la *Sociedade Brasileira de Criminología e Ciencia Penitenciaria* (1980), la «Medalla Santo Ivo» otorgada por el Egregio *Conselho Superior de la Fraterna Ordem di Christo* (1980), la Medalla al Mérito Social Penitenciario (1994), la Medalla Félix Restrepo, S.J., de la Pontificia Universidad Javeriana (Colombia) (2001), la Gran Cruz de la Orden de San Raimundo de Peñafort (2001);

– los premios siguientes: Premio Hermann Mannheim de Criminología Comparada (1993), X Premio de Convivencia de la Fundación Profesor Manuel Broseta (2002), II Premio Internacional Covite, otorgado por el Colectivo de Víctimas del Terrorismo en el País Vasco (2003), V Premio de la Fundación José Luis López de Lacalle (2005), Premio «Derechos Humanos 2005», instituido por el Consejo General de la Abogacía Española (2006), III Premio de Convivencia Cívica Catalana (2007), XII Premio Gregorio Ordóñez (2009).

Tres Cátedras Universitarias españolas llevan su nombre:

– la Cátedra «Antonio Beristain» de Estudios sobre el Terrorismo y sus Víctimas, creada por el Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» de la Universidad Carlos III de Madrid (2006) (28),

– la Cátedra Internacional de Victimología «Antonio Beristain», instituida por la Universidad de Murcia y la Fundación Victimología, Murcia (2008) (29); y

– la Cátedra Antonio Beristain (30), creada en 2010 como un departamento específico en el seno del Instituto Vasco de Criminolo-

(28) <http://catedravt.idhbc.es/>

(29) <http://www.funvic.org/paginas/catedra/index.htm>

(30) <http://www.ehu.es/catedra-antonioberistain>. En el seno del IVAC-KREI la responsable de la «Cátedra Antonio Beristain» es la Dra. Virginia Mayordomo Rodrigo, Profesora Agregada de Derecho Penal y Secretaria Académica del Instituto.

gía-Kriminologiaren Euskal Institutua, con objeto de perpetuar su memoria, así como proseguir su labor a favor de las víctimas a las que dedicó con mayor intensidad la última etapa de su vida universitaria.

Somos muchos los que nos sentimos muy afortunados de haber conocido a Antonio Beristain, de haber podido seguir de cerca su labor y admirar su «humanismo vivificador» (31), de haber disfrutado de su magisterio, de sus atenciones, de su apoyo en tantas situaciones académicas, familiares, personales... En nombre de todos ellos y de cuantos integramos el Instituto Vasco de Criminología que él fundó y por el que trabajó de manera impar, tenaz e infatigable, queremos manifestar nuestro más emocionado recuerdo a esta figura señera del Derecho penal, la Criminología y la Victimología.

---

(31) LONDOÑO JIMÉNEZ, H., «Prólogo» a BERISTAIN, A., *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, 1986.

## Cursos causales irregulares e imputación objetiva (1)

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

*Dedicado a la memoria de Juan Bustos Ramírez*

### RESUMEN

*El presente trabajo estudia que solución hay que dar a aquellos supuestos en los que, a consecuencia de una acción inicial dolosa o imprudente que causa una lesión, se desencadena, en función de un curso causal irregular, como lo es la intervención dolosa o imprudente de un tercero o de la propia víctima, o una predisposición física desfavorable de ésta, un resultado de muerte o de lesiones más graves que las originariamente inferidas.*

Palabras clave: *Causalidad, teorías causales, dolo, imprudencia, error sobre el curso causal, tentativa, desistimiento, imputación objetiva, previsibilidad.*

SUMARIO I. Introducción.–II. Los distintos grupos de casos. A. Acción inicial dolosa. B. Acción inicial imprudente.–III. Criterios doctrinales para resolver los supuestos de cursos causales irregulares. A. Criterios aplicables cuando es un tercero quien, con su comportamiento antijurídico, se ha interpuesto entre la acción del causante primario y el resultado final. 1. El criterio de que al autor primario hay que imputarle objetivamente el resultado final si la conducta antijurídica del secundario ha consistido en una omisión, mientras que debe excluirse la imputación objetiva cuando ese autor secundario ha realizado una acción. 2. El criterio de la imprudencia grave. 3. La teoría de la continuidad de Puppe. 4. La teoría del «peligro prototipo» («Modellgefahr»). 5. La teoría ecléctica de Roxin.

---

(1) El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto I+D del Ministerio español de Educación y Ciencia SEJ2006-06594/JURI, proyecto del cual soy el investigador principal. Este trabajo es una versión muy ampliada de otro destinado al Libro en Memoria de Juan Bustos, que edita Hernán Hormazábal.

B. Criterios aplicables cuando es la propia víctima quien, con su comportamiento doloso o imprudente, se ha interpuesto entre la acción del causante primario y el resultado final.—IV. Los distintos grupos de casos de cursos causales irregulares y su solución. A. Casos en los que la acción inicial es dolosa. 1. Cursos causales irregulares en los que el primer autor ejecuta una acción con la intención de matar que se materializa en unas heridas que ponen en peligro la vida de la víctima, contribuyendo a la muerte final también la intervención dolosa o imprudente de un tercero, de la propia víctima o de personas de su entorno. a) Supuestos en los que la intervención posterior es de un tercero, con exclusión de la propia víctima o de personas de su entorno. aa) La cuestión en la jurisprudencia. bb) Toma de posición. aaa) Introducción. bbb) Regla general derivada de la regulación de la tentativa en el Código Penal. ccc) Excepción a la regla general cuando entra en conflicto con el principio del fin de protección de la norma. ddd) Traslación de los resultados obtenidos a este caso particular de curso causal irregular. eee) Conclusiones. b) Supuestos en los que la intervención posterior dolosa o imprudente es de la propia víctima o de personas de su entorno. aa) Introducción. bb) Intervención dolosa posterior de la propia víctima. cc) Intervención imprudente posterior de la propia víctima o de personas de su entorno. aaa) La cuestión en la doctrina científica. Remisión a otro lugar. bbb) La cuestión en la jurisprudencia. ccc) Toma de posición. 2. Cursos causales irregulares en los que el primer autor ejecuta una acción con intención de lesionar, pero no de matar, que se materializa en unas lesiones que no ponen en peligro la vida de la víctima, contribuyendo al agravamiento de la lesión originaria o de la muerte final la intervención dolosa o imprudente de la víctima y/o de una tercera persona o la predisposición física desfavorable de la propia víctima. a) Introducción. b) La situación anterior a la entrada en vigor de la L. O. 9/1983 de 25 de junio. c) La situación posterior a la entrada en vigor de la L. O. 9/1983, de 25 de junio. aa) introducción. bb) La imposibilidad jurídica de condenar al autor en estos casos por un homicidio doloso consumado. cc) La combinación dolo-imprudencia. dd) La combinación dolo directo-dolo eventual. ee) La combinación dolo-caso fortuito. ff) Conclusiones. 3. Cursos causales irregulares en los que el primer autor ejecuta una acción con la intención de matar, que se materializa en unas lesiones que no ponen en peligro la vida de la víctima, contribuyendo al agravamiento de la lesión o a la muerte final la intervención dolosa o imprudente posterior de un tercero, incluyendo a la propia víctima, o bien la predisposición física desfavorable de ésta. B. Casos en los que la acción inicial es imprudente. 1. Introducción. 2. Solución a los supuestos en los que la intervención ulterior de terceros o de la víctima es dolosa. Remisión a otros lugares. 3. Lesión imprudente causada por el primer autor que se ve agravada, o que conduce a la muerte, a consecuencia de la intervención imprudente de terceros o de la víctima, o de la predisposición física desfavorable de ésta. a) Introducción. b) Lesiones imprudentes no potencialmente letales que derivan en otras más graves o en la muerte de la víctima por la posterior intervención imprudente de otra persona o por la predisposición física desfavorable de aquélla. aa) Lesiones imprudentes no letales que derivan en un resultado más grave (lesiones más graves o muerte) cuando, en el caso de que la acción inicial hubiera sido dolosa, el primer autor doloso no habría respondido de ese resultado más grave, por tratarse de uno imprevisible para aquél. aaa) La cuestión en la jurisprudencia. bbb) Toma de posición. bb) Lesiones imprudentes no letales que derivan en un resultado más grave (lesiones más graves o muerte) cuando en el caso de que la acción inicial hubiera sido dolosa, el primer autor habría respondido también, por tratarse de uno previsible, de ese resultado más grave a título de imprudencia. cc) Lesiones



imprudentes potencialmente letales que, en un proceso causal irregular, conducen a la muerte de la víctima. aaa) La cuestión en la jurisprudencia. bbb) Toma de posición.–V. Consideraciones finales: Previsibilidad e imputación objetiva. VI. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN

Cuando un primer autor lesiona dolosa o imprudentemente a su víctima, y ésta muere o sufre lesiones más graves de las inicialmente inferidas como consecuencia del posterior comportamiento doloso o imprudente de la propia víctima o de un tercero (sea éste un particular o el sanitario que atiende al lesionado), o por la predisposición física desfavorable de la víctima, tanto la jurisprudencia como la doctrina han tenido que enfrentarse, desde siempre, con el problema de si el primer causante debería responder o no por el agravamiento de las heridas o, en su caso, el fallecimiento de la víctima.

Hasta la irrupción de la teoría de la imputación objetiva este grupo de casos se trataba bien dentro de marco de la relación de causalidad, bien del del error sobre el curso causal –al menos parcialmente, cuando la acción inicial era dolosa–.

Dentro del marco de la relación de causalidad, y si se quería limitar de alguna manera la responsabilidad del primer causante, se aplicaban doctrinas causales discrepantes de la de la condición (para ésta, en todos estos supuestos había que imputar, en principio, el resultado más grave al primer causante, ya que éste, indubitadamente, había condicionado ese resultado), como las individualizadoras, la de la adecuación, la de la interrupción del nexo causal o la jurisprudencial española de la consecuencia natural (2).

La segunda manera de abordar el problema es el de tratar de resolverlo dentro de la teoría del error y, más concretamente, de la del error sobre el curso causal (3). Según esta dirección doctrinal, lo decisivo para determinar si al primer causante de una lesión producida con

---

(2) Sobre estas teorías causales discrepantes de la de la condición, cfr. ya Gimbernat, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 1990 (reimpresión de la 1.<sup>a</sup> ed. de 1966), pp. 25 ss., 91 ss. = reimpresión argentina de BdF, 2007, pp. 3 ss., 87 ss.

(3) Este era el tratamiento absolutamente dominante al que, durante mucho tiempo, se sometían estos supuestos cuando la acción inicial lesiva se había realizado *dolosamente* y *con ánimo de matar*: cfr., por todos, MAURACH, AT, 4.<sup>a</sup> ed., 1971, § 23 III 2.

ánimo de matar se le debería hacer responsable por el resultado más grave de muerte, cuando entre la acción inicial lesiva y el fallecimiento de la víctima se había interpuesto, por ejemplo, un tratamiento médico defectuoso de la herida, sería examinar si el autor había abarcado o no con su dolo el curso causal tal como éste tuvo lugar en la realidad: si el asesino quería matar a la víctima de un tiro en la cabeza y éste salía algo desviado e impactaba en el corazón de aquélla, matándola, entonces habría abarcado con su conocimiento el curso causal en sus rasgos esenciales y, por ello, debería responder de la muerte producida; en cambio, si la herida, por muy grave que fuera, había desembocado en el fallecimiento del agredido porque el médico que atendía al herido había incurrido en una imprudencia imperdonable – por ejemplo: había transfundido sangre de un grupo sanguíneo incompatible con el del paciente –, entonces el primer causante sólo respondería de una tentativa de homicidio, y el médico de un homicidio imprudente, dado que entre el proceso causal representado por el agresor inicial y el proceso causal real, en el que la muerte ha sido consecuencia de la transfusión errónea, existiría una desviación esencial que excluiría el dolo.

Como la doctrina prácticamente unánime se inclina a favor de la teoría de la condición (4), desde hace mucho tiempo se ha rechazado que el problema que nos ocupa pueda resolverse dentro del marco de la causalidad con teorías discrepantes de la de la equivalencia de las condiciones. Por otra parte, un sector creciente de la doctrina estima que estos casos no deben ser tratados tampoco como supuestos de error en su caso excluyente del dolo (5), sino como problemas que hay que resolver sobre la base de la teoría de la imputación objetiva. Estoy de acuerdo con esta última dirección doctrinal (6), entre otras razones

---

(4) La teoría de la *conditio sine qua non* –como teoría causal– es ahora unánime en la jurisprudencia del TS, que empieza a inclinarse por ella a partir de los años 80 del pasado siglo: cfr., por todas, STS de 5 de abril de 1983, A. 2242: «La concurrencia o no de causalidad es algo empíricamente constatable, a determinar según los métodos de las ciencias naturales, y ésta es la base de la teoría de la equivalencia de condiciones». En la doctrina, cfr. sólo CEREZO, PG II, 1998, p. 58, y SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER/EISELE, StGB, 27 ed., 2006, antes de los §§ 13 ss. nn. mm. 73 ss., ambas obras con numerosas y ulteriores indicaciones.

(5) Por lo demás, la aplicación de la doctrina sobre el error esencial sobre el curso causal sólo sería aplicable a los supuestos en que la acción inicial fue *dolosa* y se ejecutó *con intención de matar*, pero no a aquellos otros en los que tuvo carácter imprudente, por ejemplo: el automobilista atropella imprudentemente a un peatón, que sufre gravísimas heridas, falleciendo éste a consecuencia también de un grave error médico.

(6) En la que hay que incluir, por ejemplo, a MARTÍNEZ ESCAMILLA, La imputación objetiva del resultado, 1992, pp. 315 ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, en Gimbernat/Schünemann/Wolter (edt.), Omisión e imputación objetiva, 1994, pp. 94 ss.;

porque, como expondré más adelante (infra IV A), la aplicación de la teoría del error sobre el curso causal lleva a consecuencias equivocadas, en cuanto que eximiría de responsabilidad por la muerte a sujetos a los que, en realidad, esa muerte les debe ser imputada.

## II. LOS DISTINTOS GRUPOS DE CASOS

En mi opinión, dentro de la denominación *general* de cursos causales irregulares hay que distinguir, porque la solución a los mismos debe ser estudiada de una manera diferenciada, dos grupos de casos: aquellos en los que la acción inicial lesiva es dolosa y aquellos otros en los que es imprudente. A su vez, dentro de esta primera gran división hay que proceder a ulteriores subdivisiones.

### A. Acción inicial dolosa

1. Acción inicial dolosa de *matar* que se materializa en una *heridas que ponen en peligro la vida de la víctima*, contribuyendo a la muerte final también la intervención dolosa o imprudente de un tercero (o de la propia víctima).

2. Acción inicial dolosa de *matar* que se materializa en unas *heridas que no ponen en peligro la vida de la víctima*, produciéndose la muerte, no obstante, por la conducta antijurídica posterior de un tercero (bien sea un particular, bien pertenezca a la profesión sanitaria) o de la misma víctima.

3. Acción inicial dolosa de *lesionar*, que tampoco pone en peligro la vida de la víctima, y que –igualmente por la conducta posterior antijurídica de un autor secundario o de la víctima, o por la predisposición física desfavorable de ésta–, desemboca en una lesión más grave de la prevista o en la muerte del lesionado.

---

SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER/EISELE, *op. cit.*, 2006, antes de los §§ 13 ss. nn. mm. 95/96; y a ROXIN, *Chengchi Law Review* 1994, pp. 223-224, y AT, 4.<sup>a</sup> ed., 2006, § 12 nn. mm. 151 ss. («Por consiguiente, la doctrina del error no es competente para los procesos causales imprevisibles», § 12 n. m. 152). Ulteriores indicaciones sobre los autores que estiman que los problemas que antes se pretendía solucionar con la teoría del error esencial sobre el curso causal deben ser abordados con la de la imputación objetiva en HIRSCH, *Lenckner-FS*, 1998, p. 124 n. 21 e infra III. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, pp. 455 ss., niega también que estemos ante un problema de dolo (de error sobre el curso casual), si bien tampoco es de imputación objetiva, sino de comportamiento típico.

A favor todavía de la tesis tradicional de que si la acción inicial es dolosa estaremos ante una cuestión que ha de resolverse con la teoría del error sobre el curso causal, HIRSCH, *Lenckner-FS*, 1998, pp. 124/125.

## B. Acción inicial imprudente

1. Acción inicial imprudente del autor primario que causa *lesiones gravísimas* (por ejemplo, el automovilista atropella negligentemente a un peatón produciéndole unas lesiones que ponen en riesgo su vida), que finalmente conducen a la muerte porque entre aquella acción inicial y la muerte se ha interpuesto el comportamiento doloso o imprudente de una tercera persona o de la víctima, o la predisposición física desfavorable de ésta

2. Acción inicial imprudente del autor primario, que causan a la víctima lesiones *que no ponen en peligro su vida*, produciéndose la muerte, no obstante, porque a ella ha contribuido la actuación dolosa o imprudente de un autor secundario, que puede ser también la propia víctima, o la predisposición física desfavorable de ésta.

## III. CRITERIOS DOCTRINALES PARA RESOLVER LOS SUPUESTOS DE CURSOS CAUSALES IRREGULARES

Bien en referencia a todos los casos que acabo de describir en el apartado anterior –acción inicial dolosa o acción inicial imprudente con todas sus correspondientes subdivisiones–, bien en referencia tan sólo a alguno o a algunos de esos casos, la doctrina científica ha ido estableciendo distintos criterios que deberían ser los que decidiesen si el resultado final era o no objetivamente imputable al autor primario. A continuación paso a describir cuáles son tales criterios.

### A. Criterios aplicables cuando es un tercero quien, con su comportamiento antijurídico, se ha interpuesto entre la acción del causante primario y el resultado final

1. EL CRITERIO DE QUE AL AUTOR PRIMARIO HAY QUE IMPUTARLE OBJETIVAMENTE EL RESULTADO FINAL SI LA CONDUCTA ANTIJURÍDICA DEL SECUNDARIO HA CONSISTIDO EN UNA OMISIÓN, MIENTRAS QUE DEBE EXCLUIRSE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA CUANDO ESE AUTOR SECUNDARIO HA REALIZADO UNA ACCIÓN

Según Rudolphi (7), «[e]s posible, en primer lugar, que la lesión del deber del médico consista en la no evitación de una muerte que

(7) JuS 1969, p. 556. En idéntico sentido el mismo, SK 2005, antes del § 1 n. m. 74.

amenaza a consecuencia de la lesión primaria. El médico, por ejemplo, infringiendo su deber, no trata médicamente en absoluto al herido en accidente u omite aplicar determinados métodos de curación prometedores de un éxito terapéutico, de tal manera que las lesiones primarias producen finalmente la muerte ...— Otra cosa sucede cuando el médico, en sus esfuerzos de curación, coloca el mismo la causa de la muerte, por ejemplo, causa la muerte con una anestesia demasiado intensa. Si en ese supuesto, y no obstante, el médico actúa conforme a la *lex artis*, en tal caso la muerte producida del lesionado por el accidente debe ser imputada al lesionador primario. Esto debería estar fuera de discusión. De otra manera hay que decidir cuando el médico coloca la causa de la muerte al no observar la *lex artis* médica. En este caso la muerte ya no se presenta como una ulterior realización del peligro antijurídico realizado en la lesión primaria, sino como la realización de la posibilidad —no desaprobada jurídicamente— de que el lesionado por el accidente muera a consecuencia de un comportamiento del médico contrario al deber. Pero el lesionador primario no está obligado jurídicamente a tener en cuenta esa posibilidad al tomar la decisión de actuar. Por el contrario, debe confiar —al no existir indicios especiales que apunten a una conducta del médico contraria al deber— en que éste se comportará conforme a Derecho. Con ello, en tales casos hay que negar la existencia de un injusto imprudente, independientemente de si hay que imputar al médico un fallo técnico grave, medio o leve».

Este criterio de Rudolphi de que la *omisión* antijurídica del autor secundario dejan intacta la imputación objetiva del primario, mientras que la *acción* del tercero la excluye, ha encontrado tanto seguidores como detractores.

En el mismo sentido que Rudolphi se han manifestado, por ejemplo, Frisch, quien imputa el resultado al autor primario —independientemente, por supuesto, de la responsabilidad que le pueda corresponder al secundario—, incluso aunque la omisión de éste sea dolosa (8); en cambio, si entre la lesión primaria y el resultado más grave, por ejemplo: de muerte, se interpone una negligencia médica *activa*, con ello se crea un nuevo riesgo que «sobrepasa» al primario, quedando excluida la imputación del resultado a este último: ello es lo que sucede «cuando, en el transcurso de la operación, se incurre en una incisión errónea que lleva a la muerte a consecuencia de una hemorragia, cuando se administran medicamentos que están contraindicados y que, por ello, producen la muerte, cuando a consecuen-

---

(8) Cfr. 1988, pp. 432/433.

cia de una anestesia equivocada se produce una parada cardíaca irreversible, etc.». Según Frisch, en tales supuestos no se puede imputar el resultado al primer autor, porque tales errores letales pueden acontecer también en operaciones en las que no existía, en principio, ningún riesgo para la vida, como lo pueden ser las intervenciones de cirugía estética (9). Bolea ha de incluirse también en la misma dirección doctrinal cuando afirma (10): «el primer agente no responderá por el resultado consumado cuando el comportamiento del tercero, imprevisible *ex ante*, consiste en una acción que introduce un riesgo nuevo que, concretándose en el resultado, sustituya al riesgo inicial, con independencia de que, desde un plano jurídico-penal, la creación de este nuevo riesgo se considere o no imprudente (11). Por el contrario, se imputará el resultado al primer agente, si la intervención del tercero, o su falta de intervención, no evita que el riesgo creado en primer lugar se realice en el resultado, ya sea previsible o imprevisible *ex ante*» (12). Feijoo (13) también mantiene la tesis de que si el médico omite (dejando que el peligro ínsito en la primera lesión siga su curso), entonces el resultado letal se le debe imputar al autor primario, mientras que éste no respondería de ese resultado si el comportamiento del médico ha sido activo, si bien excluye también la responsabilidad del primer autor en supuestos de omisión, cuando ésta «resulta absolutamente imprevisible» (14) y es reconducible «a que aspectos evidentes de nuestro sistema de cobertura sanitaria fallan estrepitosamente y de forma que en modo alguno cabe esperar» (15).

De la misma opinión –imputación objetiva al autor primario si el secundario omite (bien porque *no hace nada*, bien porque siendo un médico *no aplica las medidas terapéuticas adecuadas*, sino otras inadecuadas para alcanzar la sanación), exclusión de esa imputación

(9) Cfr. *op. cit.*, p. 437. Sobre la posición de FRISCH, cfr., en general, *op. cit.* pp. 441 ss.

(10) ADPCP 1994, p. 384.

(11) BOLEA, ADPCP, p. 384 n. 24, acude al ejemplo de «la utilización por parte del cirujano de un bisturí que no ha sido debidamente desinfectado, provocando así una infección que determina la muerte del paciente».

(12) BOLEA, ADPCP 1994, p. 384 n. 25 acude aquí al ejemplo de «la omisión de tratamiento derivada de un error de diagnóstico que determina la no salvación de la víctima».

(13) Homicidio y lesiones imprudentes: requisitos y límites materiales, 1999, pp. 144 ss.

(14) FEIJOO, *op. cit.*, p. 148.

(15) *Op. cit.*, p. 151.

al primario cuando el secundario interviene *activamente*— es, entre otros, Schmoller (16).

Como se ha podido deducir de las citas de los defensores de esta teoría, su fundamento reside en que, si se deja que la lesión inicial siga su curso, y desemboca, por ejemplo, en la muerte de la víctima, en realidad aquí se ha realizado el peligro —no evitado— contenido en la primera agresión, por lo que el resultado más grave debe ser imputado al primer autor, mientras que si hay una intervención activa posterior —por ejemplo, del médico—, éste crea con ello un *nuevo riesgo*, distinto del inicial y, por ello, al primer causante sólo se le debe imputar la agresión inicial, pero no el resultado final reconducible a ese nuevo riesgo (17).

Contra el criterio omisión-acción del tercero como determinante para la imputación o no imputación objetiva del resultado más grave al primer causante se han pronunciado, entre otros, Burgstaller (18), Otto (19), Puppe (20) y Walter; este último objeta lo siguiente: «Inquirir si el segundo comportamiento deja vía libre a un riesgo, que ya existe, o coloca un nuevo riesgo, supone constreñir ilegítimamente el supuesto de hecho. Si el autor lesiona a la víctima con un arma blanca en el pecho, con ello no sólo crea el riesgo de que la víctima pudiera fallecer por esa herida, sino que aumenta adicionalmente, al mismo tiempo y prácticamente, el grado de posibilidad de que una pifia médica mate al paciente» (21).

## 2. EL CRITERIO DE LA IMPRUDENCIA GRAVE

a) Según esta tesis, si la imprudencia de, por ejemplo, el médico que atiende al herido es grave, entonces el resultado final no se le puede imputar al primer causante, mientras que, si la imprudencia del tercero es media o leve, de dicho resultado final debe responder el primer causante.

(16) V. Triffterer-FS, 1998, pp. 232 ss. SCHMOLLER, como FRISCH (cfr. supra n. 7), mantiene que «[i]ncluso una (mera) no evitación dolosa del resultado no interrumpe la imputación al primer causante, porque en este caso también se realiza sin restricciones el riesgo originario» (p. 232).

(17) V., por ejemplo, SCHMOLLER, 1996, p. 236: «lo mismo rige [exclusión de la imputación objetiva al primer causante] cuando un médico comete un error contra la *lex artis* tan grave, que éste podría haber conducido igualmente a un correspondiente grave daño en una lesión completamente inocua o en una exploración rutinaria».

(18) V. Jescheck-FS, 1985, p. 365.

(19) Cfr. Wolff-FS, 1998, pp. 409/410.

(20) Cfr. AT I, 2002, § 5 n. m. 25; y NK, 2.<sup>a</sup> ed., 2005, antes del § 13 n. m. 252 («esta distinción [acción-omisión] es demasiado superficial»).

(21) WALTER, LK, 12 ed., 2007, antes del § 13, n. m. 107.

En este sentido se ha manifestado, en la jurisprudencia alemana, por ejemplo, una sentencia de 1958 del Tribunal Superior de Justicia de Celle (22).

En la doctrina, esta tesis de que sólo la imprudencia grave –pero no la intermedia o leve– del tercero excluye la imputación objetiva del resultado final al autor primario, está relativamente extendida. La defienden, entre otros: Otto (23), Burgstaller (24), Jakobs (25), Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele (26), Walter (27), Frister (28) y Kühl (29).

Contra este criterio de la gravedad de la imprudencia del tercero se manifiesta, naturalmente, aquel sector de la doctrina para el que lo decisivo es si el comportamiento del autor secundario fue omisivo –en

(22) Reproducida en NJW 1958, p. 271: en este caso se le hace responder al automovilista causante imprudentemente de la lesión inicial por el resultado final mortal en el que intervino un médico actuando con una imprudencia *leve*. Según el tribunal alemán, «sólo un fallo técnico *grave* del médico ... se opondría a la responsabilidad juridicopenal [del automovilista por la muerte de la víctima], porque tal fallo, en el estado actual de la formación médica, no se encuentra, en circunstancias normales, “dentro del marco de la experiencia habitual conocida por el autor”, sino fuera “de lo esperable, según el proceso normal de las cosas”. Por el contrario, hay que contar con fallos técnicos leves o intermedios, teniendo en cuenta la imperfección de la capacidad humana de conocimiento y de acción; las consecuencias que tienen esa causa no se encuentran fuera del proceso habitual de las cosas» (cursiva añadida).

(23) Cfr. NJW 1980, pp. 419, 422; Jura 1992, p. 98; Wolff-FS, 1998, pp. 409/410: «Un comportamiento gravemente imprudente no supone –hasta ahora– algo típico de las acciones médicas de salvación. Por ello, lo razonable es atribuir sólo al médico la responsabilidad por las consecuencias. Por el contrario, la posibilidad de un comportamiento imprudente está encerrada en cualquier acción de salvación [médica]. A la conformación con tal comportamiento de la situación de hecho no le corresponde, por consiguiente, el rango de una nueva conformación de la situación, sino que, por el contrario, se realiza en el ulterior desarrollo de la situación de riesgo la puesta en peligro del “primer autor” y del “segundo autor”».

(24) Cfr. Jescheck-FS, 1985, pp. 364/365: la imprudencia grave del autor secundario excluye la imputación objetiva del resultado más grave al autor primario, tanto si ese autor secundario es un tercero como la propia víctima (cfr. pp. 367/368, 370), con tal de que, sin tal imprudencia, el resultado final no se hubiera producido con una probabilidad rayana en la certeza (cfr. pp. 370, 371, 372).

(25) Cfr. La imputación objetiva en Derecho penal, 1996, pp. 188/189: la imputación objetiva queda excluida en caso de dolo o de error craso del médico. V. también AT, 2.ª ed., 1991, 7/55: imputación objetiva al primer causante si el médico comete un «fallo ocasional», exclusión de aquélla cuando «el médico se comporta de manera irrazonable en alto grado».

(26) V. StGB, 2006, antes de los §§ 13 ss. n. m. 102.

(27) V. LK, 2007, antes del § 13 n. m. 10.

(28) V. AT, 3.ª ed., 2008, 10/26.

(29) Cfr. AT, 6.ª ed., 2008, 4/68.



tal caso existe imputación objetiva al primer autor— o activo —en tal caso, sea la que sea la clase de imprudencia, queda excluida la imputación objetiva del autor primario (30)–.

La distinción: imprudencia grave–imprudencia intermedia o leve, para determinar la imputación objetiva al primer causante es rechazada también por otros autores como Frisch (31), Martínez Escamilla (32), Jescheck/Weigend (33) y Puppe (34).

### 3. LA TEORÍA DE LA CONTINUIDAD DE PUPPE

Como he expuesto recientemente en otro lugar (35), Puppe, en la relación de imputación objetiva, acude, para determinar si hay que afirmarla o negarla, a lo que ella denomina el «requisito de continuidad [de los elementos no permitidos en la acción inicial]». Aplicando esa teoría de la continuidad (36), Puppe estima que, en los casos que aquí nos ocupan, existe imputación objetiva al primer autor cuando la víctima de un accidente fallece porque el médico que la trata no detecta a tiempo el edema cerebral causado, o cuando, debido a un error médico, se hace necesaria una segunda operación en la que fallece el bebé accidentado (37); igualmente, se mantiene la imputación objetiva del resultado mortal al primer causante, aunque la víctima fallezca por un error del anestesista o por una incisión errónea del bisturí practicada por el cirujano (38).

(30) Cfr., en este sentido, RUDOLPHI, JuS 1969, p. 556 («... independiente de si haya que imputar al médico un fallo técnico grave, medio o leve»); EL MISMO, SK 2005, antes del § 1 n. m. 73: la imputación objetiva al autor primario queda interrumpida por la acción imprudente del médico, ya que, sobre la base del «principio de confianza», el primer causante no tiene por qué contar con una acción médica contraria a la *lex artis*; BOLEA, ADPCP, 1994, pp. , 381/382; SCHMOLLER, 1966, pp. 232/233; FEJOO, 1999, pp. 136 ss.: cualquier clase de imprudencia –y, por supuesto, también el dolo– del médico excluye la imputación objetiva al primer causante. V. también MARTÍNEZ ESCAMILLA, 1992, p. 339

(31) Cfr. 1988, pp. 438, 444/445.

(32) Cfr. 1992, pp. 328 ss.

(33) V. AT, 5.<sup>a</sup> ed., 1996, § 28 IV 3.

(34) V. AT I, 2002, § 5 n. m. 25.

(35) Cfr. GIMBERNAT, ADPCP 2008, pp. 21-23, 27/28.

(36) Para una exposición del contenido de esa doctrina, cfr., por ejemplo, PUPPE, ZStW 99 (1987), p. 610; LA MISMA, Bemman-FS, 1997, p. 231; LA MISMA, AT I, 2002, § 4 n. m. 7. Para una crítica de esa teoría, cfr. GIMBERNAT, ADPCP 2008, pp. 27 ss.

(37) Cfr. PUPPE, NK 1, 2.<sup>a</sup> ed., 2005, § 13 n. m. 240.

(38) V. PUPPE, NK 1, 2005, § 13 n. m. 250.

#### 4. LA TEORÍA DEL «PELIGRO PROTOTIPO» («MODELLGEFAHR»)

Según Schünemann (39), para que se pueda imputar el resultado final al causante primario, «en el resultado tiene que realizarse precisamente el peligro colocado por el primer autor (el “*peligro prototipo*”), mientras que no es suficiente para la imputación que el resultado se realice sólo como expresión del *riesgo general de la vida*. Para demostrar ésto con dos variaciones del caso del error médico: Si fracasa una operación que se ha hecho necesaria para tratar una lesión que pone en peligro la vida, ahí se materializa el peligro específico del que es responsable el primer autor, aunque el fracaso [de la intervención médica] sea reconducible a un grave fallo del arte médico. Otra cosa es lo que rige cuando la operación (por ejemplo, para eliminar las heridas) se practica después de una lesión que no pone en peligro la vida: aquí, sobre la base del riesgo general de la vida, se fundamenta un peligro nuevo del que ya no es responsable el primer autor, de manera que no tiene lugar una imputación al primer autor, incluso aunque se trate de un incidente de narcosis no culpable con resultado mortal» (40).

En parecido sentido se han manifestado, por ejemplo, Maurach/Gössel (41), Schmoller (42), Otto (43), Peñaranda (44) y Robles (45).

#### 5. LA TEORÍA ECLÉCTICA DE ROXIN

Roxin parte, en primer lugar, de la doctrina del «peligro prototipo» (supra 4), ya que «si la víctima no fallece de la herida que se le ha infligido, sino sólo por un peligro añadido por el error médico, entonces el médico ha sustituido (“desplazado”) el peligro originario por otro que sólo se encuentra en el ámbito de responsabilidad del médico» (46). De ahí deduce Roxin, siguiendo a Frisch (47), que el causante del accidente no responde por la muerte de la víctima si ésta es reconducible a una hemorragia consecuencia de una incisión errónea del cirujano o

(39) JA 1975, p. 189 (cursivas en el texto original). En el mismo sentido ya JAKOBS, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, pp. 92 ss.

(40) SCHÜNEMANN, JA 1975, p. 189.

(41) Cfr. AT II, 7.<sup>a</sup> ed., 1989, § 43 n. m. 95

(42) Cfr. 1996, p. 255.

(43) Cfr. Wolff-FS, 1998, p. 409.

(44) En BAJO y OTROS, Compendio de Derecho penal (Parte Especial), vol. I, 2003, pp. 101-102.

(45) ROBLES, en FRISCH/ROBLES, Desvalorar e imputar, 2006, pp. 157/158.

(46) AT I, 4.<sup>a</sup> ed., 2006, § 11 n. m. 142. V. también EL MISMO, Chengchi Law Review 1994, pp. 227/228.

(47) V. supra n. 9.

porque se le administra un medicamento contraindicado: en estos casos, escribe Roxin, es «razonable excluir toda clase de imputación, porque en el caso concreto, incluso lesiones inocuas pueden conducir a la muerte a consecuencia de un tratamiento médico equivocado» (48).

Además de este criterio, Roxin asume también parcialmente la tesis expuesta supra 1 de que si el comportamiento del médico consiste en una omisión o en una no aplicación del tratamiento adecuado, el resultado se le debe imputar objetivamente al primer causante, siempre que la imprudencia sea leve o intermedia, pero si es grave (con lo que Roxin completa su posición con el criterio expuesto supra 2), entonces el resultado se le debe imputar sólo al médico que, a consecuencia de la ausencia del tratamiento médico adecuado, transforma en mortal una «herida que normalmente habría sido fácil de curar» (49).

#### **B. Criterios aplicables cuando es la propia víctima quien, con su comportamiento doloso o imprudente, se ha interpuesto entre la acción del causante primario y el resultado final**

Tampoco existe unanimidad sobre si el comportamiento imprudente (o, en su caso, doloso) de la propia víctima, que bien agrava su herida, bien la hace desembocar en la muerte, excluye o no la imputación objetiva del resultado al primer causante.

En la doctrina científica se mantiene (50), por una parte, y como principio general, que una mera imprudencia de la víctima en el cuidado de sus heridas no excluye la imputación objetiva, a no ser que la imprudencia de la víctima consista en su negativa a ser tratada médicamente (51), que la víctima sea consciente de la trascendencia y del

---

(48) *Op. cit.*, loc. cit. En contra PUPPE, NK 1, 2005, antes del § 13 n. m. 254: cuando se afirma que una incisión errónea del cirujano o un error en la anestesia anula la imputación objetiva del resultado al primer causante, «se está pasando por alto que el peligro de un error de quien actúa en segundo lugar ha sido fundamentado por el primer causante, quien ha creado la necesidad de intervenir para evitar males mayores. En ese caso se ha cumplido el requisito de continuidad porque la situación no permitida del primer peligro es una condición para la causación del segundo peligro ... Si bien el primer autor puede quejarse de que es el segundo autor quien, con su falta de diligencia, le ha llevado a la responsabilidad, también el segundo autor puede hacer valer, con el mismo derecho, que el primer autor es el que le ha llevado a esta situación en la que estaba obligado a aplicar la diligencia debida».

(49) ROXIN, *op. cit.*, § 11 n. m. 143.

(50) Por lo que se refiere a la jurisprudencia alemana, cfr. sólo la sentencia del BGH de 1994, cuyo supuesto de hecho se expone infra IV A 1 b) aa) bbb) 6.

(51) En este sentido, por ejemplo, JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 28 IV; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER/EISELE, StGB 2006, antes de los §§ 13 ss., n. m. 102.

alcance de su propia imprudencia [así, Schmoller (52), Otto (53), Frisch (54), Roxin (55)], o que actúe con imprudencia grave (56).

Frisch, por su parte, distingue en función de la gravedad de la herida: si no supone un riesgo para la vida de la víctima, y ésta, mediante su conducta imprudente, la convierte en letal, entonces el

---

(52) 1996, p. 252: la imputación objetiva al primer autor queda excluida «cuando la víctima, aun cuando se da cuenta correctamente de la situación y le es exigible un comportamiento distinto, elige un comportamiento tal que modifica en perjuicio suyo, de forma determinante, la situación de peligro. Desde el punto de vista de la autorresponsabilidad ... es indiferente si la víctima crea componentes de riesgo adicionales (la víctima lesionada, en contra de un consejo médico perentorio, emprende, por ejemplo, un dificultoso viaje, participa en un curso de submarinismo, etcétera) o simplemente no actúa contra una producción del resultado (negándose, por ejemplo, a un tratamiento médico necesario o no buscando intencionadamente a un médico, a pesar de que era exigible un comportamiento tendente a evitar el resultado)». Para SCHMOLLER, *op. cit.*, p. 253 lo decisivo es que «la víctima [actúe] con plena conciencia de la situación de peligro», incluyendo también entre los comportamientos que excluyen la imputación objetiva al primer causante el de los testigos de Jehová que se niegan a que les sea transfundida sangre (en el mismo sentido, la doctrina dominante: cfr. sólo FEJOO, 1999, p. 160; PEÑARANDA, 2003, p. 100; ROXIN, AT I, 2006, § 11 n. m. 118).

(53) Wolff-FS, 1998, p. 410: «Sin embargo, cuando la víctima, después de tomar conciencia o de ser ilustrada sobre la situación de peligro, desprecia las órdenes del médico o las indicaciones de cómo debe comportarse, entonces, mediante la propia infracción de su deber, conforma la situación en una medida tan considerable que parece razonable atribuir a él, y no al “primer autor”, la responsabilidad por esa conformación».

(54) 1998, p. 448: «[La víctima no necesita] una protección frente a consecuencias más graves, que han sido aprehendidas por la víctima, consecuencias de las que se podía proteger haciendo uso de auxilios médicos disponibles; en esta situación se puede exigir de la víctima responsable lo que cualquier persona razonable haría en su situación». Todo esto rige «cuando la víctima responsable sea plenamente consciente de los peligros que encierra su comportamiento. Esto rige incluso cuando la víctima, por motivos respetables o, en cualquier caso, comprensibles (por ejemplo, por su pertenencia a una secta) rechaza determinadas ayudas o no hace uso de ellas: los riesgos vinculados con tales máximas vitales tienen que ser soportados, por principio, por la propia víctima».

(55) AT I, 2006, § 11 n. m. 119, deriva de este principio, argumentando a contrario, que, «en cambio, en la medida en que la víctima no alcanza a ver la trascendencia de su comportamiento negligente, ya no es posible una exclusión de la imputación objetiva desde el punto de vista de la autopuesta en peligro dolosa».

(56) En este sentido SOWADA, JZ 1994, p. 666; RUDOLPHI, SK, 2005, antes del § 1 n. m. 72 a: «Si el resultado injusto sólo se produce porque la víctima, *en contra de toda clase de razón*, rechaza un tratamiento médico, entonces ya no se le puede imputar el resultado al [primer] dañador» (cursivas añadidas); ROXIN, AT I, 2006, § 11 n. m. 18. En contra, SCHMOLLER, 1996, p. 253: si la víctima tiene «plena conciencia de la situación de peligro» (cfr. supra n. 49), es indiferente para que se interrumpa la relación de imputación objetiva que la imprudencia sea o no grave; FEJOO, 1999, pp. 162 ss.; CANCIO, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, 2.ª ed., 2001, p. 336.

resultado no es imputable al primer causante (57); en cambio, si la herida encierra ya el peligro de perder la vida, la muerte se le imputaría al primer causante, aunque a ello haya contribuido también el comportamiento (grave o levemente) imprudente de la misma víctima (58). Para Bolea, si la víctima omite el tratamiento de su herida, entonces el resultado más grave debe imputársele al autor primario, con tal de que aquélla, con su inactividad, no haya introducido un nuevo riesgo; por el contrario, la relación de imputación del resultado final al primer causante queda interrumpida si la víctima, bien por acción, bien por omisión, ha introducido un nuevo riesgo no contenido en la lesión inicial (59).

#### IV. LOS DISTINTOS GRUPOS DE CASOS DE CURSOS CAUSALES IRREGULARES Y SU SOLUCIÓN

##### A. Casos en los que la acción inicial es dolosa

1. CURSOS CAUSALES IRREGULARES EN LOS QUE EL PRIMER AUTOR EJECUTA UNA ACCIÓN CON LA INTENCIÓN DE MATAR QUE SE MATERIALIZA EN UNAS HERIDAS QUE PONEN EN PELIGRO LA VIDA DE LA VÍCTIMA, CONTRIBUYENDO A LA MUERTE FINAL TAMBIÉN LA INTERVENCIÓN DOLOSA O IMPRUDENTE DE UN TERCERO, DE LA PROPIA VÍCTIMA O DE PERSONAS DE SU ENTORNO

a) *Supuestos en los que la intervención posterior es de un tercero, con exclusión de la propia víctima o de personas de su entorno*

aa) La cuestión en la jurisprudencia

A lo largo de su historia, la jurisprudencia española se ha tenido que ocupar en numerosas ocasiones de estos supuestos de hecho en los que una lesiones que ponen en peligro la vida de la víctima y que deben ser calificadas de tentativa de homicidio o de asesinato (o, cuando existían estos delitos en el CP, de parricidio o de robo con homicidio), acaban definitivamente en la muerte del sujeto pasivo porque entre las lesiones originarias y ese fallecimiento se ha interpuesto la acción imprudente de un tercero (generalmente, perteneciente a una

---

(57) Cfr. FRISCH, *op. cit.* 1988, p. 449

(58) V. *op. cit.*, p. 452.

(59) V. BOLEA, ADPCP 1994, p. 387.

profesión sanitaria). A continuación paso a hacer referencia a algunas de esas sentencias de los tribunales españoles:

1. Jerónimo disparó contra Bartolomé, «produciéndole con los perdigones que constituían la carga de dicha arma varias heridas en la región abdominal y antebrazo izquierdo», heridas que «hubieran curado con la pérdida del brazo si no hubieran sobrevenido complicaciones a consecuencia de los errores que cometió el médico en las operaciones quirúrgicas y tratamiento que empleó para curarlas», *confirmado el TS la sentencia de instancia en el sentido de que Jerónimo sólo debía responder «de lesiones graves con pérdida de miembro principal»*, fundamentándolo en que «es un principio de moral y de justicia universalmente reconocido y proclamado que nadie debe responder más que de sus propios actos y de las consecuencias que natural o lógicamente se derivan de los mismos, y *de ningún modo de los que con solución de continuidad, con relación a la causa inicial, son producto de la culpa, imprudencia o impericia, ya del propio perjudicado, ya de un tercero»* (STS 2 de abril de 1903, cursivas añadidas). Esta STS constituye una de las poquísimas excepciones en las que, a pesar de la gravedad de la herida inicial, al primer autor no se le imputa la muerte de la víctima en la que ha intervenido también, posteriormente, una ulterior conducta antijurídica (en este caso: del médico que trató al herido).

2. En el supuesto de hecho de la STS de 5 de junio de 1928, «Rafael Iglesias [el día 4 de abril de 1927] ... hizo varios disparos contra el Claudio Argüelles, causándole una lesión en la región paratoidea izquierda que interesó la laringe y el cuerpo tiroideos e hizo precisa la intervención quirúrgica, practicándose a las pocas horas la traqueotomía en el Hospital Provincial de Oviedo, sobreviniendo más tarde una bronconeumonía de naturaleza infecciosa, ocasionada por no hallarse con la debida asepsia el bisturí utilizado, con el cual se había operado un acceso a otro enfermo, y que determinó el fallecimiento, ocurrido el día 7 siguiente. De no haber surgido la expresada infección, la herida sufrida por el Claudio Argüelles hubiera curado, sin defecto ni deformidad, a los cuarenta días de asistencia facultativa, y de incapacidad para su trabajo habitual». Condenado Rafael Iglesias por un delito de lesiones, el TS revoca la sentencia de instancia haciéndole responsable de otro de homicidio doloso, fundamentando esa decisión en que, «según tiene declarado esta Sala, la persona que realiza consciente y voluntariamente un acto cualquiera de los que la ley penal califica como delito responde criminalmente de todas sus naturales consecuencias, con la sola excepción de aquellos que se originen en accidentes extraños, *que no tengan relación con el realizado por el*

*delincuente* ..., por lo que resulta claro y evidente, según el principio de imputabilidad recordado al principio de este fundamento, que semejante adversa circunstancia [la falta de asepsia del bisturí utilizado en la operación] *enteramente ajena a los actos atribuibles al lesionado*, ha de entenderse originado por la acción voluntaria, consciente y libremente realizada por el procesado, que la constituye en la responsabilidad criminal que el número primero del artículo 13 [actual art. 28, párrafo primero] del Código Penal asigna a los que toman parte directa en la ejecución del hecho» (cursivas añadidas). De esta fundamentación parece seguirse que para el TS, en aquellos tiempos en los que el Derecho penal español estaba informado por el principio del *versari in re illicita*, lo determinante era si la ulterior acción imprudente había sido ejecutada por un tercero (en este supuesto: por un médico), en cuyo caso el primer causante respondería por el resultado mortal, o por la propia víctima («circunstancia enteramente ajena a los actos atribuibles al lesionado»), en cuyo caso la muerte debería atribuirse a éste y no al autor originario.

3. El procesado A. F. «le clavó [a la víctima E. Ch.] la puntilla [de matar toros] en el vientre ocasionándole una herida que le interesó la piel y que le originó una hemorragia interna que le ocasionó la muerte, “si bien consta en el informe de la autopsia que si los médicos operantes hubiesen suturado los vasos mesentéricos, *probablemente* no hubiera fallecido”» (STS 20 de marzo de 1945, A. 397, cursiva añadida). Condenado A. F. por la Audiencia Provincial por un delito de homicidio doloso con la atenuante de preterintencionalidad, el TS confirmó la sentencia de instancia, atribuyendo un gran valor a la circunstancia de que una intervención conforme a la *lex artis* sólo «probablemente» habría salvado la vida de la víctima, de donde podría deducirse que si esa intervención conforme a las reglas de la ciencia médica hubiera evitado con certeza la muerte, el TS ya no habría imputado la muerte al autor originario.

4. «[L]a herida producida por el procesado al interfecto inferida con una navaja y penetrante en el abdomen y en la parte inferior del intestino delgado que le seccionó la arteria hipogástrica derecha era una herida mortal, pues a ello equivale decir que de no haber sido intervenido quirúrgicamente el lesionado antes de las dos horas, le hubiera producido la muerte; de suerte que el proceso causal sobrevenido que a continuación se describe se basa en la “infección de la herida” que se apreció cuando después de dado de alta el herido en cura ambulatoria para que marchara a Holanda el 9 de agosto de 1973, catorce días después de la agresión sufrida, fue internado de nuevo en otra clínica, infección se agrega, que “se produjo por causas ajenas a

su voluntad” (la del ofendido) y que, a pesar de los cuidados prodigados, le produjo la muerte por peritonitis aguda, el día 23 de agosto» (STS de 11 de febrero de 1975, A. 385). Condenado el procesado por la Audiencia Provincial por un homicidio doloso, el TS confirma la sentencia, afirmando que, cuando «la herida [es] inicialmente letal», se debe imputar la muerte al primer causante, aunque entre la acción de éste y el resultado letal se interponga la acción culpable de un tercero, acción culpable ulterior que sólo excluiría la imputación de la muerte de la víctima a aquél si la acción inicial no hubiera puesto en peligro la vida del agredido.

5. En una causa por robo con homicidio del artículo 501.1.º CP 1973, el recurrente solicita que sólo se le condene por un delito de robo con lesiones graves del antiguo artículo 501.4.º Según los Hechos Probados, el procesado había infligido al atracado unas heridas que ponían en grave peligro su vida, basándose toda la defensa del recurrente «en la circunstancia de que en la primera operación a la que fue sometida la víctima, no se ligó una de las asas intestinales, circunstancia que efectivamente aparece constatada en la historia clínica del fallecido en la que se hace constar ... que la tercera operación se hizo “por peritonitis debido a la sección de un asa intestinal”», habiendo fallecido la víctima porque «no pudo sobreponerse a las heridas causadas y a las complicaciones sobrevenidas inherentes a las mismas» (STS de 23 de febrero de 1983, A.1714). El TS confirma la sentencia por un delito de robo *con homicidio* de la siguiente manera: «Volviendo al factum, el arma y su empleo contra zonas vitales es factor más que sobrado para producir la muerte; el que en una operación quirúrgica de las características de la que fue necesaria para salvar al herido, no es acontecimiento insólito, rango excepcional que alguna de las asas intestinales quede sin coser». Aparentemente, el criterio del que hace depender el TS en este supuesto la imputación del resultado final al primer causante es el de que la imprudencia cometida por el médico sólo revistió el carácter de leve («no es acontecimiento insólito»), por lo que pudiera pensarse que si dicha imprudencia hubiera sido grave («insólita»), entonces habría quedado excluida la imputación del resultado muerte al autor originario, fundamentación que coincide con la defendida en la doctrina por los autores partidarios del criterio de la imprudencia grave (supra III A 2).

6. Los tres procesados propinaron a la víctima una «“paliza” reiterada y de gran violencia, dada la situación inerme de la víctima, por causa de su embriaguez, al recibir golpes y patadas en todo el cuerpo, brutal ataque que aquélla ya acusó doloridamente en la primera fase de la agresión, uno de cuyos golpes llegó a causar desgarró del riñón



derecho». Según los Hechos Probados, «[d]e haber sido diagnosticada a tiempo la lesión afectante al riñón, su muerte pudo haber sido perfectamente evitada, bien por sutura quirúrgica de la herida, o, en el peor de los casos, por extirpación de la víscera afectada; en cuyo caso lo normal es que hubiese tardado en curar sobre los treinta o cuarenta días». La agresión se produjo «a altas horas de la madrugada y, en su fase culminante, en la calle, donde la víctima quedó caída y abandonada durante un tiempo hasta ser recogida». El TS expone también lo siguiente: «siendo de observar en este punto fallos asistenciales, que la negativa del Sanatorio Santa Ana a recibir y atender en primera instancia a V., cuando fue llevado a dicho centro, por no estar asegurado aquél, merece se indague en vía penal en orden a una posible responsabilidad delictiva». La sentencia de instancia había condenado a los autores por un homicidio doloso concurriendo la atenuante de preterintencionalidad. *Aunque el TS se inclina por calificar los hechos de unas lesiones dolosas en concurso con un homicidio por imprudencia temeraria*, «dada la evidente previsibilidad del evento mortal consecutivo a su acción gravemente vulnerante», no obstante, al tratarse de un «caso de pena justificada», se decide finalmente por confirmar la calificación de la sentencia de instancia (STS de 9 de febrero de 1984, A. 741). Es decir: que, según esta sentencia, si entre unas lesiones que ponen en grave peligro la vida de la víctima y la muerte posterior se ha interpuesto una grave imprudencia médica, la calificación correcta de esa conducta sería para el TS, por lo que se refiere al primer causante, la de homicidio imprudente (en concurso con unas lesiones dolosas).

7. El procesado Manuel L. S. «le agredió violentamente [a su esposa, Josefa G. O.], asestándole treinta y cinco puñaladas, en diversas partes del cuerpo que originaron otras tantas heridas incisopunzantes que afectaban al tórax, al abdomen, miembro superior derecho, miembro superior izquierdo, una de ellas interesó el corazón, con orificio de entrada por la cara anterior del ventrículo derecho y orificio de salida por la cara posterior del mismo ventrículo, herida gravísima potencialmente mortal». Trasladada la víctima al Hospital de la Cruz Roja de Melilla, «Josefa quedó encamada en la habitación número trece del mencionado Hospital y allí estaba, todavía en estado de inconsciencia, encontrándose su hermana política en la mencionada habitación, cuando se personó el también procesado Leandro C. D., buscando la tarjeta que acreditaba que Josefa, como testigo de Jehová, no quería que le hiciesen transfusiones de sangre, manifestando que por ello no le podían hacer tales transfusiones, lo que motivó una situación de tensión entre el visitante y la acompañante de la enferma que determinó que ésta saliese de la habitación buscando a la enfer-

mera y cuando ambas regresaron a dicha habitación encontraron que el catéter había sido quitado por el procesado y que este presionaba con su mano el brazo de la hospitalizada impidiendo la hemorragia que se había producido. Posteriormente el procesado, cuando el médico de guardia ordenó que se repusiera la cánula y que continuase la transfusión se opuso a que se hiciese llegando incluso a decir que se exigiría responsabilidad por ello. A consecuencia de todo lo relatado, Josefa G. O. fallece aquella misma tarde por el shock hipovolémico que estaba contenido para la aportación de sangre que recibía ... La extracción del catéter en la vena cefálica del brazo por el que se transfundía la sangre incidió decisivamente en el curso causal, y fue acción adecuada para provocar la muerte de la mujer que se reponía de un “shock” hipovolémico; no desaparece el nexo –afirmaba la sentencia de esta Sala de 25 de septiembre de 1935– en los casos en que se precipita o anticipa el resultado, es decir, en aquellos supuestos en los que, sin la intervención del autor, el resultado se habría producido en un momento posterior». Absuelto Manuel L. S. del parricidio del que era acusado por concurrir la eximente de enajenación mental (razón por la cual el TS no entra a discutir si, en el caso de que el referido Manuel L. S. hubiera sido imputable, habría respondido por un delito contra la vida consumado o, teniendo en cuenta la intervención dolosa posterior de Leandro, sólo por uno en grado de tentativa), el TS condena a Leandro por un homicidio doloso, revocando en este punto la sentencia de la Audiencia Provincial que le había hecho responsable de un homicidio imprudente (STS de 27 de marzo de 1990, A. 2626).

8. El fallecido fue apuñalado por el procesado en una zona vital del cuerpo, «empleando un arma potencialmente letal que le produjo la muerte veinticuatro horas después, a pesar de la asistencia médica recibida y ello con independencia absoluta de que quizás en otras condiciones, *si el fallecido se hubiese prestado a ser rápidamente asistido* o éste no hubiera sido toxicómano con posible afectación a su anatomía por dicha circunstancia, se hubiera logrado impedir ese resultado letal, puesto que el proceso causal que terminó en el fallecimiento del agredido, fue puesto en marcha por la acción agresora del agresor» (cursivas añadidas). Condenado el acusado en instancia por un homicidio doloso, el TS confirma la sentencia del tribunal a quo (STS 13 de noviembre de 1991, A. 8065), argumentando con que de los hechos «se infiere la letalidad de la herida per se y no per accidens», es decir: con que siempre que la herida ponga en peligro la vida del agredido el primer causante deberá responder por un homicidio doloso, independientemente de los comportamientos imprudentes que hayan podido subseguir a la agresión inicial.

9. La STS de 19 de mayo de 1994, A. 3935, en un supuesto en el que el acusado atacó con una navaja a la víctima, dirigiendo el arma «al abdomen y a zonas de gran peligro vital», constata, como es evidente, que «tal hecho nos muestra con plenitud la intención de matar y no simple de lesionar del encausado». A pesar de que el TS también admite la imprudencia médica posterior, en cuanto que al herido se le concedió «un alta hospitalaria de modo indebido» y, además, no se «apreci[ó] en el inicial diagnóstico una serie de lesiones de las cuales no fue tratado ni intervenido quirúrgicamente», no obstante mantiene la condena del tribunal de instancia por un delito doloso contra la vida, argumentando que esa calificación «no puede quebrar por la actuación más o menos negligente de terceras personas», «que la agresión, por sí sola, posibilitaba, sin más, la muerte del agredido» y que, por ello, en el caso de no haber sobrevenido el fallecimiento, el autor habría respondido por un homicidio en grado de tentativa. De donde se deduce, según la tesis mantenida en esta sentencia por el TS —que coincide con la defendida igualmente en la sentencia anterior de 13 de noviembre de 1991—, que siempre que la agresión inicial sea constitutiva de un delito contra la vida en grado de tentativa, el autor originario responderá por uno consumado en el caso de que se produzca la muerte, independientemente de la gravedad de la imprudencia con la que posteriormente hayan actuado los médicos y de si éstos, en el caso de haberse comportado conforme a la *lex artis*, habrían podido salvar la vida del agredido.

10. En la STS de 18 de septiembre de 2003, A. 8374, en la que el autor (Miguel) asestó con un arma blanca heridas gravísimas a la víctima mortal (Aurelio), habiendo sido condenado por la Audiencia Provincial por un homicidio doloso consumado, el acusado alega en su recurso de casación ante el TS que, si no hubiera sido porque la ambulancia llegó tarde a socorrer al herido a consecuencia de una conducta negligente de su conductor, el agredido hubiera salvado la vida, desestimando el TS dicho recurso, aplicando el principio general de la teoría de la imputación objetiva de que la muerte debe ser imputada objetivamente al autor cuando éste ha creado un riesgo ilícito que se ha realizado en el resultado: «aunque tal negligencia [del conductor de la ambulancia] hubiera existido, en modo alguno se habría producido una ruptura del nexo causal entre la acción del homicida Miguel y el fallecimiento de Aurelio. Este fallecimiento se produjo en el ámbito del riesgo creado por la mencionada acción del acusado: ha de imputarse objetivamente ese resultado al hecho del apuñalamiento». En cualquier caso, el TS no proporciona ninguna pista que nos permita averiguar qué clase de imprudencia posterior de un tercero excluiría

que la muerte se había producido al margen del ámbito de riesgo creado por la acción inicial.

11. El autor apuñaló a la víctima provocándole gravísimas heridas en el abdomen. Condenado por un delito consumado de homicidio recurre ante el TS, para que sólo se califique su conducta como un delito de lesiones, ya que la muerte se produjo por imprudencia médica, al sufrir la víctima una hemorragia masiva, debido a que los cirujanos no suturaron la herida de la vena cava que presentaba el paciente. El TS, al examinar las conductas de los médicos, constata que «en la intervención quirúrgica se procedió a suturar las heridas internas, con la excepción de la herida de 17 milímetros en la vena cava, que no pudo ser localizada, por ser imperceptible, dada su situación en la parte posterior y las condiciones clínicas de máxima gravedad de la intervención quirúrgica, en la que había un evidente riesgo vital y en la que el paciente presentaba un pronóstico crítico», falleciendo la víctima «por hipovolemia absoluta extrema provocada por hemorragia aguda, debido a la falta de sutura de la herida en la vena y a la agravación que se produjo en el curso de la operación», por lo que desestima el recurso, ya que no existió «en momento alguno impericia médica», porque «[l]a actuación médica, realizada en condiciones que se consideran probadas, de máximo riesgo y de máxima gravedad intentó mejorar la situación de la víctima y hubiera determinado, de tener éxito, la falta de consumación del tipo penal del homicidio, es decir, la tentativa de homicidio, pero no un cambio de subsunción en el delito de lesiones» (STS de 22 de abril de 2005, A. 4379). De esa fundamentación del TS podría deducirse que si, efectivamente, hubiera existido una imprudencia médica, entonces el primer causante sólo habría respondido por una tentativa de homicidio, al no podersele imputar entonces el resultado mortal.

12. Finalmente, por mencionar también alguna sentencia de los tribunales inferiores, en el supuesto de hecho de la sentencia de la AP de Barcelona de 18 de febrero de 2008 los acusados propinaron unas patadas brutales a la víctima, una de las cuales impactó en la sien. El tribunal condena a los autores por un homicidio doloso consumado, estimando que no concurre imprudencia alguna en la médico de guardia e insistiendo, repetidas veces, en que, además, esa conducta sólo tiene un carácter *omisivo* («[c]ierto que la actuación médica es posterior, pero además de ser *conducta omisiva*, que nada añade a la patología que desencadenó la muerte [la médico acordó el alta de la víctima, sin mantener en observación a la víctima que había sufrido un traumatismo craneoencefálico], se produjo en el mismo ámbito de riesgo creado; el eventual error médico posterior, más si cabe en el

caso que nos ocupa, no interfiere el curso causal del golpe que desencadenó las lesiones y evolución tórpida»). Esta tesis de la AP coincide con la defendida por un sector de la doctrina (expuesta supra III A 1), en el sentido que, si la conducta posterior del médico es omisiva –y aunque sea imprudente–, el resultado final debe de ser imputado objetivamente al causante originario, ya que la muerte es consecuencia de la evolución de la lesión inicial; a un resultado distinto podría llegarse si la subsiguiente conducta (imprudente) del médico consistiera en un comportamiento activo (transfusión de un grupo sanguíneo incompatible con el del paciente), pues en ese caso esa *acción positiva* podría haber introducido un *nuevo riesgo no contenido en las lesiones originarias*, por más que éstas tengan que ser calificadas, por su gravedad, de una tentativa de homicidio.

#### *bb)* Toma de posición

##### *aaa)* Introducción

Para exponer cuál es mi opinión, quiero poner algunos ejemplos de agresión inicial que se ha materializado en una lesión que pone en peligro la vida del sujeto pasivo, lo que será el caso si el autor en su acción de envenenamiento o de estrangulamiento ha llegado a un punto en el que la situación del agredido se ha convertido en crítica para su salud, o cuando el disparo del homicida ha afectado a partes vitales del cuerpo de la víctima como lo pueden ser su abdomen o su cabeza.

Estos supuestos nos van a servir para determinar a quién hay que imputar el resultado más grave de muerte cuando la lesión inicial que ha puesto en peligro la vida del sujeto pasivo desemboca finalmente en su muerte efectiva, porque entre esa lesión originaria y la muerte se ha interpuesto la ulterior acción dolosa o imprudente de un tercero. Y la mejor manera de abordar ese problema es haciendo una primera referencia al papel que desempeña, en general, el desistimiento voluntario en la tentativa.

##### *bbb)* Regla general derivada de la regulación de la tentativa en el Código Penal

Según el artículo 16.1 CP, «[h]ay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo *éste no se produce* por causas independientes de la voluntad del autor», debiendo completarse ese núm. 1

con el núm. 2 del mismo precepto en el que se dispone que «[q]uedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado *quien evite voluntariamente la consumación del delito*, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien *impidiendo la producción del resultado*, sin perjuicio de la responsabilidad en la que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta».

De ese artículo del Código Penal se sigue que, para que un desistimiento tenga el efecto de anular la punibilidad por un *delito consumado*, se exigen *dos requisitos*: en primer lugar, que sea voluntario (60), y, en segundo lugar, y *aunque sea voluntario*, que el autor consiga, *efectivamente, evitar el resultado*. Este segundo requisito de que el desistimiento voluntario, para que pueda desactivar la responsabilidad por un delito consumado, exige que el autor impida realmente la producción del resultado viene expresado inequívocamente en el artículo 16. 1, cuando se expresa que sólo hay tentativa si «[el resultado] no se produce» –lo que quiere decir que, si se produce, no hay tentativa, sino delito consumado– y en el 16. 2 donde se requiere, para que entre en juego la tentativa, que se «evite voluntariamente la consumación del delito» y que se «[impida] la producción del resultado», lo que lleva a la misma conclusión de que, por muy voluntario que sea el desistimiento, si con él no se consigue evitar la lesión del bien jurídico, entonces el autor se habrá hecho responsable de un delito consumado (61). A todo ello hay que añadir que, según la redacción dada al artículo 16.3 en el CP 1995, «[c]uando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquel o aquellos que desistan de la ejecución ya iniciada e impidan o *intenten impedir*, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta», es decir: que *sólo cuando el sujeto interviene como partícipe* se puede aplicar el desistimiento voluntario, cuando ese partícipe «intente[n]

(60) Cuándo se puede decir de un desistimiento que es voluntario constituye uno de los problemas más difíciles de la Parte General, en el que no es necesario entrar aquí: sobre la voluntariedad en el desistimiento cfr. sólo, en la doctrina española, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento en Derecho penal. Estudio de algunos de su problemas fundamentales*, 1994, *passim* y, en la alemana, ROXIN, AT II 2003, § 30 C, ambos con ulteriores y abundantes referencias bibliográficas y jurisprudenciales.

(61) Sobre la inevitable conclusión de que el desistimiento voluntario, para eludir la responsabilidad por delito consumado, tiene que tener la eficacia de impedir el resultado, cfr., lo que exponen, contundentemente, mis discípulos, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *op. cit.*, pp. 75 ss., y ALCÁCER, AP 43 (2002), pp. 1050 ss.

impedir», *sin éxito*, la consumación, de donde se sigue, a contrario: que si el legislador ha tenido que establecer *expresamente* –para reconocerle efectos favorables– esa regulación del desistimiento voluntario fracasado del partícipe, lo mismo tendría que haber hecho, *también expresamente*, para el autor material único al que se refieren los párrafos 1 y 2 del artículo 16, a fin de que asimismo a ese autor material se le hubiera podido aplicar el desistimiento voluntario sin evitación del resultado; pero el legislador no lo ha hecho.

Si aplicamos a los ejemplos que he descrito anteriormente la doctrina contenida en el artículo 16, de ahí se sigue que si el estrangulador o el envenenador desisten voluntariamente de continuar su acción homicida o asesina –acción que ya ha provocado en la víctima lesiones que hacen peligrar su vida–, no obstante responderán por un delito consumado contra la vida si, por la circunstancia que sea, no consiguen evitar el resultado, de la misma manera que, si el terrorista que ha adosado una bomba al vehículo de un concejal del País Vasco, posteriormente se arrepiente, y trata de avisar a su víctima para que adopte precauciones, fracasando en su intento porque, imprudentemente y en contra de toda evidencia, dicho concejal cree que le están gastando una broma, falleciendo éste a consecuencia de la explosión del coche-bomba, aquél responderá de un asesinato consumado (62). Ello significa que, por ejemplo, si el estrangulador o el envenenador, desistiendo voluntariamente, se dirigen con su propio vehículo al hospital, llevando a su víctima, para tratar de salvarle la vida, y, no obstante, no lo consiguen, porque llegan tarde al centro sanitario, a causa de que sufren un accidente de tráfico provocado por la imprudencia de los propios autores o de un tercer conductor, o porque el coche sufre una avería o se queda sin gasolina en un punto de la carretera alejado de una estación de servicio, o porque al herido, a pesar de la diligencia de los médicos, éstos no pueden ya devolverle a la vida, o porque, pudiendo hacerlo, fracasan en su intento al incurrir en una imprudencia –administrando a aquélla por ejemplo un antídoto equivocado–, en todos estos casos, y *a pesar del desistimiento voluntario del autor*, éste responderá, no obstante, de un delito consumado contra la vida, ya que, como acabo de exponer, para que la tentativa no devenga en un delito consumado, el Código Penal no sólo exige el desistimiento

---

(62) En cuyo caso, aunque inevitablemente serán autores de un delito consumado, a éste se le podrá aplicar, como expone correctamente MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento*, 1994, p. 76, la atenuante 5.<sup>a</sup> del artículo 21 «de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral».

voluntario, sino, *además*, que éste sea eficaz y evite la producción del resultado, en este caso: que evite la muerte (63).

ccc) Excepción a la regla general cuando entra en conflicto con el principio del fin de protección de la norma

Esta *regla general* de que el desistimiento voluntario (fallido) que no logra impedir el resultado acarrea la responsabilidad por delito consumado sólo rige, obviamente, en tanto en cuanto no entre en contradicción con el principio del fin de protección de la norma. Porque si la imprudencia de un tercer conductor que choca con el automóvil en el que el autor traslada a su víctima a un centro sanitario condiciona, *no un mero retraso* en la atención médica al herido, que debido a ese retardo no puede salvar la vida (en tal caso: responsabilidad por un delito consumado de dicho autor que ha desistido voluntariamente), sino que la víctima muere *a consecuencia de las lesiones que le ha causado directamente el tercer automovilista imprudente*, entonces al causante originario no se le puede imputar objetivamente esa muerte, porque, como ya he argumentado recientemente en relación con el

---

(63) En contra de la más reciente doctrina del TS he afirmado en otro lugar (GIMBERNAT, ADPCP 2006, p. 31) que «si alguien, con intención de matar, apuñala a otra persona en un lugar como el cuello, donde existe un paquete vascular integrado por la vena yugular y por la arteria carótida, cuyo corte puede producir una hemorragia mortal de manera casi inmediata, o dispara contra el abdomen de otro, igualmente con el propósito de acabar con su vida de forma instantánea, la razón por la que no se ha producido el resultado reside en una causa independiente de su voluntad, a saber: en el azar de que no ha acertado a seccionar la yugular de la víctima, o en que su disparo no ha impactado en el corazón de ésta. Por ello, el párrafo segundo del artículo 16 –al no concurrir el imprescindible presupuesto del 16.1– tampoco es aplicable, y como la muerte no se ha producido por causas independientes de su voluntad, porque la razón por la que no ha sucedido ha sido la mala puntería del autor o su falta de destreza en el uso del arma blanca, de ahí que el ulterior aviso a un hospital, donde consiguen salvar la vida del herido, sólo pueda tener relevancia como una circunstancia atenuante de “reparación del daño”, aplicable a una tentativa acabada de homicidio que sólo la suerte –y no una causa reconducible a la voluntad del autor– ha impedido que se produjera». Pero independientemente de si tiene razón el TS que en estos casos, y si se salva la vida de la víctima, aprecia un desistimiento voluntario de la tentativa y sólo condena por las lesiones causadas, o la tengo yo, que mantengo que el autor debe ser condenado, no por lesiones, sino por una tentativa de un delito contra la vida, ambas posiciones *coinciden* en el principio fundamental –que es el único que nos interesa a efectos del problema que trato en el presente trabajo– de que, si a pesar de sus esfuerzos por salvar la vida de la víctima, dicho autor no logra su objetivo, porque aquélla, pese a los esfuerzos de los médicos, fallece en el hospital, entonces responderá por un homicidio o por un asesinato consumado, *ya que su acción no ha logrado evitar el resultado*.



«caso del incendio en el hospital» (64), el mero hecho de ocupar un determinado vehículo (aquí: aquél en el que el herido es trasladado al hospital) no aumenta el riesgo de fallecer a consecuencia de un accidente de tráfico, ya que *–si alteramos los presupuestos de caso concreto con el que estamos operando– igualmente podría haber resultado muerta* la persona lesionada si no hubiera sido objeto de agresión alguna, y conduciendo tranquilamente su propio vehículo u ocupando el sitio del acompañante en otro manejado por un amigo, hubiera sufrido un accidente provocado por otro conductor imprudente cualquiera. Es decir: *el hecho de ocupar un determinado vehículo* (en este caso: aquél en el que el autor traslada a su víctima para que pueda ser curada) *no aumenta el riesgo de perecer en un accidente de tráfico*, porque pudiera muy bien suceder que ese concreto traslado, en ese concreto vehículo, que se encontraba en un concreto lugar, *en otras circunstancias le hubiera salvado la vida*, porque, si *no hubiera sido herido*, se habría encontrado en ese instante conduciendo su propio vehículo que no habría podido evitar una colisión frontal letal con, por ejemplo, un conductor suicida que circulaba por la autopista en la que, de no ser por sus heridas, habría conducido la persona que, *gracias precisamente a encontrarse camino del hospital, habría conseguido evitar su muerte*.

ddd) Traslación de los resultados obtenidos en el estudio de la tentativa a este caso particular de curso causal irregular

Con lo expuesto disponemos ya de la base suficiente para abordar el problema de si el primer causante de unas lesiones que ponen en peligro la vida de la víctima, infligidas con intención de matar, debe responder por un homicidio consumado en el caso de que el desenlace fatal sea atribuible también a la ulterior *acción imprudente* de un tercero que, en los casos que se dan en la práctica, suele ser un profesional de la medicina. A lo que hay que responder, *como principio general*: si ni siquiera cuando el autor originario (el envenenador o el estrangula-

---

(64) Cfr. GIMBERNAT, ADPCP 2008, p. 26: «cuando el legislador prohíbe que se dispare contra otro para matarlo, está pensando en que la víctima fallezca a consecuencia del tiro, pero no en un incendio que se declara en el hospital al que ha sido trasladado para su curación, pues en ese caso –si el legislador quisiera evitar con la prohibición de disparar, también que el herido muriera a consecuencia de un incendio– no sabría si tenía que prohibir u ordenar que se accionara el gatillo, porque, si lo que se quema es el hogar de la víctima, entonces ha sido precisamente su estancia en el hospital –que no ha sufrido ningún siniestro– a consecuencia de la herida el que le ha salvado de perecer abrasado en su casa; es decir: el hecho de disparar contra otra persona para matarla no aumenta ni disminuye las posibilidades de morir abrasado en un incendio (que tanto puede producirse en un hospital como en su propia casa)».

dor) *desiste voluntariamente* (es decir: realiza una conducta *valorada positivamente* por el ordenamiento jurídico) puede liberarse de su responsabilidad por un delito consumado en el caso de que esa conducta no haya logrado evitar el resultado (por ejemplo: el autor que traslada a la víctima al hospital se despista, a consecuencia de un descuido, tomando un camino equivocado, por lo que tiene que dar un considerable rodeo que retarda el ingreso de dicha víctima en el centro sanitario donde, de haber llegado a tiempo, habría salvado la vida), entonces, y con mayor motivo, también responderá de un homicidio consumado, si la muerte sobreviene por la ulterior conducta imprudente de un médico –conducta que, si se hubiera practicado conforme a la *lex artis*, habría evitado ese resultado– *cuando ni siquiera concurre en el autor el elemento valorado positivamente de un desistimiento voluntario*, ya que la actuación (imprudente) del médico ha tenido lugar, no porque el propio autor hubiera desistido voluntariamente, avisando a los servicios de ambulancias, sino porque un tercero –y no el no-arrepentido autor– fue quien trasladó al herido a un centro sanitario.

Como ya he señalado, lo expuesto –al autor de unas lesiones ejecutadas con ánimo de matar, y que ponen en peligro la vida de la víctima, habrá que imputarle objetivamente, como delito contra la vida doloso, la muerte de aquélla, aunque esa muerte haya sucedido por la actuación imprudente de un tercero– rige sólo cuando dicho principio no entra en contradicción con el criterio del fin de protección de la norma. Ello es lo que sucede cuando el tercero, bien sea un particular, bien sea un médico, matan a la víctima, *no imprudente, sino dolosamente*, por muy graves que sean las heridas primeramente inferidas y por muy desahuciado que se encontrara el herido (65). Ello es así porque la circunstancia de haber sido víctima de una tentativa de homicidio no aumenta el riesgo, en general, de ser objeto de un *ulterior delito doloso contra la vida ejecutado por un tercero*. Porque si el legislador, cuando prohíbe que una persona atente contra otra con ánimo de matar, quisiera evitar también, vedando esa acción, no sólo la muerte a consecuencia de las heridas sufridas, sino también el peligro de que la víctima fuera asesinada por una tercera persona, entonces le asaltaría la perplejidad de si debería o no prohibir esa primera acción, ya que ésta puede condicionar, *indistintamente*, tanto que un tercero mate intencionadamente a la víctima como que deje de hacerlo. Porque si la esposa de la víctima y su

---

(65) Así, el supuesto de hecho de la STS de 27 de marzo de 1990, A, 2626, citada supra A 1 a) aa) aaa) 7, en el que a la víctima, que se debatía entre la vida y la muerte, le causó finalmente la muerte la intervención dolosa (o, al menos, doloso-eventual) de un tercero, testigo de Jehová, que le retiró el catéter, provocándole un shock hipovolémico.

amante se habían puesto de acuerdo para asesinar a la víctima en su domicilio precisamente en el día y en la hora en los que ésta fue objeto de la agresión del primer causante, habría sido *precisamente* la estancia del marido en el hospital, donde se consiguió su completa sanación, la que habría evitado la muerte de aquél en su domicilio. De donde se sigue: La muerte en la que estaba pensando el legislador cuando prohibió que una persona atentara contra la vida de otra era la que pudiera sobrevenir *como consecuencia de las heridas primeramente sufridas* y no la que tiene su origen en actuaciones dolosas o imprudentes de terceros que, *completamente al margen del proceso de curación*, provocan *directamente* la muerte de aquélla (se asesina por un tercero en el hospital al sujeto que ha sido objeto de una tentativa de un delito contra la vida, se le causa *directamente* la muerte al empotrarse un coche conducido imprudentemente por un tercero contra el vehículo en el que la víctima era trasladada a un centro sanitario).

### eee) Conclusiones

La consecuencia de todo lo expuesto es, por consiguiente, que si un autor, con intención de matar a otra persona, le causa heridas que ponen en peligro su vida, y la víctima fallece porque, *en el proceso de curación el personal sanitario incurre en una más o menos grave imprudencia*, el causante primario –e independientemente del homicidio imprudente en que ha incurrido ese personal– debe responder por esa muerte a título de dolo. Ello es así porque, si ni siquiera en el desistimiento voluntario fallido de un delito contra la vida, el autor puede liberarse de su responsabilidad por la muerte si, por el motivo que sea –imprudencia del propio autor o de terceros–, no consigue evitar el resultado, con mayor motivo debe responder de esa muerte cuando –*sin que concurra el elemento valorado positivamente de la voluntariedad del desistimiento*– el agredido fallece a consecuencia de la imprudencia de un tercero. Esta conclusión no supone ninguna infracción del llamado principio de culpabilidad: el autor de lo que originariamente es una tentativa de homicidio o de asesinato, que ha causado gravísimas lesiones a su víctima, ha traspasado con esa acción inicial dolosa, en cierto sentido, un point of no return, en cuanto que ha querido matar a otra persona y la ha colocado al borde de la muerte, y el ordenamiento jurídico sólo le premia, benévolamente y anulando incluso la punibilidad por tentativa, si, además de desistir voluntariamente, consigue evitar el resultado, porque, si no lo consigue, entonces la responsabilidad aplicable es la del delito consumado. Y si ello es así, y así es porque lo dice el Código Penal, entonces, y con mayor motivo, tendrá que responder de un delito consumado contra la vida,

cuando habiendo cometido la misma acción de querer matar a otro poniendo en riesgo su vida, el resultado letal se produce *–sin que ni siquiera haya desistido voluntariamente–* a consecuencia de la actuación imprudente de un tercero durante el proceso médico de curación.

La única excepción a este principio general la constituyen aquellos casos *–al margen ya del proceso de curación que se frustra por la imprudencia de un tercero–* en los que, de acuerdo con el criterio del fin de protección de la norma, la agresión inicial no ha aumentado el riesgo de que se produzca una muerte tal como en concreto tuvo lugar. Si el herido fallece porque un tercero *–sea un médico o una persona ajena al personal sanitario–* le asesina dolosamente en el centro donde se repone de sus lesiones o porque un automovilista choca imprudentemente contra el vehículo en el que se traslada a la víctima a un hospital, *matándola directamente*, entonces el primer causante sólo responde de una tentativa de homicidio o de asesinato, pero no de un delito contra la vida consumado, porque cuando el legislador prohíbe que se dispare contra la cabeza de otra persona o que se la apuñale en el abdomen, lo hace con el fin de evitar la muerte de la víctima a consecuencia de las heridas sufridas o de los incidentes que puedan surgir en su proceso de curación, ya que el disparar contra otro o apuñalarle, *no aumenta en nada el riesgo de perecer a consecuencia de un asesinato cometido por una tercera persona o de ser embestido por la imprudencia de un ulterior conductor que le provoca directamente la muerte.*

b) *Supuestos en los que la intervención posterior dolosa o imprudente es de la propia víctima o de personas de su entorno*

aa) *Introducción*

En el epígrafe anterior nos hemos ocupado de heridas que ponían en peligro la vida del agredido, inferidas con el propósito de causar la muerte, que desembocaban en un resultado final letal, habiendo contribuido a ello también la conducta posterior dolosa o imprudente de un tercero. El problema del que ahora pasamos a ocuparnos es el de la calificación jurídica de la conducta de quien infiere heridas muy graves con animus necandi cuando la muerte debe ser reconducida también, no a la ulterior intervención dolosa o imprudente de un tercero (generalmente profesional de la medicina), sino *de la propia víctima o de personas de su entorno.*

En estos supuestos hay que llevar a cabo una distinción, en función de si la intervención de la víctima es *dolosa* respecto de la causación de su propia muerte o de si ésta se produce porque el agredido, *imprudentemente*, interfiere en su proceso de sanación.

bb) Intervención dolosa posterior de la propia víctima

Si la conducta de la víctima es dolosa –por ejemplo, ésta aprovecha las cuchilladas que le han asestado para, no taponando la herida, desangrarse, cometiendo así un *suicidio*, esto es: para automatarse–, estaríamos ante una participación imprudente (o fortuita) en un suicidio. En efecto: en la medida en que quien en última instancia acaba con su vida es la propia víctima –coincidiendo así en ella, por consiguiente, y simultáneamente, los papeles de sujeto activo y pasivo de la muerte–, estaríamos ante un acontecimiento *que no consiste en matar a otro*, sino en matarse a sí mismo, por lo que al agresor inicial no se le podría aplicar el tipo del homicidio ni el del asesinato, ya que ambos incluyen *cualquier clase de conducta condicionante de la muerte de otra persona, con excepción de aquéllas en las que en el proceso de causación de la muerte aparece un suicidio*, ya que entre los tipos penales de los artículos. 138 y 139, por una parte, y los del artículo 143.1 y 2. existe una relación *excluyente* (66).

En estos casos, la conducta del agresor primario *sólo* puede ser calificada de tentativa de homicidio o de asesinato, porque, por lo que se refiere a que ese comportamiento ha condicionado *simultáneamente* también, y ciertamente, un suicidio (entendiendo por suicidio, no sólo la automuerte con dolo directo de primer o de segundo grado, sino también la autoproducida dolosoeventualmente, como en los supuestos en los que un testigo de Jehová se niega a ser tratado quirúrgicamente), *este aspecto* de la conducta constituye, como mucho, una participación imprudente (más bien, y en la mayoría de los casos, a la vista de la imprevisibilidad de que el agredido fuera a suicidarse: fortuita) en un suicidio, y que la participación imprudente en un suicidio es impune en Derecho español, lo he expuesto reciente y detalladamente en otros lugares (67), a los que aquí me remito.

cc) Intervención imprudente posterior de la propia víctima o de personas de su entorno

aaa) La cuestión en la doctrina científica. Remisión a otro lugar

Como ya he expuesto supra III B, y ahora reitero resumidamente, en el caso de que, por la imprudencia de la víctima –porque, por ejem-

(66) Cfr. GIMBERNAT, RDPC, núm. extraordinario 2 (2004), pp. 86/87 = RDP (argentina) 2003-2, pp. 22/23.

(67) Cfr. GIMBERNAT, RDPC, núm. Extraordinario 2 (2004), pp. 86 ss. = RDP (argentina) 2003-2, pp. 22 ss. V. también, GIMBERNAT, ADPCP 2005, pp. 734, 736 ss.= RDP (argentina) 2010-1, pp. 109, 111 ss.

plo, no sigue las instrucciones de los facultativos y descuida sus heridas— se produzca la muerte de aquélla, las distintas direcciones de la doctrina científica han acudido a diversos criterios para determinar cuándo se le debe imputar al autor primario el resultado letal. Para Schmoller, Otto, Frisch y Roxin lo determinante es si la víctima, es consciente del peligro para su vida —porque, por ejemplo, ha sido informada de la gravedad de su situación— que encerraría su propia imprudencia acudiéndose, como supuesto paradigmático de este caso, al del testigo de Jehová que se niega a que le transfundan sangre (así, Schmoller, Feijoo, Peñaranda, Roxin (68), Frisch), mientras que para otros autores, como Sowada, lo decisivo es si la negligencia de la víctima debe ser calificada de imprudencia grave, por lo que, si sólo es leve, el agresor inicial será responsable de la muerte, inclinándose Frisch por el criterio de que la herida inicial no suponga riesgo vital alguno, porque, si lo supone, entonces responderá de la muerte el primer causante, independientemente de si la imprudencia de la víctima ha sido grave o leve.

#### *bbb)* La cuestión en la jurisprudencia

En algunos supuestos resueltos por la jurisprudencia española la herida inferida, que por su gravedad constituye ya, aisladamente considerada, una tentativa de homicidio, la muerte se produce, finalmente, porque, por circunstancias de lugar y tiempo, no fue posible atender médicamente al lesionado con la urgencia requerida, atención que, tal vez, hubiera podido salvarle la vida.

Este es el caso de la STS de 3 de junio de 1897, en la que el acusado infirió a la víctima, Hermenegildo Herbosa, en la noche del 10 de mayo de 1896, «dos lesiones, una en la región pectoral derecha y otra en el hipocondrio izquierdo, interesando el abdomen, falleciendo como consecuencia de ésta el día siguiente sobre las seis de la tarde», sin que en el lugar de comisión de los hechos, «Vega de Villafubre, [hubiera] a la sazón medios que pudieran impedir que el Hermenegildo Herbosa hubiera fallecido como consecuencia de aquella lesión».

En supuestos como éste la condena por homicidio doloso, tal como la aplicada por la referida sentencia del TS, está plenamente justificada, ya que han sido unas heridas idóneas para provocar la muerte las que finalmente la han causado, sin que la ausencia de esta-

---

(68) ROXIN deriva de este principio, argumentando a contrario, que, en cambio, si la víctima no es consciente del peligro vital que supone su conducta negligente, entonces el resultado de muerte se le debe imputar al autor primario.

blecimientos médicos en el lugar de comisión del delito pueda alterar esta calificación, porque si el autor de lo que primeramente constituye una tentativa de homicidio debe responder de un delito consumado, cuando también contribuye a la muerte una conducta *imprudente* del facultativo ejecutada en el proceso de curación, con mayor motivo aún debe hacerlo cuando el resultado letal también se produce por la circunstancia *accidental* de no poder ni siquiera *iniciarse ese proceso de curación*, bien porque la agresión se ha producido en un lugar sin instalaciones sanitarias (independientemente de que el agresor conociera o no esta circunstancia), bien porque se ha ejecutado en un lugar demasiado distante de donde el herido hubiera podido recibir asistencia médica.

Una vez solucionado este grupo de casos en los que la tentativa de homicidio deviene en un delito consumado por la circunstancia accidental de no ser posible –por el motivo que sea– prestar asistencia médica, paso a relacionar algunas resoluciones jurisprudenciales que se corresponden con lo que es, en sentido estricto, el tema de este epígrafe, es decir: de aquellos supuestos en los que una herida que ha puesto en peligro la vida de la víctima desemboca finalmente en la muerte porque a ello ha contribuido también la conducta imprudente de la víctima o de personas de su entorno.

1. El fallecido fue agredido por tres personas que le propinaron una «paliza» reiterada y de gran violencia, dada la situación inermemente de la víctima, por causa de su embriaguez», siendo la «causa propiamente dicha del óbito la hemorragia consiguiente al desgarro por traumatismo (inferido por los procesados) del riñón derecho de la víctima, aparte de los politraumatismos igualmente ocasionados por los autores del atroz castigo al interfecto», y aunque, si bien es cierto que «de haber sido diagnosticada a tiempo la lesión afectante a su riñón, su muerte pudo haber sido evitada», el hecho es que el fallecimiento se produjo, entre otros factores, por «la voluntaria falta de asistencia de los padres de la víctima [que «estaba separada de su esposa y distanciada de sus padres»] y el no menos voluntario descuido de ésta, al desatender la indicación médica de que se sometiese a un examen radiológico». El TS, en su sentencia de 9 de febrero de 1984 (A. 741), confirma la sentencia de instancia que había condenado a los tres autores por un homicidio doloso, concurriendo, como muy cualificada, la atenuante hoy desaparecida del artículo 9.4.<sup>a</sup> del anterior CP 1973 (preintencionalidad).

2. La STS de 13 de noviembre de 1991 (A. 8065) confirma la condena por un homicidio doloso en la persona de la víctima que falleció «a causa del shock hipovolémico producido por una hemorra-

gia aguda por herida de arma blanca en región abdominal» a pesar de que «si el fallecido se hubiera prestado a ser rápidamente asistido o éste no hubiese sido toxicómano con posible afectación a su anatomía por dicha circunstancia, se hubiera logrado impedir ese resultado letal».

3. La víctima (Antonio) recibió del autor «una puñalada en el abdomen que perforó dos asas intestinales, por un lado el colon trasverso, el mesocolon y la zona retroperitoneal, y por otro también el yeyuno con comunicación de la luz intestinal con la cavidad peritoneal por rotura de las tres capas del tubo intestinal». Trasladado Antonio a un hospital «le fue suturada la perforación del colon trasverso y del mesocolon, pero no así del yeyuno, al no haber sido observada por el cirujano. A la mañana siguiente, Antonio solicitó voluntariamente el alta hospitalaria, que le fue concedida, y se marchó del hospital, pese a existir una herida quirúrgica de veinte centímetros de longitud consecuencia de la operación, suturada con agrafes metálicos y con puntos amplios de seda. Pero ese mismo día volvió a ingresar en el mismo hospital en un estado de shock con sangrado por el drenaje y la herida, por lo que de nuevo fue intervenido quirúrgicamente de urgencias. Durante esta segunda operación se produjo una parada cardíaca intropertatoria, de la que se recuperó, pero tampoco en esta operación se suturó ni taponó la perforación del yeyuno al no ser observada por este segundo equipo médico la cual había desencadenado una peritonitis y la diseminación general de gérmenes que provocó un shock séptico, a consecuencia del cual, unido a un shock hipovolémico, falleció Antonio ese mismo día». Ciertamente que la muerte es reconducible, además de, naturalmente, a la puñalada, a una serie de imprudencias cometidas por los facultativos; pero también lo es a la negligencia de la propia víctima que abandonó voluntariamente el hospital al día siguiente de la primera intervención quirúrgica a la que fue sometido.

La Audiencia condenó al autor de la puñalada por un homicidio doloso, desestimando el TS, en su sentencia de 19 de mayo de 1994 (A. 3935) (69), el recurso de casación interpuesto por el procesado.

4. A nivel de *principio general* –que ni mucho menos aplica siempre el TS al enfrentarse con casos concretos–, se ha llegado a afirmar que «[l]a jurisprudencia de esta Sala, partiendo de la idoneidad de la acción para desencadenar el fallecimiento ... ha señalado que *únicamente pueden interferir el curso causal del resultado de la acción los llamados “accidentes extraños”, debidos a comportamien-*

---

(69) Esta sentencia ha sido comentada por BOLEA, ADPCP 1994, pp. 375 ss., quien reproduce en su trabajo los hechos probados que recojo en el texto.



tos maliciosos o negligentes del propio ofendido o de la conducta dolosa de un tercero, pero no las denominadas “causas preexistentes”, tales como los padecimientos crónicos del ofendido, su estado de salud o su debilidad física» (STS de 24 de febrero de 2000, A. 1454).

5. En el supuesto de hecho de la STS de 4 de julio de 2003 (A.5445), «[c]omo quiera que Juan Antonio F. se negó a abandonar el local [una discoteca], David B. G. [el portero de la discoteca y acusado] le inmovilizó sujetándole un brazo a la espalda y pasando el otro alrededor del cuello, llevándole a rastras con dicha finalidad hasta la salida de emergencia acompañado por el también vigilante Jorge V. V. y, una vez en la calle Canigó, habiéndose adelantado este último unos pasos por entender controlado el tema, el acusado empujó hacia fuera violentamente a Juan Antonio F. quien debido a la fuerza del empujón propinado cayó pesadamente al suelo (con un golpe seco que fue percibido por el señor V. V., quien se giró al oírlo) donde quedó tendido.—David B. G. consciente de que, por tenerle sujeto y dada la distinta complejidad física entre uno y otro, dándole un violento empujón a Juan Antonio F., podía caer y causarle lesiones, llevó a cabo la acción peligrosa, no controló ni calculó como debía, dado sus conocimientos de defensa y ataque adquiridos por la práctica del Tai Jitsu, la potencia lesiva de dicho empujón que originó la fractura del hueso femoral izquierdo de la cabeza con consiguientes sendos hematomas epidural y subdural que le ocasionaron, desde un principio, un estado de precoma que desembocó en un estado de coma irreversible diagnosticado dieciséis horas después cuando fue atendido en el Hospital del Valle Hebrón del que falleció al día siguiente». «En las presentes actuaciones», se sigue diciendo en la referida sentencia, «no estamos juzgando a Lourdes V. J., la compañera del fallecido, que, creyendo que se iba a recuperar, lo llevó a casa en lugar de trasladarle al hospital, y allí le tuvo muchas horas dormido hasta que se dio cuenta de que ya no reaccionaba, siendo entonces cuando llamó a la ambulancia.—No sabemos lo que habría pasado si la asistencia médica hubiera sido inmediata, pero sí podemos afirmar que el hecho del fallecimiento de Juan Antonio se ha de imputar objetivamente al golpe recibido contra el suelo. Una tardía asistencia médica no puede, en el presente caso, eliminar la relación de causalidad entre aquel golpe inicial y el resultado final. Esa acción peligrosa de David produjo la muerte. Dentro del ámbito del riesgo creado por tal conducta del acusado se produjo la muerte. No existió ninguna acción posterior que pudiera excluir la imputación objetiva. *La tardanza de Lourdes en llevar al lesionado al hospital carece de eficacia a los efectos de interrumpir el nexo entre el empujón de David y la muerte de Juan Antonio*» (cursivas añadidas).

El TS desestimó el recurso interpuesto contra la sentencia del TSJ Cataluña que condenó al acusado como autor de un delito de lesiones dolosas en concurso ideal con otro de homicidio imprudente.

6. Finalmente, y por citar una resolución alemana, una sentencia del BGH de 1994 (70) se manifiesta en el sentido de que la imprudencia de la víctima que descuida su herida o que no atiende las instrucciones que recibe de los médicos para que la lesión evolucione favorablemente no excluye la imputación objetiva. La referida sentencia se ocupa de un supuesto de hecho en el que el herido gravemente, a quien en el hospital se le indica que su vida corre peligro y que necesita tratamiento estacionario, regresa a su casa, para allí seguir bebiendo, falleciendo a consecuencia de las lesiones no tratadas; el tribunal condena por homicidio a las dos personas que le habían agredido inicialmente con la siguiente fundamentación: aunque «el tratamiento médico le habría salvado», no obstante, «la relación de imputación no se ha interrumpido en virtud de la negativa a someterse al tratamiento médico necesario, puesto que la muerte del lesionado se ha producido a consecuencia de un desarrollo de los acontecimientos que no se encuentra fuera de lo que es probable en la vida».

*ccc)* Toma de posición

Se podría pensar que en estos supuestos reaparece la cuestión, ya analizada supra IV B 2, de la *impune* participación imprudente en una autopuesta en peligro imprudente con resultado de muerte, ya que, si bien la grave herida inicial causada por el autor primario ha sido dolosa –lo que justificaría ya, sin más, la responsabilidad por una tentativa de un delito contra la vida–, no obstante ese autor primario no tenía por qué saber –a lo sumo: podría haber previsto– que el herido iba a asumir, libre e imprudentemente, el riesgo de, descuidando las medidas terapéuticas oportunas, contribuir a su propia muerte.

Pero los casos estudiados supra IV B 2 de participación imprudente en una autopuesta en peligro imprudente con resultado de muerte –y que he resuelto en mis trabajos citados supra en las notas 66 y 67 en el sentido de negar la imputación objetiva del resultado mortal al partícipe– no son equiparables a los que están siendo ahora objeto de nuestro estudio. Porque en los referidos casos la víctima asume ab initio *crear* la situación de riesgo –quien fallece porque acepta imprudentemente beberse la botella de whisky que el partícipe imprudente

---

(70) Reproducida en NSTZ 1994, p. 394.

le invita a ingerir, diciéndole que se la pagaría (71) (ejemplo inequívoco de impune participación imprudente en una autopuesta en peligro imprudente con resultado de muerte) está de acuerdo en pasar de una situación ausente de riesgo alguno (antes de beber) a otra gravemente peligrosa (cuando decide voluntariamente ingerir el whisky)—, mientras que en los supuestos que ahora nos ocupan a la víctima *se le ha impuesto contra su voluntad* (al asestar el autor a la víctima, por ejemplo, las puñaladas que le han colocado al borde de la muerte) una situación de peligro *no deseada*, si bien, una vez que ésta ha sido creada, el agredido, contravinendo, por ejemplo, los consejos médicos, mantiene y agrava imprudentemente el *riesgo preexistente no querido*, desembocando éste en el resultado letal.

De ahí que estas situaciones no sean equiparables a la impune participación imprudente en una autopuesta en peligro imprudente con resultado de muerte: más bien lo son, por el contrario, a los supuestos estudiados supra IV A 1 de agresiones constitutivas de tentativa de homicidio en los que la muerte final es reconducible también a la imprudencia de un tercero (generalmente, perteneciente al personal médico), y en los que, como ya he expuesto, el autor primario debe responder, independientemente de la eventual responsabilidad por homicidio imprudente del autor secundario, por un delito doloso consumado contra la vida. Porque, si cuando el agresor originario ha causado heridas de tal gravedad que ponen en peligro la vida del agredido y que, por ello, constituyen ya una tentativa de homicidio, el Código Penal *sólo* prevé que quede exento de responsabilidad por un delito consumado si es *ese mismo agresor originario*, quien, desistiendo voluntariamente y evitando el resultado, el mismo se saque, por así decirlo, las castañas del fuego, entonces no puede pretender tampoco liberarse de su responsabilidad por un delito consumado si la víctima —o alguna persona de su entorno—, al comportarse imprudentemente, no han evitado el resultado, es decir: no han desistido por él evitando ellos mismo el resultado, es

---

(71) Así, el supuesto de hecho del AAP Córdoba de 26 de septiembre de 1995: «Sobre las 24 horas del día 17 de noviembre de 1994 Antonio L. G. [la víctima] ... llegó a la discoteca "Distrito Cero" de la ciudad de Lucena, dirigiéndose a la barra en la que se encontraba Antonio J. C. [el querellado] que estaba consumiendo una botella de whisky; una vez allí le indicó que iba a beber una botella entera el solo, a lo que L.G. contestó que él sería igualmente capaz de tomársela, replicándole aquél que él se la pagaba si se la bebía entera. A los pocos minutos después de haber ingerido buena parte del whisky que contenía la botella, Antonio L. G. falleció por intoxicación alcohólica aguda». La Audiencia Provincial de Córdoba, con razón, confirma el auto de archivo y sobreseimiento de las actuaciones decretado por el Juzgado de lo Penal, desestimando el recurso de apelación de la acusación particular que pretendía que Antonio J. C. fuera imputado por un homicidio imprudente.

decir: no le han sacado las castañas del fuego. Con otras palabras: el autor de lo que en principio es –por la gravedad de las heridas causadas– una tentativa de homicidio sólo puede evitar su responsabilidad por un delito consumado si es precisamente él quien desiste voluntariamente y quien evita el resultado, sin que pueda eludir esa responsabilidad con el argumento de que otros –la víctima incluida– no habrían evitado lo que el autor originario tenía *personalmente* que impedir, si es que quería que no se le imputase objetivamente el resultado de muerte. Y así como al agresor inicial le beneficia –*a pesar de que no ha hecho nada para merecerlo*– que la víctima aplique todas las medidas terapéuticas indicadas para salvar su vida, consiguiendo, así, que las heridas potencialmente letales no desemboquen en el fallecimiento –en tal caso el autor primario, *a pesar de que no ha hecho nada para evitar el resultado*, sólo responde de una tentativa de homicidio–, igualmente le tiene que perjudicar (respondiendo por un homicidio consumado) que la víctima, negligentemente, no detenga el proceso causal letal desencadenado por ese autor primario.

Como consecuencia de lo hasta aquí expuesto, hay que afirmar: La causación de heridas que ponen en peligro la vida de la víctima condicionan la entrada en juego de un delito *consumado* doloso contra la vida, aunque a la muerte final hayan contribuido también las conductas imprudentes de la víctima o de las personas de su entorno, por lo que, en contra de la doctrina científica, es irrelevante para la aplicación de ese delito consumado que la víctima o las personas de su entorno fueran o no conscientes del peligro para la vida que encerraba su imprudencia, como lo es también que la imprudencia fuera grave o leve: en cualquier caso el autor primario debe responder por un homicidio consumado. Y, en consecuencia también, hay que rechazar que, *en lugar de un homicidio consumado*, sea aplicable a estos casos un homicidio doloso con la atenuante de preterintencionalidad (tal como hizo, sin embargo, la STS de 9 de febrero de 1984 [supra bbb] 1), cuando esta circunstancia atenuante figuraba aún en el Código Penal), o unas lesiones dolosas en concurso con un homicidio imprudente (así, la STS de 4 de julio de 2003, [bbb] 5).

A otro resultado hay que llegar cuando la víctima, a la que el autor ha causado intencionadamente una lesión que pone en peligro su *vida*, *aprovecha esa situación creada para (dolosa o dolosoeventualmente)* quitarse la vida, esto es: para *suicidarse*, pues en tal caso la herida que ha puesto en peligro la vida del agredido constituye, *simultáneamente*, una tentativa de homicidio y una participación (probablemente fortuita y, como mucho, imprudente) en un suicidio, por lo que sólo debe responder por la primera calificación, pero no por la segunda, ya que,

como he expuesto en otro lugar (v. mis trabajos citados supra en las notas a pie de página 65 y 66) la participación imprudente –y mucho más aún: la fortuita– en un suicidio es impune en Derecho español.

La conclusión de que en todos los casos en los que la herida constituye –por su gravedad– una tentativa de un delito contra la vida, el autor debe responder por un homicidio o asesinato consumados, si a la muerte contribuye también la conducta imprudente de la víctima o de personas de su entorno, no supone –como ya indiqué al ocuparme de heridas potencialmente letales que conducen a la muerte porque también se interpone la acción posterior imprudente de un tercero (generalmente, de un médico)– ninguna infracción del llamado principio de culpabilidad: el autor de lo que es originariamente una tentativa de homicidio o de asesinato, que ha causado gravísimas lesiones a su víctima, ha traspasado con esa acción inicial dolosa, en cierto sentido, una *point of no return*, en cuanto que ha querido matar a otra persona y la ha colocado al borde de la muerte, y el ordenamiento jurídico sólo le premia, benévolamente y anulando incluso la punibilidad por tentativa, si, además de desistir voluntariamente, consigue evitar el resultado, porque, si no lo consigue, entonces la responsabilidad aplicable es la del delito consumado. Y si ello es así, y así es porque lo dice el Código Penal, entonces, y con mayor motivo, tendrá que responder de un delito consumado contra la vida, cuando habiendo cometido la misma acción de querer matar a otro poniendo en riesgo su vida, el resultado letal se produce –*sin que ni siquiera haya desistido voluntariamente*– a consecuencia de la actuación imprudente de la propia víctima o de una persona de su entorno.

2. CURSOS CAUSALES IRREGULARES EN LOS QUE EL PRIMER AUTOR EJECUTA UNA ACCIÓN CON INTENCIÓN DE LESIONAR, PERO NO DE MATAR, QUE SE MATERIALIZA EN UNAS LESIONES QUE NO PONEN EN PELIGRO LA VIDA DE LA VÍCTIMA, CONTRIBUYENDO AL AGRAVAMIENTO DE LA LESIÓN ORIGINARIA O A LA MUERTE FINAL LA INTERVENCIÓN DOLOSA O IMPRUDENTE DE LA VÍCTIMA Y/O DE UNA TERCERA PERSONA O LA PREDISPOSICIÓN FÍSICA DESFAVORABLE DE LA PROPIA VÍCTIMA

#### a) *Introducción*

Este grupo de casos se diferencia de los hasta ahora tratados en dos aspectos: en primer lugar, en que *el autor no actúa con intención de matar, sino de lesionar*, y, en segundo lugar, en que la lesión inferida, *por sí misma, no ponía en peligro la vida de la víctima ni tampoco que esa lesión sufriera una agravación*, y coincide con aquéllos en el elemento común de que la lesión inicial causada por el autor primario se ve

agravada e, incluso, desemboca en la muerte de la víctima, porque a ello contribuye también la acción dolosa o imprudente de ésta y/o de terceras personas, o una predisposición física desfavorable del agredido.

En el supuesto de que a esas heridas potencialmente no-letales le subsiga la muerte, estaríamos ante lo que, en su día, se denominó homicidio preterintencional, atenuante de preterintencionalidad que también solía aplicarse a la calificación como lesiones agravadas dolosas, cuando el autor, que sólo quería causar y que sólo había causado unas lesiones de menor envergadura, veía que éstas finalmente se agravaban por la intervención imprudente de un tercero (incluyendo la de la propia víctima) o por la predisposición desfavorable de ésta.

Para abordar este grupo de casos hay que distinguir dos períodos distintos en la legislación española: el anterior a 1983 y el posterior a ese año, cuando en virtud de la L.O. 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, se introduce en nuestro Derecho penal el llamado «principio de culpabilidad», esto es: el de que sólo existe responsabilidad penal si el resultado se ha causado con dolo –en cuyo caso es aplicable el correspondiente tipo doloso– o con imprudencia –en cuyo caso entra en juego el eventual tipo imprudente–, quedando excluida la responsabilidad cuando la causación del resultado más grave se ha producido por caso fortuito, independientemente de si la acción inicial fue lícita o ilícita.

b) *La situación anterior a la entrada en vigor de la L.O. 9/1983, de 25 de junio*

Antes de la reforma de 1983 en nuestro Código Penal regía el principio del «*versari in re illicita*», esto es: de que, si *con ocasión de una acción ilícita penal*, se causaba un resultado más grave, éste debía imputarse al autor, aunque dicho resultado no se hubiera producido con dolo ni con imprudencia. El principio del «*versari*» se recogía, entre otros preceptos, en el artículo 8.8.º CP, que declaraba la exención de responsabilidad por caso fortuito *sólo* cuando la acción inicial causante del resultado más grave producido sin dolo ni imprudencia hubiera sido una acción *penalmente lícita*, de donde se deducía, a contrario, que si ese comportamiento originario había sido ya penalmente típico (por ejemplo, unas lesiones dolosas) se respondía de todas sus ulteriores consecuencias (lesiones más graves, muerte) aunque éstas hubieran sobrevenido fortuitamente, respondiéndose, además, por el resultado agravado *como si* se hubiera cometido *dolosamente*, siendo aplicable a ese delito doloso (por ejemplo, a un homicidio doloso), como mucho, la atenuante de preterintencionalidad del artículo 9.º4.ª: «La de no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo». La ciencia y, en

menor medida, la jurisprudencia españolas trataron de limitar, en lo posible, y sólo ocasionalmente por lo que se refiere a la jurisprudencia, los injustos resultados a los que conducía la aplicación del «versari» de la mano de teorías causales, distintas de la de la condición, como, por ejemplo, la de la causalidad adecuada, la de la interrupción del nexo causal o la de la consecuencia natural.

Ciertamente que en la jurisprudencia anterior a la reforma de 1983 es posible encontrar algunas sentencias en las que, a pesar de la vigencia del principio del «versari», no obstante los tribunales condenaban sólo por las lesiones inicialmente causadas, excluyendo de imputar al autor el agravamiento de las lesiones originarias o la muerte finalmente sobrevenida, cuando a estos resultados más graves hubiera contribuido también la intervención imprudente de un tercero o de la propia víctima o la predisposición desfavorable de ésta (72).

---

(72) Así, por ejemplo:

La STS de 15 de junio de 1874, en la que la herida inicial –si no hubieran surgido otros factores, como la «predisposición [del lesionado] a erisipelas», y el hecho de que la víctima «se expuso a la intemperie», descuidando de aplicar medidas terapéuticas durante 11 días, acudiendo al facultativo sólo cuando «not[ó] la peligrosa agravación de la herida– «se hubiera curado antes de treinta días»; el TS revoca la sentencia de instancia, que había condenado al acusado por un homicidio preterintencional, calificando el hecho solamente de lesiones, ya que «con tal calificación [de homicidio preterintencional] vendría a hacerse responsable al procesado recurrente de las consecuencias de actos y omisiones notablemente imprudentes de Gregorio de Pablos [la víctima], que por desgracia contribuyeron conocidamente a su muerte y que en razón y justicia son imputables solamente a este último y de ningún modo a aquél, que ni tuvo participación alguna en ellas ni podía evitarlas».

La STS de 24 de mayo de 1876, que anula la sentencia de instancia que había condenado a la procesada por un delito de homicidio doloso, argumentado «que el expresado hecho no puede legalmente calificarse de homicidio, porque así vendría a hacerse responsable a la procesada recurrente de las consecuencias de actos imprudentes y de excesos de la susodicha lesionada [que “cometió excesos en la comida y bebida y se arrancó algunas veces violentamente el vendaje que cubría la herida”] que contribuyeron a su muerte, y que en razón y en justicia solamente son imputables a esta última, y de ningún modo a aquélla, que no tuvo participación alguna en ellos, ni podía evitarlos».

La STS de 21 de enero de 1891 rebaja la sanción de lesiones graves a leves, ya que «no es imputable al autor de un delito de lesiones la duración de éstas [“dichas heridas debieron estar curadas a los cinco o seis días, a no ser por la falta de asistencia facultativa y el abandono por parte de la paciente”], no debida a complicaciones traumáticas, al temperamento y constitución física de la lesionada, a influencia atmosférica o a cualquiera otra eventualidad extraña al modo de proceder del lesionado, sino a la conducta que éste observó, dejando de procurar asistencia facultativa y desatendiendo su propia curación».

La STS de 22 de enero de 1921 anula la de instancia, que había condenado al acusado por un homicidio doloso, estimando que sólo ha cometido «un delito complejo de disparo de arma de fuego y lesiones menos graves», ya que «la muerte del

Pero esta línea jurisprudencial era la excepción: lo habitual, en una aplicación consecuente del principio del «versari», era que los tribunales calificaran la conducta del autor teniendo en cuenta el resultado final (lesiones agravadas o muerte), prescindiendo de si ese resultado final se había causado por el lesionador originario con dolo o con imprudencia, tal como ponen de manifiesto, entre otras, las SSTs: de 21 de noviembre de 1884 (73), de 27 de noviembre de 1895 (74), de 2 de abril de 1904 (75), de 3 de octubre de 1928 (76), de 31 de enero

---

lesionado fue debida a la septicemia ... [porque] los facultativos no extrajeron de la herida [en el muslo izquierdo causada con un proyectil] los trozos de pantalón y calzoncillo que el proyectil había arrastrado hacia ella y que “cuando intervinieron y sacaron esos fragmentos de tela y otros cuerpos extraños era ya tarde, la operación fracasó y el herido falleció”, todo lo cual evidencia, pues, que la herida que ... debió curar por su propio carácter y naturaleza dentro de los treinta primeros días, no pudo originar la muerte, sino que ésta se determinó por causas independientes del carácter y naturaleza de la herida, y como resulta claro que no sólo no fue debidamente curada, sino que en su fondo permanecieron esos cuerpos extraños y provocaron la infección purulenta de la sangre, esa septicemia y no la herida fue la causa originaria de la muerte del lesionado, al cual no es imputable, es verdad, pero tampoco puede atribuirse, sin injusticia notoria, al acusado».

(73) Que mantiene la condena por homicidio, a pesar de que la herida originaría «podía curarse dentro de los siete primeros días, si no sobreviniera alguna complicación», complicación que efectivamente se produjo por no haberse «guardado las prescripciones facultativas», ya que «a no haberse abandonado la curación, se hubiera evitado la formación del foco purulento, o se hubiera podido atacar dando salida al pus», negligencia de terceras personas que condujo finalmente a una pleuresía que causó la muerte de la víctima.

(74) En esta sentencia se establece que «las lesiones inferidas por Benito Gallnes, origen de este proceso, no se curaron hasta los treinta y seis días, en los que estuvo el ofendido impedido de trabajar; y si bien resulta que algunos antes pudo haber sanado sin las voluntarias o necesarias flexiones del brazo herido, como no aparece que estas flexiones fueran intencionales, la culpabilidad de aquél, como autor de lesiones graves que causaran impedimento para el trabajo por más de treinta días, está justamente castigada».

(75) En la que se mantiene la sentencia de instancia por un homicidio doloso con la atenuante de preterintencionalidad en un supuesto en el que «consta que la lesión que sufrió Camilo Conde determinó su muerte, y si bien en las preguntas quinta y séptima se habla de hechos realizados por el lesionado que pudieron contribuir a ese desenlace, ni la aplicación de telas de araña y raspaduras de sombrero viejo a la parte herida, por irracional que sea, tuvo seguramente otro objeto que el de cohibir la hemorragia, ni el acto de levantar Camilo el apósito y vendaje para enseñar la mencionada herida a los que iban a visitarle puede autorizar una calificación más benigna del hecho justificable ... porque no hay dato alguno que permita suponer que el lesionado tuviera el propósito de empeorar su situación a fin de perjudicar al procesado agravando su responsabilidad, y en tal concepto son imputables a éste el daño causado y sus consecuencias».

(76) Que condena al procesado por un parricidio con la atenuante de preterintencionalidad, a pesar de que las lesiones originarias «debieron curar, bien trata-



de 1934, de 4 de julio de 1946 (A. 794)(77), de 18 de octubre de 1946 (A. 1097)(78) y 19 de febrero de 1979 (A.704).

c) *La situación posterior a la entrada en vigor de la L.O. 9/1983, de 25 de junio*

aa) **Introducción**

A partir de la introducción en nuestro Código Penal, en 1983, del llamado principio de culpabilidad –ahora sólo existen dos títulos de imputación: el dolo y la imprudencia– basta y sobra con la aplicación consecuente de dicho principio para solucionar satisfactoriamente estos casos en un Código Penal donde ya no rige el «*versari in re illicita*» ni existe la atenuante de preterintencionalidad.

Por todo ello, en este grupo de casos *no tiene ninguna aplicación la teoría de la imputación objetiva*, ya que –como entiende correctamente la actual jurisprudencia– estamos únicamente ante un problema que puede y debe resolverse sobre la base de que, de acuerdo con el vigente Código Penal, la responsabilidad por dolo sólo entra en juego para los hechos causados dolosamente, por imprudencia, para los causados imprudentemente, teniendo que declararse la no-existencia de responsabilidad penal cuando el resultado –independientemente de si la acción inicial fue lícita o ilícita– se ha causado fortuitamente por el primer autor, esto es: sin dolo y sin imprudencia.

---

das después de los noventa días», produciéndose, no obstante, la muerte de la víctima porque fue sometida a un tratamiento médico defectuoso, justificando el TS la aplicación del parricidio porque «es inexcusable la culpa de quien, además de producir el daño primordial, impone una asistencia facultativa tan anticientíficamente ejercitada».

(77) El autor asestó a la víctima «con una navaja un golpe en la parte tercio superior del muslo izquierdo, no pudiéndose evitar la hemorragia lenta y gradual que se produjo por falta de acierto o medios del médico titular de la localidad»; el TS confirmó la sentencia condenatoria de instancia por un homicidio doloso con la atenuante de preterintencionalidad, ya que «es reo de un homicidio voluntario, si voluntario fue el acto de lesionar».

(78) El TS casa la sentencia de instancia, que había condenado el procesado por una *falta* de lesiones, calificando el hecho de *delito* de lesiones, ya que, acatando «como verdad legal consignada por el juzgador de instancia, la prolongación de la curación a 32 días por la causa apuntada [“la prolongación de la curación de la lesión a 32 días, en vez de 15” es reconducible al error médico en que incurrió el facultativo que prestó la primera asistencia], a ésta sólo puede dársele el alcance de un accidente surgido en la asistencia facultativa, no proveniente de acto malicioso por parte del que primeramente la prestó, y de cuyas consecuencias, como alega el recurrente y esta Sala tiene declarado, debe responder criminalmente el culpable que, con su acción, puso a su víctima en el riesgo de sufrirla».

bb) La imposibilidad jurídica de condenar al autor en estos casos por un homicidio doloso consumado

No obstante lo que acabo de exponer, y antes de entrar en la solución de este grupo de casos con la ayuda exclusiva del llamado «principio de culpabilidad», quiero acudir a un *argumento adicional* para demostrar por qué en estos supuestos es *jurídicamente imposible* imputar al autor de la lesión originaria –tal como hemos visto supra b) que hacían sentencias anteriores a la vigencia en nuestro Código Penal del referido principio– un homicidio doloso (fuera o no fuera con la concurrencia de la atenuante de preterintencionalidad).

Si, como sucede en los casos que estamos estudiando, la intención del autor primario era sólo la de lesionar, y esa intención se materializó en unas heridas que no ponían en peligro la vida de la víctima, la muerte del herido a consecuencia del ulterior comportamiento doloso o imprudente de un tercero (incluyendo al de la propia víctima) no puede imputársele al causante originario, en ningún caso, *a título de dolo*: si unas heridas *no letales* (porque no han afectado a partes vitales del cuerpo) causadas *sin dolo de matar* por el autor *no pueden integrar una tentativa de homicidio*, entonces, si el herido fallece a consecuencia de, por ejemplo, un error médico, a aquél no se le puede hacer responsable de un homicidio doloso, porque, en una muerte que no se produce instantáneamente y en la que entre el primer resultado (las heridas) y el segundo (el fallecimiento) transcurre un cierto espacio de tiempo, es técnicamente inviable que entre en juego un homicidio doloso consumado *cuando la acción inicial y su primer resultado* (las heridas no-letales causadas con dolo de herir) *no son constitutivas de una tentativa de homicidio*: todo homicidio doloso, y mientras la muerte no sobrevenga, viene *necesariamente precedido* por el estadio de la tentativa, y si el autor, en el caso de que la muerte no se hubiera producido –porque el médico, actuando correctamente, hubiera sanado las heridas–, sólo habría respondido, no por una tentativa de homicidio, sino únicamente por unas lesiones consumadas, entonces es imposible que, si el facultativo se equivoca, y condiciona dolosa o imprudentemente el fallecimiento de la víctima, aparezca de pronto, por generación espontánea, un homicidio doloso consumado. Resumiendo: Para que exista un homicidio doloso consumado es presupuesto necesario que, hasta que no fallezca la víctima, el comportamiento haya podido ser calificado de tentativa de homicidio, y como las heridas originarias producidas intencionadamente no pueden ser calificadas de tal

tentativa, ya que, por sí solas, ni pusieron en peligro la vida de la víctima ni se infligieron con ánimo de matar, de ahí que la muerte sobrevinida por la intervención dolosa o imprudente de un tercero no pueda imputársele como homicidio doloso consumado al primer causante.

Y lo mismo rige en relación a una conducta inicial de lesión que originariamente sólo se infirió con la intención de causar una lesión leve, cuando, a consecuencia de la conducta ulterior imprudente de un tercero o de la propia víctima, esa lesión se transforma en otra más grave subsumible en un tipo penal distinto –e, igualmente, más grave– de los delitos contra la integridad física: en este caso no es posible calificar ese hecho como un delito *doloso* consumado de la lesión finalmente más grave, ya que la acción originaria tampoco pudo calificarse en su momento inicial –anterior a la intervención imprudente o dolosa de un tercero– de tentativa del tipo agravado de lesiones.

#### cc) La combinación dolo-imprudencia

Pero, como ya he señalado, en todos estos casos *no estamos ante un problema de imputación objetiva*, sino exclusivamente de aplicación del llamado «principio de culpabilidad», que atribuye al dolo lo que es del dolo, a la imprudencia, lo que es de la imprudencia, y excluye de la responsabilidad penal los resultados imprevisiblemente sobrevinidos. En consecuencia, si a la herida dolosa –no constitutiva de tentativa de homicidio– le subsigue, por la intervención dolosa o imprudente de un tercero, o por cualquier otra circunstancia, como lo puede ser la predisposición física del agredido, una agravación no-querida de la herida o, incluso, la muerte de la víctima, y tal agravación o tal muerte eran previsibles para el autor originario, entonces éste responderá de unas lesiones *dolosas en concurso* con unas lesiones más graves *imprudentes* o, en su caso, con un homicidio *imprudente*; en cambio, si tales resultados más graves se produjeron sin dolo ni imprudencia, esto es: imprevisiblemente, entonces al autor inicial únicamente se le podría hacer responsable de la lesión originaria dolosa, sin que la ulterior agravación se le pueda imputar ni siquiera a título de imprudencia.

Esta es también la solución que adopta la actual jurisprudencia española, prescindiendo de la teoría de la imputación objetiva –porque aquí no se trata de un problema de imputación objetiva (aunque los tribunales, para fundamentar su fallo, acuden, a veces, *además*, inne-

cesaria y superfluamente, a dicha teoría) (79)–, y aplicando el llamado «principio de culpabilidad», ya que estamos simplemente ante la aplicación del principio consagrado en nuestra legislación penal (arts. 5.º y 10 CP) de que sólo pueden castigarse como hechos dolosos los cometidos con dolo, como imprudentes los cometidos con imprudencia, debiendo quedar impunes los producidos de forma imprevisible para el autor originario. Y en este sentido se han pronunciado, por ejemplo, y entre otras muchas, las SSTS de 12 de abril de 2002 (A. 4769) (80), 2 de octubre de 2002 (A. 10099) (81), 16 de octubre de 2002 (A. 9908) (82), 23 de diciembre de 2002 (A. 10637) (83), 5 de marzo de 2003 (A. 2734) (84), 16 de septiembre de 2003 (A. 6202) (85)

(79) Así, por ejemplo, además del principio de culpabilidad, mencionan también la teoría de la imputación objetiva, las SSTS de 31 de octubre de 1987 (A. 74675), 16 de octubre de 2002 (A. 9908), 25 de septiembre de 2003 (A. 6503) y la SAP de Cantabria de 14 de septiembre de 2001.

(80) Concurso entre una falta de lesiones dolosa y un delito de lesiones imprudente: «El acusado, en el caso de autos, propinó un contundente puñetazo, y cierto que no pudo representarse y aceptar los gravísimos resultados producidos (dolo eventual), pero ello no quita que resultaran excluidos. Por tanto podía preverse como posible la producción de resultados más graves de los que con un simple puñetazo se provocan.—En el supuesto sometido a nuestra consideración, el puñetazo fue tal, que dio con la víctima en el suelo golpeando con la cabeza en él. Y es indudable que cuando el cuerpo es proyectado o impulsado por una enérgica agresión, puede ocasionar resultados como el que produjo.—Ahora bien nunca podremos calificar el hecho en su conjunto como imprudencia leve del artículo 621.3 CP, como pretende el censurante, ya que el golpe inicial fue voluntario y consciente (doloso), debido a la exclusiva iniciativa del acusado».

(81) Concurso entre falta de lesiones dolosa y homicidio imprudente.

(82) Concurso entre lesiones dolosas y homicidio imprudente: «ambos acusados con claro ánimo de menoscabar su integridad física y voluntad de defensa le propinaron puñetazos y patadas por todo el cuerpo consiguiendo arrebatarle 60.000 pesetas que llevaba ...—A resultas de la agresión efectuada por ambos acusados Juan Carlos G. V. resultó con lesiones en la cabeza, cara, tórax, brazo, piernas y abdomen con rotura de bazo que se vio favorecida por una importante fragilidad debido a una esplenomegalia anterior a los hechos y que provocó el shock hemorrágico que, a pesar de la asistencia médica ya referida, le causó la muerte a las 22.30 horas».

(83) Concurso entre una falta de malos tratos dolosa y un delito de lesiones imprudentes.

(84) Concurso entre un delito de lesiones dolosas y un homicidio imprudente: «con una empuñadura de acero colocada en la mano le dio un golpe seco [a la víctima] a la altura del cuello, lo que le produjo una luxación completa de las vértebras C-5 y C-6 con sección total de la médula, lesión que le provocó de forma instantánea una tetraplejía de naturaleza irreversible», produciéndose posteriormente la muerte del agredido por no haber sido consciente el médico que primeramente le atendió de la gravedad de las heridas que sufría el lesionado.

(85) Concurso entre una falta de lesiones en grado de tentativa y un delito de lesiones imprudente: «La ofendida ... recibió un contundente golpe en la boca, desde

y 20 de marzo de 2007 (A. 1931) (86), resumiéndose en esta última sentencia de la siguiente manera cuál es el criterio aplicable a este grupo de casos: «En definitiva, se trata de calificar la acción en atención a la culpabilidad atribuida al sujeto activo. Hay que recordar que en estos casos, antes de la Reforma Urgente del CP/1973, de 25 de junio, y como vestigio del principio de objetivación por el resultado, se hacía responder al agente vía dolo del resultado producido aunque éste no fuera querido. Era un tributo al principio del “*versari in re illicita*” que quedó definitivamente desterrado en la reforma indicada y desde entonces acciones como la ahora enjuiciada se sancionan con la fórmula del concurso ideal formado por la infracción dolosa inicialmente querida y atribuida al actor, y el resultado realmente producido que se le atribuye a título de imprudencia, esto es, con ruptura del título de imputación».

Estos supuestos de lesiones dolosas en concurso con lesiones agravadas o muertes *imprudentes* se encuentran emparejados, por así decirlo, entre otros dos grupos de casos: uno, más grave, en el que el resultado final debe imputarse, no a título de imprudencia, sino de *dolo eventual*, y otro, menos grave, en el que de ese resultado final no es responsable en absoluto el autor inicial, ya que aquél se ha producido imprevisiblemente para el autor primario.

#### dd) La combinación dolo directo-dolo eventual

Como ejemplos del primer grupo de casos (lesiones iniciales con dolo directo de primer grado-resultado agravado producido con dolo eventual), en el que, por consiguiente, el autor debe responder por el resultado final sobre la base del correspondiente tipo doloso (ya que en él hay que subsumir, naturalmente, tanto los resultados causados con dolos directos de primer y de segundo grado como con dolo eventual), pueden mencionarse las SSTS de 15 de mayo de 2002 (A.4603) (87) y de 14 de octubre de 2002.

---

el momento que dio con ella en el suelo; y bien por efecto directo del golpe (no buscado de propósito) o como consecuencia de la caída al suelo se ocasionó la pérdida de dos incisivos. Quizás con esta acción se anticipó o precipitó la pérdida de los mismos, pero la causa eficiente no fue otra que el golpe recibido o bien la caída sufrida, a consecuencia del mismo».

(86) Concurso entre una falta de lesiones dolosa y un delito de lesiones imprudente: «En el caso de autos existe un inequívoco arranque doloso por parte del recurrente concretado en la acción de golpear violentamente en la cabeza a la víctima, la que cayó al suelo, dándose un fuerte golpe que le produjo un traumatismo craneoencefálico con hematoma subdural».

(87) El acusado dio un puñetazo en el ojo a la víctima que le produjo el estallido del globo ocular, lo que tuvo como consecuencia la ablación completa de éste.

ee) La combinación dolo-caso fortuito

Como ejemplos del segundo grupo de casos (lesiones iniciales dolosas-resultado agravado sobrevenido imprevisiblemente para el autor inicial), en el que, por consiguiente, de este último resultado no responde el autor inicial, me remito a la STS de 31 de octubre de 1987 (A. 7645)(88) y a las SSAP de Cantabria de 14 de septiembre de 2001 (89), de Granada

---

Frente a la sentencia de instancia, que había condenado por una falta dolosa de lesiones en concurso con un delito imprudente de lesiones por el resultado agravado, el TS casa la sentencia argumentando lo siguiente: «De ese análisis conjunto [de la sentencia de instancia] se sigue que la agresión fue producida de manera deliberada por el acusado y el resultado previsto por el tipo del artículo 149 del CP –pérdida de miembro principal como lo es el ojo, y privación total de la vista de ese ojo que es lo que significa amaurosis– estuvo causalmente vinculado con la acción. La jurisprudencia expuesta supra permite inferir racionalmente que dicho resultado es imputable al acusado a título de dolo eventual pues sabía lo que hacía y conocía el peligro generado por su acción por lo que puede inferirse racionalmente su aceptación del resultado».

(88) «[L]a acusada, con fines agresivos, dio dos patadas al ofendido en el tercio medio de la pierna derecha, causándole así una herida contusa de 2 por 2,1 cms., con ligerísimo desprendimiento de la epidermis, de pronóstico leve, y que hubiera tardado en curar menos de quince días sin necesidad de asistencia facultativa, ni impedimento para su trabajo habitual por más tiempo, lo que indica, de modo inequívoco, tanto por los medios comisivos, como por el resultado inicial, que el propósito de la acusada no fue el de lesionar al ofendido de un modo grave y de mayor entidad ... [L]as susodichas lesiones hubieran curado en el tiempo antecitado “de no ser porque persona o personas no identificadas, con la aquiescencia del señor F [la víctima] manipularon la herida con el propósito exclusivo de alargar el tiempo de curación y así perjudicar a la procesada, agravando su responsabilidad penal”.» El TS confirmó la sentencia del tribunal a quo, que había condenado a la autora únicamente por una falta de lesiones, no imputándosele las lesiones agravadas que subsiguieron a aquella y que dicha autora difícilmente hubiera podido prever.

(89) «Según afirman los hechos probados ... y se desprende del informe del médico forense las lesiones ocasionadas a la persona antes citada constituyen una falta de lesiones del artículo 617.1.º CP, en cuanto para su curación no era menester tratamiento médico ni quirúrgico, y su sanidad se hubiera producido en unos días.– Se reconoce también que se tuvo que instaurar un tratamiento médico que prolongó considerablemente la curación a consecuencia de una enfermedad preexistente–diabetes ...– En este contexto la Sala llega fácilmente a la conclusión de que esa situación preexistente resulta *ajena y extraña al curso causal normalmente previsto por el hombre medio*, y que el hoy recurrente, por consiguiente, *tampoco pudo prever esa circunstancia agravatoria del mecanismo de sanidad y de su duración*, por lo que ese plus no puede ser imputable ni objetiva ni subjetivamente al hoy recurrente, ni penal ni civilmente, ya que en ambos ámbitos opera el *caso fortuito* y la fuerza mayor como fronteras infranqueables para la exigencia de responsabilidad» (cursivas añadidas).

de 17 de enero de 2002 (90) y de Barcelona de 14 de noviembre de 2006 (91).

#### ff) Conclusiones

Una vez introducido en nuestro Código Penal el llamado «principio de culpabilidad», en estos supuestos en los que, con intención de lesionar, se produce un agravamiento de la lesión originaria menos grave o la muerte, porque a ello contribuye también la intervención dolosa o impru-

---

(90) En el supuesto de hecho de esta sentencia «el acusado, con una navaja de 10 cms. de hoja, asestó un pinchazo a Julio F. R. en la pierna izquierda [el día 25 de agosto de 1999], causándole una herida incisa de 3 cms. de diámetro, herida oblicua interna en dirección descendente de seis cms. de profundidad en región inguinal que no afectó órganos vitales y que, en circunstancias normales, hubiera curado en veinte días tras una primera asistencia facultativa, quedando como secuela cicatriz en dicha región. Julio F. R. padecía con anterioridad a los hechos una cardiopatía isquémica crónica con crisis de angina de esfuerzo, hipoquinesia leve anterolateral y diafragmática, así como diabetes mellitus II, enfermedades que no consta que conociese el acusado en el momento de los hechos, y que determinaron que Julio F. sufriera una parada cardiorrespiratoria cuando ambos, acusado y lesionado, se encontraban en la comisaría de la Plaza de Lobos de esta ciudad a que acudieron simultáneamente para dar cuenta de lo ocurrido. A consecuencia de dicha parada cardiorrespiratoria, Julio F. fue ingresado en el Hospital Clínico Universitario San Cecilio de esta ciudad en el que permaneció hospitalizado hasta que falleció el día 12 de octubre del citado año». La AP de Granada condena al acusado por un delito de lesiones agravadas por el medio comisivo, rechazando el recurso de apelación de los perjudicados, que solicitaban que se le hiciera responsable, además, por un homicidio imprudente, argumentando lo siguiente: «Pero el caso presente es distinto, hubo, sí, una pelea y agresión con navaja, *pero las circunstancias del agredido con respecto a las deficiencias coronarias no eran conocidas por el acusado*; el propio recurso lo reconoce tanto en la relación fáctica que propone “enfermedad que no consta conociera el acusado en el momento de los hechos”, final de expositivo I; como en los razonamientos del II, “aunque fueran desconocidas para el Sr. N [el acusado]”, bien es cierto que a continuación dice que debieron ser fácilmente detectables, pero eso no nos consta y estaría en contradicción con lo anterior; no toda cardiopatía es visible nítidamente al exterior, *por lo general no es detectable salvo situaciones ya extremas*, ni incluso por la edad que, en ocasiones, dice avanzada, recordemos que tenía la de 64 años, hoy, con el alza de la edad por razones evidentes, tal no debe estimarse con ese calificativo, sino por el de madura, u otros similares, pero no aquél» (cursivas añadidas).

(91) Según se recoge en esta sentencia, «[e]n el supuesto de que la víctima no hubiese llevado en el brazo la placa de osteosíntesis, la fractura del cúbito no se habría producido, y la lesión sólo habría requerido objetivamente para su curación una primera asistencia médica». El tribunal no hace responsable al autor por el resultado final, ya que «[a]sí las cosas, es evidente que, *siendo el dato de la anormal constitución de la víctima completamente desconocido para el Sr. Braulio [el acusado]* (recordemos que, antes de los hechos, agresor y víctima ni siquiera se conocían, y que *la mencionada placa de osteosíntesis no era perceptible a simple vista*), no puede imputarse objetivamente el resultado constitutivo de lesiones que se acaba produciendo, sino, únicamente, el resultado de falta de lesión para cuya producción era objetivamente adecuada la conducta realizada por el procesado» (cursivas añadidas).

dente de la víctima y/o de una tercera persona o la predisposición desfavorable de la propia víctima, la solución debe alcanzarse *prescindiendo de la –en estos casos superflua e inútil– teoría de la imputación objetiva* y acudiendo únicamente al contenido de aquel principio, según el cual sólo existe responsabilidad dolosa cuando el hecho se ha causado con dolo, imprudente, cuando se ha causado con imprudencia, no existiendo responsabilidad alguna cuando el resultado ha sobrevenido imprevisiblemente. De acuerdo con ello, y en función de si el resultado final más grave se ha producido imprudente, doloso eventual o fortuitamente, las conductas deben calificarse, respectivamente, de concurso entre las lesiones menos graves y el resultado final (imputable a título de imprudencia) de lesiones más graves o muerte, de lesiones más graves dolosas (por haberse producido el resultado final con dolo eventual), o de ausencia de responsabilidad por las lesiones agravadas o por la muerte cuando éstas han sobrevenido imprevisiblemente para el autor inicial.

3. CURSOS CAUSALES IRREGULARES EN LOS QUE EL PRIMER AUTOR EJECUTA UNA ACCIÓN CON LA INTENCIÓN DE MATAR, QUE SE MATERIALIZA EN UNAS LESIONES QUE NO PONEN EN PELIGRO LA VIDA DE LA VÍCTIMA, CONTRIBUYENDO AL AGRAVAMIENTO DE LA LESIÓN O A LA MUERTE FINAL LA INTERVENCIÓN DOLOSA O IMPRUDENTE POSTERIOR DE UN TERCERO, INCLUYENDO LA DE LA PROPIA VÍCTIMA, O BIEN LA PREDISPOSICIÓN FÍSICA DESFAVORABLE DE ÉSTA

Este tercero y último caso de curso causal irregular con arranque inicial doloso se parece al primero (A 1) en que el autor causa una lesión con intención de matar, pero se distingue de aquél, y se parece en este aspecto al segundo (A 2), en que por su mala puntería, por ejemplo, la lesión que causa –por ejemplo: en una mano– no pone en peligro la vida de la víctima, no obstante lo cual la herida, a consecuencia de una intervención posterior de la víctima o de un tercero, o de una predisposición desfavorable de la víctima, bien se agrava, bien desemboca en la muerte del primariamente lesionado.

Para ilustrar este grupo de casos con un ejemplo: El autor, con ánimo de matar, intenta apuñalar a la víctima en la yugular, consiguiendo ésta evitar la cuchillada letal y resultado lesionada sólo en una mano; no obstante, y a consecuencia de, por ejemplo, una imprudencia médica posterior, la en sí no-potencialmente letal herida en la mano desemboca en la muerte del agredido.

Podría pensarse que la solución de este grupo de casos tendría que ser la misma que propusimos para el primer grupo de casos –supra A 1: herida con intención de matar que *pone en peligro la vida de la víctima*, falleciendo ésta por la intervención imprudente de un tercero



o de la víctima–, solución que consistía en hacer responder al autor por un homicidio doloso consumado.

Pero esta solución la habíamos fundamentado con el siguiente razonamiento: Si alguien causa, con la intención de matarla, una herida potencialmente letal a otra persona, que en su lógico desarrollo patológico va a acabar con la vida de la víctima, la única posibilidad que tiene de evitar una responsabilidad por homicidio consumado es: primer requisito, desistiendo voluntariamente y, *además*, segundo requisito: impidiendo efectivamente el resultado, de tal manera que si, por el motivo que sea –mala suerte, actuación imprudente de la víctima o de terceras personas–, el voluntariamente desistido no consigue impedirlo, nada podrá librarle de que tenga que responder por ese homicidio consumado. De donde se sigue: si, aunque el autor desista voluntariamente –un elemento valorado positivamente por el ordenamiento penal–, no obstante responde por un homicidio consumado si no consigue evitar el resultado, con mayor motivo –dado que ni siquiera concurre en él ese factor favorable del desistimiento voluntario– responderá por igual delito si, por los mismos motivos –mala suerte, actuación imprudente de la víctima o de terceras personas–, el resultado mortal se produce.

Pero ese razonamiento no es aplicable a los casos que ahora nos ocupan. Ciertamente que el autor obró con intención de matar (lo que condiciona ya su responsabilidad por una tentativa de homicidio), pero como la *herida realmente producida* no suponía peligro alguno para la vida de la víctima, en estos casos no es imaginable desistimiento voluntario alguno que pudiera anular esa responsabilidad por tentativa de homicidio: si, por ejemplo, finalmente sólo se ha causado a la víctima una lesión en una mano, por mucho que el autor tuviera intención de matarla, no puede eludir su responsabilidad por tentativa de homicidio desistiendo voluntariamente y trasladando al herido, por ejemplo, a un centro médico: porque el motivo por el cual se «impid[e] la producción del resultado», en el sentido del artículo 16.2 CP, no es el eventual tratamiento médico al que sería sometido en dicho centro, sino simplemente la circunstancia de que una herida en una mano (por mucho que el autor hubiera querido inferir, sin que tuviera éxito, una herida mortal) no amenaza la vida de la víctima. De ahí que a ese autor que, con ánimo de matar, sólo ha causado una lesión leve, deba responder, en cualquier caso, por una tentativa de homicidio, ya que, como la víctima no corre riesgo alguno de perder la vida, tampoco es posible que el autor realice una acción posterior que impida la muerte de quien sólo ha sido lesionado levemente.

Pero en los casos que estamos estudiando esa herida leve y, consiguientemente, esa imposibilidad de anular su responsabilidad por tenta-

tiva de homicidio, sólo integra el *primer tramo* del acontecimiento. El *segundo tramo* que se desarrolla después consiste en que, una vez causada la herida originariamente no-letal –y que acarrea ya, por sí misma e irremediablemente, la responsabilidad del autor por una tentativa de homicidio, dado que no cabe desistimiento voluntario con evitación del resultado mortal porque ese resultado no amenaza con producirse y, por consiguiente, no hay nada que evitar–, no obstante, esa herida, una vez consumada, se transforma, a consecuencia de una intervención posterior de un tercero (por ejemplo, del médico encargado del tratamiento), en otra que pone en peligro la vida de la víctima y que, finalmente, conduce a la muerte de ésta. Castigar al autor en este caso por un homicidio consumado, tal como he propuesto supra para los casos recogidos supra A 1 (herida potencialmente letal que termina en la muerte de la víctima porque a ella contribuye también la imprudencia del facultativo durante el proceso de curación o de la propia víctima), no puede ser la solución correcta, *porque al grupo de casos que ahora nos ocupa no es aplicable el razonamiento de justicia material al que acudíamos para fundamentar esa responsabilidad por un homicidio consumado*: Si el desistimiento voluntario sin éxito del envenenador, aunque esa ausencia de éxito se deba a la posterior imprudencia del médico que no administra el antídoto adecuado, no puede evitar la responsabilidad de aquél por un asesinato consumado, a pesar de la concurrencia del factor valioso del desistimiento, entonces también debe responder igualmente por un asesinato consumado quien causa una herida potencialmente letal que también conduce a la muerte por una imprudencia ulterior del médico durante el proceso de curación, cuando ni siquiera concurre en el autor la valoración positiva de un desistimiento voluntario que en este caso no se ha producido: no puede ser de mejor condición el autor que desiste voluntariamente, y a quien, no obstante, por no evitar el resultado, hay que condenar por un delito consumado contra la vida, que aquel otro autor que ni siquiera ha intentado impedir que la muerte se produjera, aunque esta sobrevenga por la actuación imprudente de un tercero.

En este grupo de casos el razonamiento que nos permita alcanzar una solución tiene que ser, por consiguiente, distinto: en la medida en que ha querido matar, sin causar siquiera una herida potencialmente letal, el autor debe responder por una tentativa de homicidio. Y en la medida en que sólo ha causado *de hecho* una lesión leve, sólo responderá de la muerte (y a título de imprudencia), cuando el ulterior resultado letal sea reconducible –tal como hemos expuesto, y rige para los supuestos recogidos supra A 2 b) cc)– a la intervención antijurídica de un tercero o a una predisposición desfavorable de la víctima, cuando dicha intervención o dicha predisposición haya sido previsible para el

primer autor; porque, si no lo ha sido, entonces la muerte de la víctima ha sobrevenido fortuitamente para el primer autor, por lo que no puede ser hecho responsable penalmente del ulterior resultado.

Dentro de este grupo de casos, y para ilustrarlo jurisprudencialmente, hay que incluir, por ejemplo, el supuesto de hecho de la STS de 18 de marzo de 2002 (A. 6692): «[E]l acusado Israel R. A. penetró en la tienda de comestibles propiedad de Josefa D. L. ... En ese momento se encontraba sola Josefa D. y el inculpado, acercándose a ella, esgrimió un cuchillo de cocina al tiempo que le exigía que abriera la caja registradora y le entregara el dinero. La mujer, atemorizada, así lo hizo, apoderándose el acusado de una cantidad aproximada de 20.000 pesetas. No contento con ello el acusado le exigía más dinero y llegó a apoyarle el cuchillo en el cuello. Ante el temor de ser apuñalada Josefa D. apartó con la mano la hoja y en ese momento *el inculpado intentó acuchillarla*. La mujer paró la agresión con la mano izquierda al sujetar el cuchillo y el acusado cayó hacia atrás golpeándose con una estantería de la que cayeron algunos botes. Israel R. A. se dio a la fuga con el dinero sustraído arrojando el cuchillo al suelo. De resultados del hecho Josefa D. L. sufrió sección de los tendones flexores superficiales y profundos del cuarto dedo de la mano izquierda. Se le practicó sutura y precisó un aparato inmovilizador. No obstante la curación no ha terminado, estudiándose la posibilidad de nueva intervención quirúrgica para mejorar la movilidad. Presenta rigidez así como pérdida importante de fuerza en la mano izquierda. No obstante aún no puede valorarse la importancia de las secuelas a efectos de cuantificarla, si bien la misma suponen deformidad y pérdida parcial del miembro» (cursivas añadidas). Tanto en la instancia como ante el TS, la perjudicada solicitó que se condenara a Israel por un delito de lesiones del artículo 149 en relación con el 148 CP («pérdida o inutilidad de un órgano o miembro *principal*», en este caso: de la mano izquierda) y, mientras que la AP condenó efectivamente por ese delito, el TS casó la sentencia de instancia, estimado que el acusado sólo debía responder por un delito de lesiones del artículo 150 CP («pérdida o inutilidad de un órgano o miembro *no principal*», en este caso: del cuarto dedo de la mano izquierda), sobre la base de las siguientes consideraciones: «El problema reside en que la propia sentencia [de instancia] declara expresamente en el cuarto párrafo del fundamento jurídico Cuarto en relación a dichas lesiones que "... queda probado que constituyen lesiones graves que le impiden [a la víctima] que tenga la funcionalidad normal y si bien ambos peritos coinciden que la rigidez de la mano se ha producido por el inmovilizador..." que ha generado la grave disfunción del miembro y su deformidad. Este dato fáctico resulta especial y sustan-

cialmente importante, pues indica con diáfana claridad que la pérdida de la aptitud fisiológica o funcional de la mano no ha sido consecuencia inmediata de la agresión, limitándose el resultado causal de ésta a la sección de los tendones del cuarto dedo, y que la causa de la merma de la funcionalidad, rigidez y deformidad del miembro principal ha sido el instrumento inmovilizador aplicado para la curación del dedo, pero no el golpe asestado con el cuchillo. En esta situación, entendemos que el acusado no debe responder penalmente de las consecuencias negativas generadas por una más que plausible *incorrecta aplicación* del aparato inmovilizador, que escapan a la exigible relación de causalidad entre la acción y su resultado, pues la razón y la lógica rechazan que el tratamiento médico de inmovilización utilizado para la curación y recuperación del dedo lesionado por la cuchillada conlleve la pérdida de la función de los otros dedos (que no resultaron afectados por la agresión) provocada por el aparato inmovilizador produciendo así la seminutilidad y la deformidad de la mano, de suerte que este resultado final es consecuencia ajena a la razonable previsibilidad del sujeto activo de que pudiera acaecer.—En definitiva la lesión atribuible al acusado es la sufrida por la víctima en el cuarto dedo de su mano que, por los propios fundamentos de la sentencia, debe reputarse como miembro no principal e incardinable en el artículo 150 CP, por lo que en este extremo debe ser estimado el motivo [de casación formulado por Israel R. A.], imponiéndose al acusado la pena de cuatro años de prisión por el delito de lesiones a tenor del artículo 66.2.º CP, atendiendo a la incuestionable gravedad del hecho *que puso en serio riesgo la vida de la víctima*» (negritas en el texto original, cursivas añadidas).

Sobre esta sentencia del TS hay que hacer varias observaciones. La primera, que el autor, en lugar de haber sido condenado por unas lesiones con resultado de inutilidad de «miembro no principal», debería haberlo sido por una tentativa de homicidio, ya que, como se recoge en los Antecedentes de Hecho, «el inculpado intentó acuchillarla», poniendo «en serio riesgo la vida de la víctima», si bien, y sobre la base del principio acusatorio, al tribunal le habría sido imposible llegar a esa *correcta calificación del hecho*, ya que lo único solicitado por las acusaciones fue la condena por un delito de lesiones doloso con resultado de inutilidad de miembro principal. Pero una cosa es que, *procesalmente*, no fuera factible el castigo por una tentativa de homicidio y otra que, *materialmente*, no haya constituido la cuchillada del autor una inequívoca tentativa de un delito contra la vida.

Una vez establecida, como primera calificación de la conducta, la de tentativa de homicidio, hay que abordar ahora qué eventual relevancia juridicopenal pueden tener tanto la lesión originaria causada –inutilidad

de miembro no principal (del dedo)– como el resultado final –inutilidad del miembro principal (de la mano)–. En contra de lo que opina el TS, hay que mantener que de la inutilidad de la mano, a la que contribuyó también una mala praxis médica, *teóricamente* debería responder también –a título de imprudencia– el autor que seccionó los tendones del dedo anular izquierdo, ya que no puede decirse que sea un resultado insólito que una agresión tan brutal sobre un dedo no pueda afectar finalmente, por ulteriores y previsibles acontecimientos –aunque sean reconducibles a la imprudencia de un tercero médico–, a la mano entera. Pero no es preciso entrar aquí en esta cuestión de la imputación o no a título de imprudencia de la inmovilidad de la mano: en primer lugar, porque se trata de un problema de dogmática de la imprudencia y no de imputación objetiva, que es la materia de la que me estoy ocupando en este trabajo; y, en segundo lugar, porque, en cualquier caso, y sobre la base de un concurso de leyes por relación de absorción (art. 8.º 3.ª CP), esa inutilidad de miembro principal –y más aún si es imputable a título de imprudencia– quedará consumida por la penalidad de la tentativa de homicidio.

A otro resultado habría que llegar si la lesión grave (no-letal) constitutiva de una tentativa de homicidio desembocaba en la *muerte* de la víctima y esa muerte se le pudiera imputar al autor originario a título de imprudencia: en tal caso habría que acudir a un concurso ideal entre tentativa de homicidio y homicidio imprudente, ya que ambas calificaciones *no se solapan*: en la tentativa de homicidio se castiga el intento *doloso* de matar a otro *sin resultado de muerte*, mientras que en el homicidio imprudente lo que se reprime es la conducta no-dolosa (pero *negligente*) *con resultado de muerte*.

## B. Casos en los que la acción inicial es imprudente

### 1. INTRODUCCIÓN

A diferencia de los casos que hemos estudiado hasta ahora, en los que el curso causal irregular arranca de una acción inicial *dolosa* (lesiones *dolosas* potencialmente letales que conducen a la muerte, contribuyendo a ello también la actuación imprudente de terceros, de la víctima o de personas de su entorno; lesiones leves *dolosas*, causadas sin intención de matar, que terminan en una agravación de las mismas o en la muerte de la víctima, como consecuencia de un proceso causal irregular; lesiones leves *dolosas*, causadas con intención de matar, que, no obstante, y a consecuencia de una ulterior intervención de terceros o de la víctima, terminan en una agravación de las heridas o en la muerte de ésta), en los supuestos de hecho de los que ahora pasamos a ocuparnos la lesión inicial es *imprudente* –como la que puede causarse negligente-

mente, con motivo de un accidente de la circulación—, sobreviniendo la agravación de la herida originaria o la muerte de la víctima a consecuencia de una actuación imprudente de ésta, o de su predisposición desfavorable, o de la intervención, asimismo, imprudente de terceros.

2. SOLUCIÓN A LOS SUPUESTOS EN LOS QUE LA INTERVENCIÓN ULTERIOR DE TERCEROS O DE LA VÍCTIMA ES DOLOSA. REMISIÓN A OTROS LUGARES

Si un tercero, dolosamente, mata o hiere a quien ha sufrido previamente una lesión imprudente por el autor originario, a éste no se le pueden imputar objetivamente aquellos resultados más graves, ya que, de acuerdo con el principio de protección de la norma, cuando el legislador prohíbe que se causen lesiones imprudentes —por ejemplo, por el automovilista que conduce sin observar las reglas de la circulación— no está pensando en resultados típicos sobrevenidos dolosamente porque, por ejemplo, un asesino mata al ya herido imprudentemente, ya que la circunstancia de haber sufrido una lesión imprudente no aumenta para nada el riesgo de ser objeto de un ataque doloso contra la vida. Para una más amplia fundamentación de esta solución me remito a lo ya expuesto supra IV A 1 a) aa) bb).

Si quien actúa *dolosamente* no es un tercero, sino la misma víctima de la lesión imprudente, que aprovecha esta circunstancia para autolesionarse o automatarse dolosamente (aunque sea sólo con dolo eventual —caso de los testigos de Jehová—), el autor originario no responderá tampoco de estos resultados más graves, ya que, en referencia a éstos, estaríamos, como mucho, ante una participación imprudente (más bien: ante una fortuita) en una autolesión dolosa o en un suicidio; y que la participación imprudente (y con mucho mayor motivo aún: la fortuita) en una autolesión o en un suicidio no es punible en nuestro Derecho es una tesis que he fundamentado extensamente en otros lugares (92), a los que ahora me remito.

3. LESIÓN IMPRUDENTE CAUSADA POR EL PRIMER AUTOR QUE SE VE AGRAVADA, O QUE CONDUCE A LA MUERTE, A CONSECUENCIA DE LA INTERVENCIÓN IMPRUDENTE DE TERCEROS O DE LA VÍCTIMA, O DE LA PREDISPOSICIÓN FÍSICA DESFAVORABLE DE ÉSTA

a) *Introducción*

En todos los casos que hemos estudiando hasta ahora de cursos causales irregulares con arranque inicial *doloso* el azar desempeña un

(92) Cfr. mis trabajos citados supra notas 66 y 67.

papel decisivo. Porque es el azar el que determina que un tiro disparado por el autor con intención de matar no alcance a la víctima o sólo le cause una lesión leve o una potencialmente letal o acabe instantáneamente con la vida de aquélla, como es al azar al que hay que reconducir que, por ejemplo, el herido sea tratado por un médico negligente, y no por uno que habría actuado conforme a la «lex artis», o que la víctima se encuentre en un lugar en el que no exista posibilidad de atenderle médicamente o que un tercero –como en el caso de la STS de 27 de marzo de 1990 (93)– decida acabar dolosamente con la vida de la persona lesionada a la que estaban tratando de sus heridas en un hospital.

En los cursos causales irregulares con arranque inicial *imprudente* –de los que paso a ocuparme ahora– el azar desempeña un papel igual, o incluso superior, que en los dolosos. El conductor que efectúa un adelantamiento prohibido, tal vez tenga suerte y no lesione a nadie o puede ser que sólo cause lesiones leves a otra persona o, tal vez, graves, o que mate instantáneamente al automovilista con cuyo vehículo colisiona en un choque frontal; y, a su vez, es posible que quien ha sido lesionado con una herida potencialmente letal sea salvado gracias a la pericia del médico que le atiende, mientras que quien ha recibido sólo heridas leves tenga la mala pata de fallecer a manos del médico que le ha tocado en (mala) suerte y que comete un tremendo error que le cuesta la vida al accidentado.

Ciertamente que el relevante papel que desempeña el azar en todo acontecimiento delictivo no afecta para nada, en el Derecho penal moderno, a la vigencia del llamado «principio de culpabilidad», porque al autor no se le pueden imputar en ningún caso otros resultados distintos de que los que haya causado dolosa o imprudentemente (94); pero como la producción o no de esos resultados y, en el caso de que se causen, su gravedad, y la posterior evolución del curso causal y las eventuales intervenciones de terceras personas, dependen, en gran medida, de la casualidad, de ahí que tampoco sea nada fácil de manejar el factor azar –como tampoco lo ha sido en los cursos causales irregulares con arranque doloso– para determinar la responsabilidad del autor imprudente cuando a su conducta le ha subseguido un proceso causal irregular.

En cualquier caso, y una vez que, como acabo de exponer supra 2, es relativamente fácil de alcanzar una solución plausible cuando la

---

(93) V. supra IV 1 a) aa) 7.

(94) De la *compatibilidad* entre el principio de culpabilidad y la distinta gravedad de los resultados que, por azar, pueden derivar de un comportamiento doloso o imprudente me he ocupado en *Delitos cualificados*, 1990 (reimpresión de la 1.ª ed. de 1966), pp. 164 ss. = reimpression Argentina de B de F, 2007, pp. 179 ss. V. también GIMBERNAT, Prólogo al libro de ALCÁCER, *La tentativa inidónea*, 2000, pp. XV ss.

intervención posterior a la lesión imprudente ha sido de carácter doloso por parte de terceros o de la propia víctima, para abordar el problema de cómo resolver aquellos otros supuestos en los que la intervención posterior de terceros ha sido imprudente, o existe una predisposición desfavorable de la víctima, voy a dividir mi estudio en dos grupos de casos: lesiones imprudentes *no potencialmente letales* que derivan en otras más graves o en la muerte de la víctima por la predisposición desfavorable de ésta, o por la posterior intervención imprudente de otra persona, y lesiones imprudentes *potencialmente letales* que se materializan en la muerte de la víctima porque a ello contribuye también la posterior acción imprudente de un tercero (incluyendo a la propia víctima e incluyendo, también, una predisposición física desfavorable de la misma).

- b) *Lesiones imprudentes no potencialmente letales que derivan en otras más graves o en la muerte de la víctima por la posterior intervención imprudente de otra persona o por la predisposición física desfavorable de aquélla*

El estudio de este grupo de casos debe ser dividido, a su vez, en dos subgrupos: lesiones imprudentes no letales que derivan en un resultado más grave (lesiones más graves o muerte) cuando, en el caso de que la acción inicial hubiera sido dolosa, el primer autor doloso no habría respondido de ese resultado más grave, por tratarse de uno imprevisible; y lesiones imprudentes no letales que derivan en un resultado más grave (lesiones más graves o muerte) cuando, en el caso de que la acción inicial hubiera sido dolosa, el primer autor doloso habría respondido también, por tratarse de uno previsible, de ese resultado más grave a título de imprudencia:

- aa) Lesiones imprudentes no letales que derivan en un resultado más grave (lesiones más graves o muerte) cuando, en el caso de que la acción inicial hubiera sido dolosa, el primer autor doloso no habría respondido de ese resultado más grave, por tratarse de uno imprevisible para aquél

- aaa) La cuestión en la jurisprudencia

A modo de ejemplo:

1. STS de 15 de octubre de 1964 (A. 4328): El 16 de mayo de 1961, en Barcelona, el conductor del automóvil, sin respetar la preferencia de paso del motorista, que venía por su derecha, colisionó con la motocicleta, cayendo aquél al suelo sufriendo lesiones de poca



importancia. «Auxiliado el motorista por el procesado fue atendido en una farmacia, negándose a ser conducido al dispensario para ser atendido, acompañándole el acusado a su domicilio, donde inmediatamente le fue prestada asistencia facultativa por el médico de cabecera que le siguió prestando sus servicios profesionales hasta el 23 del propio mes y año en que, por habersele manifestado una infección tetánica como consecuencia de las heridas sufridas, fue trasladado a una clínica, donde falleció a causa de la infección dicha». EL TS mantiene la sentencia de instancia, que había condenado al acusado por un homicidio imprudente, argumentando su fallo de la siguiente manera: «Que el enlace causal entre la colisión con las lesiones producidas el 16 de mayo y la muerte acaecida el 21 del mismo mes, no se rompió por causa ajena, como la inasistencia facultativa médica, una vez probado que fue asistido el lesionado en una farmacia, conducido a su domicilio, donde le atendió inmediatamente el médico de cabecera hasta que se presentó la infección tetánica, tan posible en una clínica donde se negó a ir el herido, como en la ininterrumpida medicación a domicilio, pues el desarrollo de los hechos, incluso la infección, no ha sido modificado por intervención extraña a lo normal, y el resultado proviene directamente de las lesiones y éstas de la conducta imprudente del inculpado».

Tal vez porque en 1964 todavía estaba vigente el principio del «*versari in re illicita*», la sentencia del TS ni siquiera hace mención –porque posiblemente este dato no habría influido para nada en el sentido de su fallo– de que en el proceso causal subsiguiente a la herida leve existió una imprudencia médica de considerable magnitud. Porque la herida que se produjo el motorista al caer al suelo –y más al tiempo de comisión de los hechos, en 1961, en el que las calles españolas no destacaban precisamente por su limpieza– lo que técnicamente se llama una «herida sucia» o «contaminada», en oposición a la «herida limpia», por lo que, según el protocolo médico aplicable en tales casos, al herido debería habersele preguntado si estaba vacunado contra el tétanos y, en ese supuesto, si la inmunización era todavía efectiva –lo que, obviamente, y teniendo en cuenta la causa inmediata de la muerte no era el caso–, por lo que el médico encargado de su curación infringió la «*lex artis*» al no vacunarle para prevenir la infección, vacunación que, además, y en caso de duda, debe practicarse siempre.

2. SAP de Zaragoza de 14 de noviembre de 2007: El juzgado de lo penal había condenado al acusado Fernando por un homicidio imprudente (falta) del artículo 621.2 CP, porque, el 6 de mayo de 2003, provocó un accidente, debido a que, a causa de la intensa lluvia que caía, perdió el control de la furgoneta que conducía, origi-

nándose un choque frontal, en el que el conductor del vehículo embestido, Alonso, «sufrió graves lesiones en la columna y hombro que requirieron delicadas intervenciones y la colocación de una bomba de morfina, que no impidieron que falleciera el 24 de noviembre de 2004», recogándose como Hechos Probados que «[e]l fallecimiento de Alonso lo fue tras implantarle una bomba de morfina en verano de 2004 [esto es: más de un año después de ocurrido el accidente], *con el fin de tratar el dolor de las lesiones producidas a nivel vertebral, siendo la causa de la muerte una encefalomiелitis de probable etiología viral*, agravándose su estado tras la implantación de dicha bomba de morfina, lo que supuso ulteriores ingresos primero en la Clínica Quirón de Zaragoza, y ulteriormente en la Clínica Montpellier de esta ciudad, centro hospitalario en que sobrevino la muerte». La sentencia de la AP de Zaragoza asume el dictamen mayoritario de los peritos en el sentido de que «la encefalomiелitis significa una inflamación del encéfalo y la médula, desconociendo el origen último de dicha inflamación, *pero siguiendo un proceso lógico, se sabe que se ha manipulado el catéter de la “bomba de morfina” que hubo de retirar y reponer, habiendo sufrido asimismo el paciente diversas manipulaciones en la columna. Que a través del catéter de la bomba hubo pérdida de líquido raquídeo y eso justifica una vía de entrada de gérmenes*» (cursivas añadidas).

Sobre la base de todos estos hechos, la AP de Zaragoza revoca la sentencia apelada condenando, no por un homicidio imprudente (falta) del artículo 621.2 CP, sino por unas lesiones imprudentes (falta) del artículo 621.3, porque «[l]a causalidad, esencialmente en el campo del Derecho penal moderno ... no puede extenderse hasta el infinito. La causalidad ha de ser restringida. En Derecho penal ... no cabe la imputación y responsabilidad objetiva y si la causalidad toma perfiles inesperados en el ámbito de la jurisdicción penal no se puede imputar al autor del hecho.—La imputación, en este caso al causante del accidente ... de la globalidad de los resultados se representa como un resquicio evidente del “*versari in re illicita*” haciendo responsable al sujeto activo de cualquier resultado lesivo que pudiera desencadenarse como consecuencia de una acción inicial ilícita». Y continúa la AP de Zaragoza: «En el presente caso, falta vinculación directa entre el acto inicial imprudente y el resultado final acaecido, esto es, el fallecimiento del Sr. Alonso. En el curso causal, un año después del accidente, se introdujo un factor ajeno, consistente en un tratamiento específico para aliviar las complicaciones postraumáticas. Podría existir negligencia en el uso de dicho tratamiento, en la implantación de la bomba de morfina, en su utilización, relleno, etc., como sugie-

ren los acontecimientos posteriores y lo refrendan todos los peritos, a excepción del Dr. Aso, pero la eventual negligencia ante los posibles responsables [los médicos que hicieron un mal uso de la bomba de morfina, lo que provocó una vía de entrada de gérmenes y, con ello, la encefalomielitis, causa inmediata de la muerte de Alonso] deberá ventilarse en el correspondiente procedimiento civil, no siendo imputable el resultado producido al aquí condenado».

*bbb)* Toma de posición

A diferencia del delito doloso, en el que la intención del sujeto acota *desde un principio* cuál es el *resultado concreto que se quiere causar*: lesiones leves o graves, o directamente la muerte de otra persona, independientemente de que luego el resultado realmente acaecido no coincida con aquél que el autor se proponía producir (quiso causar y causó lesiones menos graves, pero se produce la muerte por la imprudencia de terceros; quiso matar a la víctima pero sólo le produjo lesiones leves), la dificultad en el delito imprudente reside en que, por definición, el autor *no quiere* causar daño alguno en las personas por lo que, «ex ante», la conducta imprudente –por ejemplo: un adelantamiento que efectúa el conductor sin visibilidad– es idónea para producir, *no un resultado concreto, sino cualquier clase de resultado lesivo*, desde una lesión falta hasta la muerte de la víctima; sólo «ex post» se pueden determinar –cuando de la lesión inicial, por la imprudencia de un tercero o por la predisposición desfavorable de la víctima, deriva una lesión más grave o la muerte– dos resultados concretos derivados de la acción imprudente: el que primariamente se produjo [acudiendo a los dos ejemplos jurisprudenciales que acabamos de referir supra aaa): las no letales heridas causadas al motorista o al conductor contra cuyo vehículo chocó frontalmente el autor] y, eventualmente, el que secundariamente derivó, en su caso, de la lesión original, a saber, y manejando otra vez los supuestos de hecho de las dos sentencias: en un caso, la muerte del motorista a consecuencia de una infección tetánica y, en el otro, la muerte de conductor, a consecuencia de una manipulación incorrecta por parte de los médicos de la bomba de morfina utilizada para mitigar el dolor de aquél.

A la vista de esta particularidad de los cursos causales irregulares en el delito imprudente, y a efectos de establecer la responsabilidad penal, pueden adoptarse dos posiciones: la de imputar a ambos sujetos de las dos sentencias referidas el resultado de muerte, ya que de la imprudencia de cada uno de esos dos conductores *era previsible*, «ex ante», que el resultado mortal podría producirse, o la de limitarse a imputarles las heridas no letales, porque es en estas heridas no letales

donde se concretó el comportamiento imprudente, independientemente de lo que pudiera suceder posteriormente a consecuencia de un proceso causal irregular.

En la conducta imprudente la calificación viene determinada por el *resultado (o no-resultado) concreto producido*. Para ilustrar esta afirmación con el supuesto de hecho de la SAP de Barcelona de 15 de julio de 2009: «El acusado, Arturo, ... en la madrugada del día 3 de noviembre de 2007, a pesar de tener conocimiento de que su hija menor de dos años, Apolonia, iba a acudir al domicilio que aquél comparte con sus padres ..., dejó al alcance de su hija una botella de plástico de las empleadas para comercializar agua mineral, que contenía una cantidad aproximada de 100 ml de gammabutirolactona, comúnmente denominado éxtasis líquido, sustancia que actúa como depresora del sistema nervioso central». Si la hija no bebe de la citada botella, la conducta es impune, ya que la *imprudencia sin resultado no se castiga*, a no ser que, excepcionalmente, la conducta imprudente *como tal* se haya penalizado como un delito de peligro, que es lo que sucede, por ejemplo, con los artículos. 318 (infracción de las normas de prevención de riesgos laborales por los legalmente obligados a ello *sin resultado lesivo*) y 380.1 (conducción con temeridad manifiesta *sin resultado lesivo*) CP; si la niña ingiere el líquido y fallece, el padre responderá de un homicidio imprudente; y si sólo resulta intoxicada, de unas lesiones imprudentes, que es efectivamente lo que sucedió en el concreto supuesto de hecho de la SAP de Barcelona: «Sobre las 9.00 horas del citado día, la menor cogió en la creencia de que se trataba de agua la citada botella y bebió una cantidad de la misma, perdiendo el conocimiento de inmediato. La menor fue trasladada al Hospital de Sant Joan de Déu donde ingresó con un cuadro agudo de depresión neurológica y respiratoria, precisando soporte respiratorio secundario. Se le practicó un lavado gástrico y se le suministró naloxona y flumazenilo, permaneciendo 7 días hospitalizada, cuatro de ellos en la U.C.I.».

Para determinar de qué debe responder el autor imprudente cuando de las heridas no letales efectivamente producidas por su acción deriva un resultado más grave (por ejemplo, la muerte), por la ulterior intervención imprudente de un tercero, o por la predisposición desfavorable de la víctima, hay que tomar como punto de referencia, no el resultado previsible «ex ante» –muerte a consecuencia de un comportamiento imprudente al volante–, con lo cual habría que calificar el hecho de un homicidio imprudente, ya que la muerte, independientemente de la irregularidad del curso causal que llevó a ese resultado, era una de las posibles consecuencias que podían derivar, en abstracto,

de la conducta, sino que el criterio determinante debe ser la lesión primeramente causada (las heridas concretas que sufrió la víctima del accidente de la circulación y que no encerraban, consideradas en sí mismas, un riesgo para la vida), con lo cual la responsabilidad del autor se agotaría en unas lesiones imprudentes, sin que se le pudiera imputar el resultado más grave, *cuando, en el caso de que la acción inicial hubiera sido dolosa, el primer autor doloso no habría respondido de aquél, por tratarse de uno imprevisible para dicho autor.*

Supra IV A 2 c) ee) hemos visto que en las lesiones no letales *dolosas* si el resultado más grave se produce imprevisiblemente para el autor en el momento de causar la herida (que es lo que sucede, por ejemplo, en los supuestos de la STS de 31 de octubre de 1987, y de las SSAAPP de Cantabria de 4 de septiembre de 2001, de Granada de 17 de enero de 2002 y de Barcelona de 14 de noviembre de 2006, todas ellas expuestas en el referido lugar, en los que las lesiones más graves o la muerte de la víctima sobrevinieron, en la STS, por la conducta dolosa de la víctima y de terceras personas para agravar la herida, y en las de las AAPP por una predisposición física desfavorable y oculta del agredido), el *causante doloso* de esas heridas no responde de los ulteriores resultados más graves, ya que aquí estaríamos ante una combinación dolo-caso fortuito. De donde se sigue: si en el caso *más grave* –en el delito doloso– el autor no responde por el resultado ulterior más grave cuando era imprevisible para aquél que ese segundo resultado pudiera producirse, con mayor motivo no puede responder de éste cuando se ha producido como derivación de *la misma herida originaria*, pero causada por un comportamiento *menos grave*, a saber: por un comportamiento *imprudente*.

Para ilustrar lo expuesto con un ejemplo que ya nos es conocido: si en el supuesto de la SAP de Zaragoza de 14 de noviembre de 2007 (causación imprudente de lesiones no letales, falleciendo la víctima transcurrido más de un año a consecuencia de que la aplicación de una bomba de morfina destinada a aliviar los dolores del accidentado trajo consigo que se abriera una vía de entrada de gérmenes, los cuales provocaron la muerte del herido por encefalomiелitis) esa causación de las heridas originarias no letales hubiera sido *dolosa*, al autor se le habría hecho responsable únicamente de esas lesiones, pero no de la muerte a título de imprudencia, ya que aquí estaríamos ante la combinación dolo-caso fortuito de la que me he ocupado supra IV A 2 c) ee); luego si ello es así, y así es, no puede *ser que cuando la conducta que ha causado las mismas lesiones no letales sea imprudente* –es decir: menos grave que la *dolosa*– se le pueda imputar al autor impru-

dente una muerte de la que no sería responsable en el caso de que la acción base: las lesiones iniciales, hubiera sido intencional.

La solución para este grupo de casos es por consiguiente, muy sencilla: si de la causación imprudente de unas lesiones no letales deriva, en un proceso causal irregular, la muerte de la víctima, hay que comparar esa conducta imprudente con la *causación dolosa de las mismas lesiones*; y si en este último supuesto el autor no respondería de la muerte porque estaríamos ante una combinación dolo-caso fortuito, entonces tampoco puede responder en el supuesto de que la causación de las lesiones haya sido imprudente, porque no puede ser que en lo más grave –en el dolo– no se impute la muerte y en lo menos grave –en la imprudencia– sí se impute.

*bb)* Lesiones imprudentes no letales que derivan en un resultado más grave (lesiones más graves o muerte) cuando, en el caso de que la acción inicial hubiera sido dolosa, el primer autor doloso habría respondido también, por tratarse de uno previsible, de ese resultado más grave a título de imprudencia

En el apartado inmediatamente anterior nos hemos ocupado de supuestos en los que la acción originaria imprudente no-letal termina en una agravación de la herida o en la muerte de la víctima a consecuencia de un proceso causal irregular que, si se hubiera producido como derivación de una conducta causante de *la misma herida* de carácter doloso, habría llevado a la no imputación al autor doloso del resultado más grave, ya que estaríamos ante la combinación dolo-caso fortuito de la que nos hemos ocupado supra IV A 1 c) ee), deduciendo de ahí que, si en el caso más grave –heridas producidas *dolosamente*–, el autor no responde del resultado final consecuencia de un curso causal irregular, en el caso menos grave –heridas producidas *imprudentemente*– tampoco se le puede imputar al autor –esta vez imprudente– ese ulterior resultado. Y así, por ejemplo, en el supuesto de la SAP de Zaragoza de 14 de noviembre de 2007 [b) aa) aaa) 7], en el que el no letalmente herido por imprudencia fallece porque, más de un año después del accidente de circulación, el manejo imprudente de una bomba de morfina –que se aplica, *no en el curso del proceso de curación*, sino únicamente *para aplacar el dolor*– trae consigo la apertura de una vía de entrada de gérmenes, a consecuencia de lo cual la víctima fallece de una encefalomiелitis, hay que llegar a la conclusión de que al autor inicial no se le debe imputar la muerte, ya que si la herida inicial se hubiera causado dolosamente, al autor intencional tampoco se le podría haber imputado.

En los casos de los que pasamos a ocuparnos ahora la herida inicial también es no letal, pero, *si se hubiera ejecutado dolosamente*, el autor –a diferencia de lo que sucede en el anterior grupo de casos– sí habría respondido del resultado final, ya que éste habría sido previsible para el autor originario y estaríamos, entonces, ante la combinación dolo-imprudencia estudiada supra IV A 2 b) cc).

Pues bien: para llegar en el presente grupo de casos a una solución satisfactoria y fundamentada, no hay más que transformar las lesiones iniciales dolosas de las sentencias referidas supra IV A 2 b) cc) en una lesiones iniciales imprudentes y razonar, nuevamente, con el argumento «a maiore ad minus». Y así, en el supuesto de hecho de la STS de 12 de abril de 2002, la víctima, fue agredida dolosamente, «result[ando] con lesiones en la cabeza, cara, tórax, brazo, piernas y abdomen con rotura del bazo», falleciendo a consecuencia de un posterior «shock hemorrágico», reconducible también a una predisposición física desfavorable –la «esplenomegalia» que padecía–, calificando el TS la conducta del agresor de unas lesiones dolosas en concurso con un homicidio imprudente; si en este caso transformamos *las mismas* graves heridas iniciales de dolosas en imprudentes –producidas, por ejemplo, en un accidente de circulación–, falleciendo el atropellado por el automóvil a consecuencia de *idéntica* esplenomegalia previamente padecida, habría que hacer responsable al conductor negligente de un homicidio imprudente, porque si de las brutales lesiones –causadas dolosamente, pero no con ánimo de matar, sino de lesionar– era previsible que pudiera sobrevenir la muerte del agredido, de la conducción imprudente era igualmente previsible que se causaran tales graves lesiones, como era previsible también que ese golpe causado con el coche desembocara en la muerte del atropellado a consecuencia de la ligera predisposición física desfavorable que padecía.

De la misma manera, y manejando ahora el supuesto de hecho de la STS de 5 de marzo de 2003, donde la víctima sufrió un «golpe seco (propinado con una empuñadura de acero) a la altura del cuello, lo que le produjo una luxación completa de las vértebras C-5 y C-6 con sección total de la médula, lesión que le provocó de forma instantánea una tetraplejía de carácter irreversible», contribuyendo también al fallecimiento del agredido que el médico que primeramente le atendió no fue consciente de la gravedad de las heridas, calificando el TS los hechos de unas lesiones dolosas en concurso con un homicidio imprudente, si transformamos ahora la *misma* herida inicial dolosa en otra imprudente, porque, por ejemplo, el encargado de la obra no suministró al obrero los preceptivos medios de prevención de riesgos laborales, cayendo aquél al vacío y sufriendo las *mismas* heridas que se describen en la mencio-

nada STS, sobreviniendo la muerte por *idéntica* omisión del médico que le atendió, entonces a ese encargado habría que imputarle un homicidio –y no unas lesiones– imprudente, ya que era previsible que, sin tales medidas preventivas, el operario sufriera con su caída tales lesiones y también previsible, a su vez, el ulterior fallecimiento a consecuencia de una negligencia médica omisiva.

Resumiendo mi tesis en una fórmula: Si las lesiones imprudentes efectivamente causadas son previsibles, y si de tales lesiones es previsible que derive un resultado más grave, entonces este último se le debe imputar al autor imprudente originario, ya que la línea de previsibilidad ha permanecido constante durante todo el proceso causal.

Finalmente, y para resumir todo lo expuesto con un ejemplo concreto: En el supuesto de hecho de la SAP de Cádiz de 25 de marzo de 2002, el tribunal se inclina por aceptar la tesis del acusado de que «[d]el contenido del atestado y del completo informe del médico forense concluye la parte, no sin alguna razón, que en el proceso de la muerte del ocupante del ciclomotor [éste había quedado «inerte sobre la calzada» al ser atropellado imprudentemente por el acusado] ... intervino otro vehículo. Este tercer vehículo habría pasado por encima de la cabeza del fallecido, provocando el estallido craneal luego apreciado, dado que el mismo no pudo producirse por la colisión por alcance, sino por aplastamiento, y dado que en el vehículo del acusado no se encontraron restos orgánicos en los bajos». Pues bien: si aceptamos como hipótesis que, después de que el acusado hubiera atropellado imprudentemente al motorista, quedando éste tendido sobre la calzada, pero aún con vida, en el proceso causal irregular ulterior el (desconocido) segundo autor que provocó la muerte final hubiera actuado también imprudentemente –porque, si hubiera circulado correctamente, podría haberse dado cuenta a tiempo de que un hombre yacía sobre el asfalto, pudiendo eludir, así, el segundo atropello–, ello no modificaría en nada la responsabilidad por homicidio culposo del conductor originario, ya que, si se conduce imprudentemente, es previsible que, de esta manera, se pueda atropellar a otra persona y que ésta quede inconsciente sobre la carretera, siendo a su vez previsible que, en esa peligrosa situación creada, otro automovilista vuelva a atropellar mortal, y también imprudentemente, a la víctima: lo previsible derivado de lo previsible es también previsible, es decir: es previsible en su conjunto.

cc) Lesiones imprudentes potencialmente letales que, en un proceso causal irregular, conducen a la muerte de la víctima

A diferencia de los dos grupos de casos anteriores, en este último del que ahora nos vamos a ocupar las lesiones imprudentes originarias



son potencialmente letales, no obstante lo cual la muerte no se produce directamente por tales lesiones, sino que a ello contribuye también un proceso causal irregular posterior.

aaa) La cuestión en la jurisprudencia

A modo de ejemplo:

1. STS de 21 de enero de 1972 (A. 312): El autor, conduciendo a 80 km. por hora, cuando la velocidad máxima permitida dentro de la calle de la ciudad de Valencia por la que circulaba era de 40 km, se saltó, además, un semáforo en rojo, teniendo todo ello como resultado, entre otros, que falleciera el peatón, fallecimiento que «se debió –según los hechos probados– a la rotura de las arterias mesentéricas y hemorragia peritoneal *no percibida ni diagnosticada por los médicos que le atendieron inmediatamente*, sino días después al aparecer una extensa mancha cianótica en el hipocondrio izquierdo..., rotura de las arterias mesentéricas, vasos sanguíneos de primer orden [que es] de suyo lesión mortal» (cursivas añadidas), manteniendo el TS la sentencia de instancia que condenaba al acusado por un homicidio imprudente.

2. STS de 30 de abril de 1979 (A. 1738): El conductor procedido colisionó imprudentemente contra otro vehículo de motor, causando al ocupante de éste «shock traumático grave», falleciendo el herido «por fallo cardiovascular *que hubiera podido evitarse –dentro de los términos relativos en que se mueve la medicina– mediante oportunas transfusiones de sangre y hasta en tratamiento quirúrgico si éste se lleva a cabo con urgencia*» (cursivas añadidas), siendo condenado por un homicidio imprudente independientemente de que existió una imprudencia médica posterior, ya que, según la STS, «es previsible la curación defectuosa e incluso la falta de asistencia médica como concausas del resultado de la muerte por tratarse de una colisión de vehículos de motor». Esa condena del conductor, no obsta para que también resulte condenado por un homicidio imprudente el médico que (des)atendió al herido, ya que ese «médico de guardia del Centro Sanitario-Casa de Socorro en que fue atendida la víctima, no solamente se limitó, a pesar del shock traumático grave que presentaba, a disponer el tratamiento elemental de las lesiones, sino que además realizó su ingreso en el Hospital Municipal sabiendo que no existía médico alguno que la asistiese y se marchó sin vigilar las constantes vitales del enfermo y sin avisar al personal facultativo especializado, lo que dio lugar a que no se hiciese el diagnóstico adecuado de la hemorragia interna causante del fallo cardíaco productor

del fallecimiento, que hubiera sido susceptible de evitarse con el tratamiento urgente adecuado».

*bbb)* Toma de posición

Los dos casos jurisprudenciales que acabo de referir son plenamente equiparables, en cuanto que en ambos se trata de heridas imprudentes potencialmente letales causadas por dos conductores que desembocan en la muerte de los atropellados porque a ello contribuye también una ulterior imprudencia médica de los facultativos que atienden a los lesionados, imprudencia consistente en un error de diagnóstico en virtud del cual los médicos *omiten* medidas terapéuticas que, si se hubieran adoptado a tiempo, podrían haber salvado la vida de los accidentados.

Es precisamente en este grupo de casos que voy a estudiar a continuación –*en el que la acción inicial potencialmente letal desencadenante del proceso causal irregular no es dolosa, sino imprudente*– donde pueden ayudarnos a su solución los criterios elaborados por la doctrina sobre imputación objetiva en el supuesto de cursos causales irregulares y que, como hemos visto supra III A, hacen depender la imputación objetiva del resultado más grave, según algunas de las distintas teorías propuestas: bien de que ese último se haya causado o no como consecuencia de una *imprudencia grave* o *leve* posterior (ausencia de imputación objetiva al causante originario en el primer supuesto, presencia de la imputación objetiva en el segundo), bien de que el médico se comporte *omisivamente*, no tratando las graves heridas causadas a la víctima (en este caso debería afirmarse la imputación objetiva) o *mediante una acción* (que, entonces, interrumpiría la relación de imputación), bien de que la intervención facultativa haya introducido un *nuevo riesgo* que no encerraban las primeras heridas potencialmente letales, en cuyo caso la muerte final no se le debería imputar al autor imprudente originario, bien de que en el resultado «se reali[ce] precisamente el peligro colocado por el primer autor (el “*peligro prototipo*”), mientras que no es suficiente para la imputación que el resultado se realice sólo como expresión del *riesgo general de la vida*».

En mi opinión, la imputación objetiva del resultado final al primer causante imprudente de lesiones potencialmente letales sólo y únicamente debe excluirse, tal como señala Schmoller (95), «cuando un médico comete un error contra la “*lex artis*” tan grave, que éste podría haber conducido igualmente a un correspondiente grave daño en una lesión completamente inocua o en una exploración rutinaria».

---

(95) Supra n. 17.

Si el herido fallece por imprudencias tan escandalosas y que apenas acontecen en la praxis médica como la de transfundir sangre de un grupo distinto al suyo o como la de emplear en una intervención quirúrgica un bisturí no desinfectado que provoca una septicemia generalizada, es decir: como consecuencia de *rarísimas* imprudencias médicas que, además, *no tienen nada que ver con la gravedad de las heridas* y que lo mismo podrían haberse producido en el tratamiento de heridas no letales y que igualmente habrían conducido a la muerte de personas no-gravemente lesionadas, entonces del resultado muerte no debe responder el causante originario, por mucho que las lesiones primeramente causadas hubieran puesto en peligro la vida de la víctima.

Supra IV A 2 c) ee) hemos expuesto que existiría una combinación dolo-caso fortuito y que, por consiguiente, no se respondería del ulterior resultado más grave cuando, habiéndose causado *intencionadamente* unas lesiones potencialmente no letales, la predisposición física desfavorable de la víctima o una imprudencia ulterior de un tercero co-condicionantes de la muerte del agredido *no hubieran sido previsibles para el autor originario*, de donde habíamos deducido [supra IV B 3 b) aa) bbb)] que si en el caso más grave –en el delito doloso– el autor no responde por el resultado ulterior más grave cuando era imprevisible para aquél que ese segundo resultado pudiera producirse, con mayor motivo no puede responder de éste cuando se ha producido como derivación de la misma herida originaria, pero causada por un comportamiento menos grave, a saber: por un comportamiento imprudente.

Pues bien: si en el supuesto de lesiones imprudentes *no letales*-muerte por imprudencia médica *no previsible*, como lo puede ser la que se produce por esa transfusión de sangre equivocada o por el empleo del bisturí no esterilizado, el autor originario no responde del resultado final letal, porque éste ha sobrevenido imprevisiblemente, entonces también debería ser considerado no-previsible para el primer autor cuando éste ha causado heridas potencialmente letales, porque la previsibilidad en relación a la forma concreta de producirse el resultado muerte no depende de la potencial letalidad o no letalidad de las heridas originarias, sino de si el comportamiento ulterior imprudente del médico, que finalmente provocó el fallecimiento, se pudo o no prever «ex ante».

Por todo ello, cuando unas heridas imprudentes potencialmente letales conduzcan a la muerte en un proceso causal irregular, la imputación o no imputación de aquélla al autor originario se determinará acudiendo al siguiente procedimiento: Si la muerte se ha producido en el *caso concreto* por una imprudencia médica que también habría conducido al mismo resultado en unas heridas de carácter menos grave o

leve, entonces el resultado final no se le debe imputar al autor imprudente de las heridas potencialmente letales, que es lo que sucede en los casos con los que estamos operando de la transfusión errónea o del bisturí no esterilizado, ya que estas imprudencias médicas encierran un gravísimo peligro para la vida del lesionado, independientemente de la mayor o menor entidad de las heridas originarias y ya que, en la esterilización del instrumental quirúrgico –para empezar, las hojas de los bisturís son de un solo uso y se desechan después de cada intervención– y en las transfusiones de sangre, los protocolos son tan estrictos que «ex ante» aparece como prácticamente descartable que una negligencia médica de esa envergadura se pueda producir. En cambio, en los supuestos de hecho de las SSTS de 21 de enero de 1972 y de 30 de abril de 1979 [supra aaa] las condenas por homicidio imprudente están plenamente justificadas, porque, desgraciadamente, sucede con una cierta frecuencia –y así lo pone de manifiesto una simple ojeada a la jurisprudencia española, tanto del Tribunal Supremo como de los tribunales inferiores– que, en situaciones patológicas críticas –como lo puede ser un infarto o una peritonitis– o ante heridas de extrema gravedad, los médicos equivoquen el diagnóstico y no apliquen las medidas terapéuticas oportunas que podrían haber salvado la vida de quienes, en esas circunstancias, acuden a los servicios de urgencia de los centros sanitarios.

La tesis que aquí se mantiene de que en las heridas potencialmente letales causadas por imprudencia el resultado muerte no se debe imputar cuando ha sobrevenido finalmente por una negligencia médica que hubiera conducido al mismo resultado letal, aunque las heridas infligidas hubieran tenido un carácter leve, no está tan alejada de los diversos criterios doctrinales que hemos expuesto supra III A.

Y así, cuando Rudolphi y sus seguidores (supra III A 1) afirman la imputación objetiva de la muerte en el caso de que la imprudencia médica haya consistido en *omitir* tratar al lesionado conforme a la «lex artis», ya que en ese supuesto «las heridas primarias producen finalmente la muerte», mientras que niegan tal imputación si ha existido una *intervención activa* negligente del facultativo, ello podría interpretarse en el sentido de que tal comportamiento activo podría haber condicionado también la muerte aunque las heridas originarias no hubieran sido potencialmente letales. Y cuando un sector de la doctrina y de la jurisprudencia alemanas mantienen que el criterio decisivo debe ser el de si la imprudencia del médico tuvo carácter grave (supra III A 2), en cuyo caso –al contrario de lo que sucedería si la imprudencia hubiera sido leve– no existe imputación objetiva del resultado letal, ello también puede entenderse de tal manera que se

equipara la imprudencia grave con aquélla que también habría producido la muerte aunque la herida tratada no hubiera sido potencialmente letal. Y, de la misma manera, la afirmación de Schünemann (supra III A 4) de que, para que se pueda imputar el resultado final al causante primario, «en el resultado tiene que realizarse precisamente el peligro colocado por el primer autor (el “peligro prototipo”», mientras que no es suficiente para la imputación que el resultado se realice sólo como expresión del riesgo general de la vida», es también compatible con el criterio que aquí hemos expuesto, ya que, según Schünemann «si fracasa una operación que se ha hecho necesaria para tratar una lesión que pone en peligro la vida, ahí se materializa el peligro específico del que es responsable el primer autor, aunque el fracaso [de la intervención médica] sea reconducible a un grave fallo del arte médico» (subrayados añadidos).

## V. CONSIDERACIONES FINALES: PREVISIBILIDAD E IMPUTACIÓN OBJETIVA

Como a lo largo de este trabajo he acudido a menudo, como criterio determinante, al de la previsibilidad, no quiero concluirlo sin ocuparme de una dirección minoritaria y coyuntural que, en ocasiones, trata de restar todo valor a ese criterio.

Roxin ha puesto en cuestión la vigencia de la previsibilidad como criterio jurídico relevante (96), especialmente para fundamentar que ahora todo se resolvería con la teoría de la imputación objetiva (97), aunque luego, ciertamente, y en general, Roxin no pueda prescindir, como vamos a ver en seguida, de ese criterio de la previsibilidad.

Probablemente por influencia de Roxin, alguna sentencia del TS ha rechazado la relevancia jurídica de la previsibilidad (98), si bien la

---

(96) Cfr., por ejemplo, ROXIN, *Chengchi Law Review* 1994, p. 230: «Porque, teóricamente, son previsibles todos los cursos causales que sean posibles de acuerdo con las leyes de la naturaleza».

(97) V. ROXIN, *op. cit.*, p. 299: «Hasta ahora apenas ha sido percibido por aquellos que siguen fundamentalmente la teoría de la imputación objetiva que ésta permite esbozar por primera vez un sistema de lo injusto de la imprudencia. Por consiguiente, de acuerdo con los criterios que he esquematizado [de la teoría de la imputación objetiva], imprudente es aquello que puede imputarse al tipo objetivo. Los conceptos con los que la dogmática tradicional ha intentado aprehender la imprudencia –infracción del deber de diligencia, previsibilidad, cognoscibilidad, evitabilidad– son superfluos y puede prescindirse de ellos». V. también el mismo, AT I, 2006, § 24 n. m. 13.

(98) Cfr., por ejemplo, STS de 16 de octubre de 2002, A. 1671: «Al respecto la Sala debe alertar respecto de cierta tendencia a confundir la realización del peligro

doctrina jurisprudencial dominante sigue manteniendo, con razón, la utilidad de ese criterio (99).

Frente a esto hay que decir que previsible no equivale a imaginable: que yo me muera porque se me cae un meteorito en la cabeza es imaginable en el sentido de que, como la imaginación no tiene límites, ello es algo que me puedo representar, pero no es previsible en el sentido de que, «ex ante», no aparece como posible que yo vaya a perder la vida de esa manera (¡cruzo los dedos!). Cuando Roxin dice que «son previsibles todos los cursos causales posibles» y la STS de 16 de octubre de 2002 que «casi todo es previsible, en el sentido de una representación posible del autor respecto del resultado de su acción», están confundiendo el hecho de que, en efecto, para la imaginación todo es posible con el concepto tecnicojurídico —e incluso vulgar— de previsibilidad, que hace referencia, no a la posibilidad de que alguien se imagine un determinado curso causal, sino a la posibilidad —mayor, menor o prácticamente descartable (100)— de que ese curso causal pueda *efectivamente* tener lugar. Y así, en una lesión potencialmente letal siempre es posible un error de diagnóstico —los médicos también son humanos— con el riesgo que ello encierra de que la herida no tratada siga desplegando hasta el final sus efectos mortales, mientras que en el actual estado de la praxis médica apenas existe posibilidad real alguna de que en una intervención se emplee un instrumental no esterilizado, por lo que el error de diagnóstico es un acontecimiento previsible (no se encuentra fuera de una cierta posibilidad), mientras que no es previsible (por ello, y porque se trata de un error médico muy concreto, peligrosísimo y garrafal, se han adoptado medidas muy estrictas para que sea prácticamente descartable que se pueda incurrir en él) que el herido pueda morir porque se le declara una septicemia generalizada a consecuencia del uso de un bisturí no desinfectado.

---

con la cuestión de la previsibilidad del resultado. En realidad, casi todo es previsible, en el sentido de una representación posible del autor respecto del resultado de su acción. La concreción del peligro en el resultado, por el contrario, requiere un juicio relativo a la intensidad del peligro creado y su relación con el resultado».

(99) Cfr., por todas, la STS de 12 de abril de 2002, A. 649: «La previsibilidad, propia del delito imprudente (elemento intelectual), debe considerarse en su aspecto objetivo o “ex ante”, como posibilidad abstracta de advertir las consecuencias de la acción o conducta infractora de las normas objetivas (y subjetivas) de cuidado».

(100) Sobre el «grado de tendencia» (posibilidad) que debe concurrir en una acción para que un resultado sea adecuado (previsible), «grado de tendencia» que no debe concebirse en un sentido estadístico, sino normativo, cfr. GIMBERNAT, *Delitos cualificados*, 1990 (reimpresión de la 1.<sup>a</sup> ed. de 1966), pp. 42 ss., 108/109 = reimpresión argentina de B d F, 2007, pp. 26 ss., 107 ss.

Cuando Roxin niega vigencia al criterio de la «previsibilidad» lo fundamenta de la siguiente manera: «Lo cierto es que el tipo de los delitos imprudentes –en tanto en cuanto no contenga una descripción adicional del comportamiento– se completa *exclusivamente* con la teoría de la imputación objetiva. Un resultado que se imputa al tipo objetivo, se ha causado imprudentemente, sin que se requieran para ello ulteriores criterios [como el de la previsibilidad] ...– Algo semejante [se trata de un criterio superfluo] sucede con elementos como el de la previsibilidad (cognoscibilidad) o el de la evitabilidad. Si un resultado no es previsible, bien falta ya, como en el ejemplo del meteorito [“al joven que concierta una cita con su amiga, y en la que ésta parece porque es golpeada por un meteorito, ciertamente que no se le puede reprochar infracción alguna del cuidado debido”], la creación de un riesgo jurídicamente relevante, bien falta, cuando el lesionado muere, no por las consecuencias del accidente, sino por un incendio que se declara en el hospital, la realización del peligro creado» (101).

Contra Roxin hay que decir:

En primer lugar, que a diferencia de lo mantenido por él en otro lugar (102), ahora, en la cita que acabo de reproducir, entiende «previsibilidad», no en el sentido de «imaginabilidad», sino, como lo demuestra su recurso al ejemplo del meteorito, como un acontecimiento imprevisible, en el sentido tradicional de previsible como posible.

En segundo lugar, que, en contra de lo que piensa Roxin, la imputación objetiva no es un criterio previo a los elementos subjetivos del tipo dolo o imprudencia, sino que, como he manifestado en otro lugar (103), «si hago equivalente imputación objetiva a tipicidad, entonces, lógicamente, aquel concepto sobra porque no tiene sentido crear una nueva denominación que en su contenido coincida en todo con el de otra ya existente; y, sin embargo, seguiría faltando otro concepto: el destinado a abarcar –y a fundamentar por qué existen– acciones aparentemente típicas (en cuanto que reúnen todos los requisitos legales) que, sin embargo, no lo son. Para el viaje de explicar por qué lo que no es acción o no es causante del resultado típico o no es doloso (en los tipos dolosos) o no es imprudente (en los tipos imprudentes), no es tampoco típico, no se necesitan las alforjas de la imputación objetiva: esas alforjas se necesitan para el viaje de explicar por qué lo que

(101) ROXIN, AT I, 2006, § 24 nn. mm. 10, 11 y 13 (cursiva añadida).

(102) Cfr. supra n. 96.

(103) GIMBERNAT, Estudios (1987), 1999, p. 214.

es acción dolosa o imprudente causante del resultado típico, a veces y no obstante, tampoco es típico [por ausencia de la imputación objetiva]». Es decir y con otras palabras: La imputación objetiva no absorbe la imprudencia, sino que fundamenta por qué conductas que sí son imprudentes, no obstante no son típicas al faltar dicha imputación.

En tercer lugar, el concepto secular de «previsibilidad» es de todo menos «prescindible» y «superfluo». Cuando Roxin mantiene que en el ejemplo del meteorito «falta ya la creación de un riesgo jurídicamente relevante», esa es una conclusión correcta, pero una conclusión a la que no se puede llegar así, sin más, sino sólo aplicando el criterio, supuestamente «prescindible» y «superfluo» de la previsibilidad, que es el que nos conduce a la conclusión de que el «meteoritazo» –llamémosle así para entendernos–, en cuanto que la posibilidad de que la amiga muera a consecuencia del impacto de ese cuerpo celeste es prácticamente descartable, no es previsible y, por consiguiente, tampoco imprudente, por lo que carece de sentido plantear la cuestión de la imputación objetiva, cuando el comportamiento, al no ser imprudente, sólo por esta razón ya tampoco es típico, con lo que queda excluido ya, radicalmente, de cualquier ulterior valoración jurídicopenal.

En conclusión: Ciertamente que soy partidario de la teoría de la imputación objetiva, a cuya creación he contribuido desde mis primeras publicaciones (104), pero esta teoría no es tampoco la purga de Benito con cuya ayuda vayamos a resolver *todos* los problemas de tipicidad, también los desde hace ya mucho tiempo resueltos –y bien resueltos–: con su ayuda se trata de resolver, por el contrario, aquellos problemas que hasta la aparición de esa teoría o bien no se resolvían o

(104) El criterio del fin de protección de la norma lo introduzco en la dogmática penal a partir de 1962 (v. GIMBERNAT, *Die innere und die äußere Problematik*, 1962, *passim*; el mismo, *Delitos cualificados*, 1966 [reimpresiones en 1990 y 2007], *passim*; el mismo, *ZStW* 80, 1968, p. 923, n. 20). Así, y reconociendo que el origen de este criterio está en mis escritos, cfr. ULSENHEIMER, 1965, pp. 52/53, 117/118, admitiendo que «la tesis de partida de Gimbernat Ordeig ... es ... correcta» (p. 117); ROXIN, *ZStW* 78 (1966), p. 217 con n. 4; el mismo, 1970, p. 146 con n. 20; KAHR, 1968, p. 227 («La concepción de Gimbernat Ordeig debe ser seguida en la medida en que el fin de la prohibición puede determinar el ámbito de los resultados imputables»); RUDOLPHI, *Jus* 1969, pp. 550 con n. 9, 552. El origen del «topos» del fin de protección de la norma en mis escritos lo admiten también, y por ejemplo: KRÜMPPELMANN, *Jescheck-FS*, 1985, p. 335 n. 63; KAHL, 1990, pp. 240 n. 501, 248, 249/250; TOEPEL, 1992, p. 142 n. 54; SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO, 1996, pp. 29 ss.; CEREZO, *PG* II, 1998, p. 183 n. 99; FEIJOO, 2000, pp. 43 ss., 51 ss.; DEGENER, 2001, pp. 18 con n. 24, 102, 112 y *passim*; CANCIO, 2001, pp. 60/61; ANARTE, 2002, pp. 157 ss.; CUELLO CONTRERAS, *PG*, 2002, VIII nn. mm. 155, 190 ss.; MARAVER, RODRÍGUEZ MOURULLO-LH, 2005, p. 637 n. 35; el mismo, 2009, pp. 216, 391/392; MIR, *PG*, 2008, 11 n. m. 56 n. 34.



bien se resolvían mal (por ejemplo, de la mano de teorías *pretendidamente* causales distintas de la de la condición).

## VI. CONCLUSIONES

De entre las varias conclusiones a las que he llegado en el presente trabajo, las más importantes son las siguientes:

### A. Cursos causales irregulares con acción inicial dolosa

*Primera.* Cuando a consecuencia de una herida inicial dolosa potencialmente letal, infligida con ánimo de matar, la víctima fallece posteriormente porque, por ejemplo, en el proceso de curación el personal sanitario incurre en una más o menos grave imprudencia, el causante primario –e independientemente del homicidio imprudente en que ha incurrido ese personal– debe responder por esa muerte a título de dolo. Ello es así porque, si ni siquiera en el desistimiento voluntario fallido de un delito contra la vida, el autor puede liberarse de su responsabilidad por la muerte si, por el motivo que sea –imprudencia del propio autor o de terceros–, no consigue evitar el resultado, con mayor motivo debe responder de esa muerte cuando –sin que concurra el elemento valorado positivamente de la voluntariedad del desistimiento– el agredido fallece a consecuencia de la imprudencia de un tercero.

La única excepción a este principio general la constituyen aquellos casos –al margen ya del proceso de curación que se frustra por la imprudencia de un tercero– en los que, de acuerdo con el criterio del fin de protección de la norma, la agresión inicial no ha aumentado en abstracto el riesgo de que se produzca una muerte tal como en concreto tuvo lugar. Si el herido fallece porque un tercero –sea un médico o una persona ajena al personal sanitario– le asesina dolosamente en el centro donde se repone de sus lesiones o porque un automovilista choca imprudentemente contra el vehículo en el que se traslada a la víctima a un hospital, matándola directamente, entonces el primer causante sólo responde de una tentativa de homicidio o de asesinato, pero no de un delito contra la vida consumado, porque cuando el legislador prohíbe que se dispare contra la cabeza de otra persona o que se la apuñale en el abdomen, lo hace con el fin de evitar la muerte de la víctima a consecuencia de las heridas sufridas o de los incidentes que puedan surgir en su proceso de curación, ya que el disparar contra

otro o apuñalarle, no aumenta en nada el riesgo de perecer a consecuencia de un asesinato cometido por una tercera persona o de ser embestido por la imprudencia de un ulterior conductor que le provoca directamente la muerte.

*Segunda.* Cuando dolosamente se hiere a otra persona sin ánimo de matarla, causándole una herida potencialmente no letal, y se produce un agravamiento de la lesión originaria menos grave o la muerte, porque a ello contribuye también la intervención dolosa o imprudente de la víctima y/o de una tercera persona o la predisposición desfavorable de la propia víctima, la solución debe alcanzarse prescindiendo de la –en estos casos superflua e inútil– teoría de la imputación objetiva y acudiendo únicamente al contenido del llamado «principio de culpabilidad» –vigente en España a partir de la reforma de 25 de junio de 1983–, según el cual sólo existe responsabilidad dolosa cuando el hecho se ha causado con dolo, imprudente, cuando se ha causado con imprudencia, no existiendo responsabilidad alguna cuando el resultado ha sobrevenido imprevisiblemente. De acuerdo con ello, y en función de si el resultado final más grave se ha producido imprudente, doloso eventual o fortuitamente, la conducta debe calificarse de concurso entre las lesiones menos graves y el resultado final (imputable a título de imprudencia) de lesiones más graves o muerte, de lesiones más graves dolosas (por haberse producido el resultado final con dolo eventual) o de ausencia de responsabilidad por las lesiones agravadas o por la muerte cuando éstas han sobrevenido imprevisiblemente para el autor inicial.

## **B. Cursos causales irregulares con acción inicial imprudente**

*Tercera.* Si de la causación imprudente de unas lesiones no letales deriva, en un proceso causal irregular, la muerte de la víctima, hay que comparar esa conducta imprudente con la causación dolosa de las mismas lesiones; y si en este último supuesto el autor no respondería de la muerte porque estaríamos ante una combinación doloso-caso fortuito, entonces tampoco puede responder en el supuesto de que la causación de las lesiones haya sido imprudente, porque no puede ser que en lo más grave –en el dolo– no se impute la muerte y en lo menos grave –en la imprudencia– sí se impute.

*Cuarta.* Si las lesiones imprudentes potencialmente no letales efectivamente causadas son previsibles, y si de tales lesiones es previsible que derive un resultado más grave, entonces este último se le debe imputar al autor imprudente originario, ya que la línea de previsibilidad ha permanecido constante durante todo el proceso causal.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁCER, *Desistimiento malogrado y reglas de imputación*, AP 43 (2001), pp. 1041-1057.
- ANARTE, *Causalidad e imputación objetiva en Derecho penal. Estructura, relaciones y perspectivas*, Huelva 2002.
- BAJO/CANCIO/FEIJOO/PEÑARANDA/PÉREZ MANZANO, *Compendio de Derecho penal, Parte Especial*, vol. I, Madrid 2003 (se cita por el autor de la contribución a esta obra colectiva).
- BOLEA, *Interrupción de la imputación objetiva por intervención posterior de terceros* (A propósito de la STS de 19 de mayo de 1994. P. García Ancos), ADPCP 1994 (III), pp. 375-394
- BURGSTALLER, *Erfolgszurechnung bei nachträglichem Fehlverhalten eines Dritten oder des Verletzten selbst*, Jescheck-FS 1985, pp. 357-375.
- CANCIO, *Conducta de la víctima e imputación objetiva. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2.ª ed., Barcelona 2001.
- CEREZO, *Curso de Derecho penal español, Parte General, II, Teoría jurídica del delito*, 6.ª ed., Madrid 1998.
- CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español, Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito*, 3.ª ed., Madrid 2002.
- DEGENER, «Die Lehre vom Schutzzweck der Norm» und die strafgesetziichen Erfolgsdelikte, Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspolitik, tomo 6, Baden-Baden 2001.
- FEIJOO, *Homicidio y lesiones imprudentes: requisitos y límites materiales*, Zaragoza 1999.
- *Teoría de la imputación objetiva. Estudio crítico y valorativo sobre fundamentos dogmáticos y evolución*, México D. F., 2000.
- FRISCH, Wolfgang, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Mannheimer rechtswissenschaftliche Abhandlungen, tomo 1, Heidelberg 1988 (Hay traducción española de CUELLO CONTRERAS y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, con el título «Comportamiento típico e imputación del resultado», Madrid-Barcelona 2004).
- *Tipo penal e imputación objetiva*, traducido por CANCIO, DE LA GÁNDARA, JAÉN y REYES, bajo la supervisión de VENTURA, Madrid 1995.
- FRISTER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*, 3.ª ed., Munich 2008.
- GIMBERNAT, *Die innere und die äußere Problematik der inadäquaten Handlungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik. Zugleich ein Beitrag zum Kausalproblem im Strafrecht*, Hamburgo 1962, XXI + 174 pp. (reprografiado).
- *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 1.ª ed., Reus, Madrid 1966; 2.ª ed. (reimpresión), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1990; 3.ª ed. (reimpresión), con presentación de Gonzalo D. FERNÁNDEZ, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires 2007.
- *Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre. Eine rechtsvergleichende Abhandlung auf der Grundlage des deutschen und des spanischen Strafrechts*, ZStW 80 (1968), pp. 915-943.

- *¿Qué es la imputación objetiva?*, Estudios Penales y Criminológicos, tomo X, Santiago de Compostela 1987, pp. 167-185. [Publicado también en: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas (Colombia) 1988, pp. 77-87, y en GIMBERNAT, Estudios de Derecho penal, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid 1990, pp. 209-217].
  - «Prólogo» al libro de Alcácer, *La tentativa inidónea. Fundamentos de punición y configuración del injusto*, Granada 2000.
  - Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida, en: *Estudios Penales en Recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia 2004, pp. 431-457. [Publicado también en: Revista de Derecho Penal (Argentina), 2003 (2), pp. 9-39, Criminalia (Órgano de la Academia Mexicana de Ciencias Penales) 70 (2004), pp. 313-337, Revista de Derecho Penal y Criminología, número extraordinario 2 (2004), pp. 75-100, y Revista Ultima Ratio (Brasileña), año 1 2006, pp. 301-328].
  - *Imputación objetiva y conducta de la víctima*, ADPCP 2005 [publicado en 2007], pp. 733-805. [Publicado también en: Revista de Derecho Penal (Argentina), 2010-1, pp. 107-188].
  - *El desistimiento en la tentativa acabada*, ADPCP 2006 [publicado en 2008], pp. 25-34. [Publicado también en Derecho penal y política criminal. Libro en Homenaje al Maestro Álvaro Bunster, México D. F., 2010, pp. 221-228].
  - *Fin de protección de la norma e imputación objetiva*, ADPCP 2008 [publicado en 2009], pp. 5-30. [Publicado también en: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, volumen II, Coimbra 2009, pp. 489-514].
- GÓMEZ BENÍTEZ, *La realización del peligro en el resultado y la imputación al dolo de las desviaciones causales*, Gimbernat/Schünemann/Wolter (edits.), Omisión e imputación objetiva, Madrid 1994.
- HIRSCH, *Zur Lehre von der objektiven Zurechnung*, Lenckner-FS, 1998, pp. 119-142.
- JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlín-Nueva York 1972.
- *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Lehrbuch*, 2.<sup>a</sup> ed., Berlín-Nueva York 1991. (Hay traducción española de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, con el título: «Derecho penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación», Madrid 1995).
  - *La imputación objetiva en Derecho penal*, traducción de CANCIO, con un estudio preliminar de SUÁREZ GONZÁLEZ y CANCIO, Madrid 1996.
- JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5.<sup>a</sup> ed., Berlín 1996. (La 3.<sup>a</sup> ed. alemana de esta obra con el título: «Tratado de Derecho penal, Parte General», 2 volúmenes, Barcelona 1981, ha sido traducida al castellano, con adiciones de Derecho español, por MIR y MUÑOZ CONDE; la 4.<sup>a</sup> edición por MANZANARES, Granada 1993, y la 5.<sup>a</sup> ed., por OLMEDO CARDENETE, Granada 2002).
- KAHLO, *Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges bei den unechten Unterlassungsdelikten. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung zur Kausalität menschlichen Handelns und deren strafre-*

- chtlichem Begriff*, Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge, tomo 67, Berlín 1990.
- KAHRS, *Das Vermeidbarkeitsprinzip und die condicio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht*, Hamburger Rechtsstudien, tomo 60, Hamburgo, 1968.
- KRÜMPELMANN, *Die normative Korrespondenz zwischen Verhalten und Erfolg bei den fahrlässigen Verletzungsdelikten*, Jescheck-FS 1985, pp. 313-335.
- KÜHL, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6.<sup>a</sup> ed., Munich 2008.
- (LK) *Strafgesetzbuch*, Leipziger Kommentar, 12 ed., Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (edits.) Berlín 2006 ss. (Se cita por el autor de la contribución a esta obra colectiva).
- MARAVAR, *Concepto restrictivo de autor y principio de autorresponsabilidad*, Rodríguez Mourullo-LH, Madrid 2005, pp. 627-661.
- *El principio de confianza en Derecho penal*. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva, Madrid 2009.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, tomo 60, Madrid 1992.
- *El desistimiento en Derecho penal*. Estudio de algunos de sus problemas fundamentales, Madrid 1994.
- MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Ein Lehrbuch, 4.<sup>a</sup> ed., Karlsruhe 1971. (La 2.<sup>a</sup> ed. alemana de esta obra, con notas de Derecho español y con el título: «Tratado de Derecho penal», 2 tomos, Barcelona 1962, ha sido traducida al castellano por Córdoba).
- MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, tomo 2: Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat, Ein Lehrbuch, 7.<sup>a</sup> ed., Heidelberg 1989. Se cita nombrando al autor encargado de reelaborar la obra original de MAURACH. (Hay traducción española de Bofill, Buenos Aires 1995).
- MIR, *Derecho penal*, Parte General, 8.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires-Montevideo 2008.
- (NK) *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch*, tomo 1, Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (edits.), 2.<sup>a</sup> ed., Baden-Baden 2005. (Se cita por el autor de la contribución a esta obra colectiva).
- OTTO, *Risikoerhöhungsprinzip statt Kausalitätsgrundsatz als Zurechnungskriterium bei Erfolgsdelikten*, NJW 1980, pp. 417-424.
- *Die objektive Zurechnung eines Erfolges im Strafrecht*, Jura 1992, pp. 90-99.
- *Kausalität und Zurechnung*, Wolff-FS 1998, pp. 395-416.
- PUPPE, *Zurechnung und Wahrscheinlichkeit. Zur Analyse des Risikoerhöhungsprinzips*, ZStW 95 (1983), pp. 287-315.
- *Die adäquate Kausalität und der Schutzzweck der Sorgfaltsnorm*, Berman-FS, 1997, pp. 227-245.
- *Strafrecht, Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, tomo 1, Die Lehre vom Tatbestand, Rechtswidrigkeit, Schuld, Baden-Baden 2002.
- ROBLES, en: FRISCH/ROBLES, *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, 2.<sup>a</sup> ed., Montevideo-Buenos Aires 2006.
- ROXIN, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, Honig-FS, 1970, pp. 133-150.

- *Die Lehre von der objektiven Zurechnung*, *Chengchi Law Review* 1994, pp. 219-257.
- *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, tomo I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenlehre 4.<sup>a</sup> ed., Munich 2006. (Hay traducción española de la 2.<sup>a</sup> ed., por Luzón, de Vicente y Díaz y García Conlledo, Madrid 1997).
- *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, tomo II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, Munich 2003.
- RUDOLPHI, *Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre*, *JuS* 1969, pp. 549-557.
- SCHMOLLER, *Fremdes Fehlverhalten im Kausalverlauf*, *Trifterer-FS*, 1996, pp. 223-256.
- SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27 ed., Munich 2006. (A partir de la 18 ed., 1975, esta obra colectiva, fundada por SCHÖNKE, y continuada posteriormente, hasta su fallecimiento, por SCHRÖDER, se convierte en una obra colectiva, por lo que se cita, añadiendo a SCHÖNKE/SCHRÖDER, el autor concreto que ha elaborado el correspondiente comentario).
- SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährungsdelikte*, *JA* 1975, pp. 435-444, 511-516, 575-584, 647-656, 715-724, 787-798.
- (SK) *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 8.<sup>a</sup> ed., Neuwied, situación: octubre 2005 (entrega 41). (Se cita por el autor de la contribución a esta obra colectiva).
- SOWADA, *Zur strafrechtlichen Zurechenbarkeit von durch einen Primärtäter ausgelösten Retterunfällen*, *JZ* 1994, pp. 663-668.
- SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO, Estudio preliminar (La reformulación de la tipicidad a través de la imputación objetiva) al libro de JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, Barcelona 1996, pp. 21-88.
- TOEPEL, *Kausalität und Rechtswidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt*, *Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge*, tomo 75, Berlin 1992.
- ULSENHEIMER, *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, *Bonner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen*, tomo 65, Bonn 1965.

# La libertad del ser como dimensión de la personalidad y fundamento de la culpabilidad penal –Sobre la doctrina de la culpabilidad de Jorge Figueiredo Dias(1)

KAI AMBOS(2)

## RESUMEN

*El eminente penalista portugués Jorge Figueiredo Dias ha desarrollado en su monografía fundamental «Liberdade – Culpa – Direito Penal», una teoría de la culpabilidad basada en el ser libre y mediada por la personalidad humana (la doctrina de la personalidad). Para analizar adecuadamente esta doctrina, es necesario, en primer lugar, comprender sus fundamentos jurídicos-filosóficos (el concepto de libertad ético-existencial) (infra I.1), para extraer las consecuencias para el concepto de culpabilidad penal (I.2) y discutir algunas objeciones (I.3). No obstante, la confrontación ardua pero altamente enriquecedora con la doctrina de la personalidad nos conduce a descubrimientos que abren el camino hacia la comprensión de la culpabilidad penal y que todavía son insuficientemente conocidos por la doctrina alemana y extranjera (II). La crítica dirigida se basa parcialmente en interpretaciones incorrectas (II.1) aunque también hay objeciones que deben ser ponderadas (II.2) que se*

---

(1) Trabajo originalmente publicado en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* t. 156 (2009), pp. 561-585 («Freiheit im Sein als Teil der Persönlichkeit und Grundlage strafrechtlicher Schuld. Zur Schuldlehre von Jorge de Figueiredo Dias»); traducción portuguesa («A liberdade no Ser como dimensão da personalidade e fundamento da culpa penal. Sobre a doutrina da culpa de Jorge de Figueiredo Dias») en M. da Costa Andrade/M.J. Antunes/S. Aires de Sousa (orgs.), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Vol. I, Coimbra 2009, pp. 53-88. Traducción al español realizada por María Cecilia Dómine con base en el original alemán y en la traducción portuguesa.

(2) Catedrático de Derecho Penal, Procesal Penal, Derecho Penal Internacional y Derecho Comparado, Georg-August-Universität Göttingen; Director del Dept. de Derecho penal extranjero e internacional; juez del Tribunal Estatal de Göttingen. Agradezco a mi esposa por la ayuda en la lectura de las fuentes de lengua portuguesa. Agradezco también a mis colegas de Göttingen, Profs. Drs. Fritz Loss y Uwe Murmann, por la lectura del texto original y por sus valiosos consejos. Para otros agradecimientos, ver *infra*, nota 120.

referen en particular al concepto de personalidad (II.2.1) y a la cuestión de la libertad (II.2.2).

Palabras clave: *Teoría de la culpabilidad; Doctrina de la personalidad; Libertad; Culpabilidad penal.*

## ABSTRACT

*The eminent criminal law scholar Jorge Figueiredo Dias developed in his seminal monograph «Liberdade – Culpa – Direito Penal» a theory of culpability based on freedom and a doctrine of personality. To capture the meaning of this theory fully it is, first of all, necessary to understand its legal-philosophical bases (the concept of an ethical-existential liberty) (infra I.1), in order to be able to draw the conclusions for the concept of criminal culpability (I.2) and discuss some objections (I.3). Notwithstanding, the arduous but rewarding exploration of the doctrine of personality leads us to findings for a more comprehensive understanding of criminal culpability; findings which are not yet known in the German and foreign doctrine (II). The criticism of this theory is partially based in inaccurate interpretations (II.1) but also in serious objections (II.2) which refer in particular to the concept of personality (II.2.1) and the question of liberty (II.2.2).*

Keywords: *Theory of responsibility; Doctrine of personality; Freedom; Criminal liability.*

## I. LA LIBERTAD EN EL SER Y LA CULPABILIDAD PENAL

Jorge de Figueiredo Dias siempre ha defendido un Derecho penal de la culpabilidad propio de un Estado de Derecho (3) y concibió la culpabilidad en términos normativos como reprochable (4). Sin embargo, ya en 1972, se negó inequívocamente a ver su fundamento en el postulado común del *libre albedrío*, porque es insusceptible de prueba (5). La culpabilidad penal no puede ser fundada sobre la base

(3) Véase desde luego, su trabajo fundamental sobre conciencia e ilicitud, *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*, 1969 (5.<sup>a</sup> ed., 2000), pp. 175 ss.; también «A reforma do direito penal português», en: *Boletim da Faculdade de Direito* Bd. XLVIII (1972), pp. 117 s.; y «Sobre o estado actual da doutrina do crime. 2.<sup>a</sup> parte», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 2 (1992), pp. 8 ss., pp. 29 s.) [igualmente disponible en *Liberdade-Culpa-Direito Penal*, 3.<sup>a</sup> ed. 1995, pp. 279 ss.].

(4) Véase por último, *Direito Penal. Parte General*, Tomo I, 2.<sup>a</sup> ed., 2007, Cap. 19, § 4.

(5) «A reforma...» (nota al pie 1), pp. 120 s.; también *Liberdade-Culpa-Direito Penal*, 1976 (3.<sup>a</sup> ed. 1995), pp. 21 ss. (= Cap. B); «Schuld und Persönlichkeit»,



de la teoría de la *culpabilidad de la voluntad* (6): ni como una *decisión consciente de voluntad ilícita* (7), ni como la *capacidad de motivación de la norma* (8), ni por último, como la *culpabilidad de voluntad referida al carácter* (9). Contra estas concepciones pronunciarse desde una perspectiva político-criminalmente orientada (una vez que ellas privilegiarían los agentes particularmente peligrosos, a quienes les sería posible alegar con éxito, que no han podido actuar de otra manera, o que no han tenido la capacidad de ser motivados por el precepto) llevaría a una contradicción insoportable entre el poder individual y el deber ser socialmente deseado (10). Por lo tanto, la culpabilidad (superando la estéril controversia entre el determinismo y el indeterminismo) tendría que ser construida sobre el fundamento jurídico-filosófico y pre-penal de un concepto «ético-existencial» de la libertad personal (11) «como característica irrenunciable del ser humano o del ser persona» (12).

## 1. Ser, libertad, personalidad

Figueiredo Dias desarrolla su concepto de la libertad a partir del milenar *dualismo* que subyace invisiblemente entre la realidad sensible (empirismo) y el plano del (verdadero) ser (racionalismo). Por estos motivos se hace necesaria, la ayuda de la filosofía de Platón, Kant, Schopenhauer y Bergson (13). Originariamente de Platón, es la doctrina de la autonomía del hombre y de la capacidad de decisión o elección sobre su propia existencia. A pesar de que Platón en su teoría, ha construido una culpabilidad en referencia al mundo concreto (natural y sensible), se podría deducir que la libertad de elección es la

---

ZStW 95 (1983), pp. 229 s.; *Direito Penal* (nota al pie 2), Cap. 19, §§ 8 ss. Sobre el estado actual de la discusión, especialmente en lo que respecta a la investigación neurobiológica, cfr. Duttge, in Duttge (Org.), *Das Ich und sein Gehirn*, 2009, pp. 13 ss.

(6) *Liberdade* (nota al pie 3) pp. 55 ss. (= Cap. C).

(7) *Liberdade* (nota al pie 3), pp. 59 ss.

(8) *Liberdade* (nota al pie 3), pp. 65 ss.

(9) *Liberdade* (nota al pie 3), pp. 87 ss.

(10) «Schuld...» (nota al pie 3), pp. 230 s.; *Direito Penal* (nota al pie 2), Cap. 19, § 12.

(11) *Liberdade* (nota al pie 3) pp. 117 ss. (= Cap. D). Este capítulo contiene la fundamentación indispensable para el concepto de culpabilidad penal, en Cap. E. Sobre esto, v. nota al pie 70 ss. y texto correspondiente.

(12) *Liberdade* (nota al pie 3) p. 118.

(13) *Liberdade* (nota al pie 3, pp. 119 ss.; demasiado sucinto, «Schuld...» (nota al pie 3), p. 237.

matriz de toda culpabilidad (14). En lenguaje platónico: el hombre tiene en su alma los arquetipos del ser (las ideas), y entre otros, el arquetipo de la justicia (15); necesariamente posee también el conocimiento de los arquetipos y la capacidad de decidir de forma autónoma. En el contexto del pensamiento de Kant, el contraste entre el empirismo y el racionalismo que se halla en la contradicción entre el carácter empírico y el carácter inteligible, entre el mundo de los sentidos y el mundo de la comprensión, entre las leyes causales naturalistas y la razón pura independiente de la experiencia (en vano) procura fundar por sí mismo la esencia del ser, la cosa en sí (16). Esta razón pura se transforma en la razón práctica como «voluntad» o facultad de querer, en cuanto razón pura práctica, también es totalmente independiente de las determinaciones empíricas (sensibles), y es en esta independencia, que reside la libertad (17): libertad en sentido más radical, esto es trascendental (18). El carácter inteligible, es por consiguiente el fundamento de la libertad, (en el sentido del referido dualismo) independientemente del mundo empírico y por lo tanto insusceptible de valoración jurídica. Ahora se puede hablar de «la posibilidad ontológica de la libertad trascendental, fundada en el carácter inteligible» (19), pero ésta posibilidad (a pesar de las premisas kantianas) sólo es utilizable en el mundo real, empírico, en el caso que se supere el referido dualismo y que se comprenda al hombre como un ciudadano de dos mundos. De este modo, Figueiredo Dias postula un «efecto» de carácter inteligible (de la libertad por él representada) en un carácter empírico, en el mundo real, de manera que lo primero se vuelve un fundamento de lo segundo, así carácter empírico e inteligible, y la libertad (trascendental), se torna realizable (20). Figueiredo

(14) *Liberdade* (nota al pie 3) pp. 119 ss.; demasiado sucinto, Figueiredo Dias ZStW 95 (1983), p. 237: «Modus der Lebenswahl».

(15) Cfr. WEISCHEDEL, *Die philosophische Hintertreppe*, 23.<sup>a</sup> ed., 1993, p. 46; sobre una «visión de ideas» («Schau der Ideen») idea como «visión de» («Einsicht in das, was ist») Baruzzi, en: Bayer. Landeszentrale für Politische Bildungsarbeit (Org.), *Politische Denker I*, 6.<sup>a</sup> ed., 1987, p. 30.

(16) KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1785, p. 66 (TIMMERMANN, 2004, con correspondiente comentario 17, p. 146). Cf. También HÖFFE, en: Höffe (Org.), *Klassiker der Philosophie II*, 1981, pp. 19 ss. (21); FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade* (nota al pie 3), pp. 122 s. Sobre la incapacidad de la razón humana de ir más allá de la realidad sensible y penetrar en su esencia, cf. WEISCHEDEL (nota al pie 13), p. 184.

(17) Para mayores detalles, HÖFFE (nota al pie 14), pp. 23 ss.

(18) KANT, *Kritik der praktischen Vernunft*, 1788 (Meiner, Philosophische Bibliothek, 2003), p. 38

(19) Figueiredo Dias, «Schuld...» (nota al pie 3), pp. 237 s.

(20) *Liberdade* (nota al pie 3), pp. 126 s. Este distanciamiento de la doctrina kantiana de carácter inteligible lleva a la crítica de Binding, según el cual esa doctrina,

Dias considera que este desarrollo se puede encontrar en la teoría kantiana en apelo de Schopenhauer a la fórmula escolástica «*operare sequitur esse*», es decir, el pensamiento del ser como motivo de acción (21). Por lo tanto, al ser le corresponde un carácter inteligible en cuanto «propia esencia» de la cosa y su exteriorización en su carácter empírico (22). De esta manera la responsabilidad moral trata de ser expresada en acciones concretas, que refieren «ostensiblemente a lo que el hombre hace, pero básicamente a lo que el hombre es» (23). De hecho, Figueiredo Dias también es consciente de que Schopenhauer aceptaba la oposición entre el (completamente determinado) ámbito sensible (carácter empírico) y en el ámbito del ser metafísico (carácter inteligible), independientemente de la experiencia, y sólo se reconoce la libertad en la etapa pre-individual (24). Así, con ésta doctrina no conseguiría anclar la libertad como fundamento de la culpabilidad en el mundo real (empírico), previamente se continuaría a mostrar que la libertad se encuentra en el «ser ético» del hombre (25). El hombre no es libre en su existencia empírica, sino que es «libre en la raíz de su ser» (26). Desde esta perspectiva, la influencia de Schopenhauer hacia un concepto de la libertad «como una característica de» ese «metafísico, del que deriva la necesidad de un obrar empírico» (27); y por lo cual es justo clasificarlo como un «clásico de la teoría de la culpabilidad de la persona» (28). Figueiredo Dias da un paso más decisivo hacia la persona real y empírica de Bergson, que buscaba (sobre la base de un principio empírico) alcanzar una nueva metafísica a partir de los resultados de la investigación de las ciencias naturales» (29). Así, Bergson entiende la libertad (más allá del determinismo y el indeterminismo) como el fenómeno de la personalidad global, del

---

por fuerza de su separación de carácter empírico, «de nada serviría en el juzgamiento de sucesos del mundo sensible» (*Die Normen und ihre Übertretung – Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, reimpr. 4.ª edición de 1922, 1965, pp. 38 s.).

(21) *Liberdade* (nota al pie 3), pp. 127 s.

(22) *Liberdade* (nota al pie 3) p. 128. Cfr. también Weischedel (nota al pie 13), p. 228: «... y porque él es así que debe hacer eso o aquello».

(23) SCHOPENHAUER, *Über die Grundlage der Moral*, 1860 (Meiner, Philosophische Bibliothek, 2007), p. 76.

(24) *Liberdade* (nota al pie 3), pp. 130 s.; cfr. también BREIDERT, en: Höffe (nota al pie 16), p. 127.

(25) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 131.

(26) WEISCHEDEL (nota al pie 13), p. 228.

(27) FIGUEIREDO DIAS, «Schuld...» (nota al pie 3), p. 238.

(28) ENGISCH, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 1963, pp. 46 ss.

(29) PFLUG, en: Höffe (nota al pie 14), p. 298.

alma entera (30), y que se encuentran en el origen de las acciones (aristotélicamente) en «nosotros» (31): «somos libres cuando nuestros actos emanan de nuestra personalidad global, cuando la expresan» (32). La libertad se considera como la expresión de la acción, «que procede del yo» y «en él se fundamenta» (33). Aunque esta teoría también podría llevar a una comprensión de la culpabilidad demasiado amplia, ya que abarca todos los actos auténticos de la personalidad, inclusive los actos de conciencia; Figueiredo Dias, sin embargo, pretende fijar su núcleo en la idea de «correspondencia del hecho con la personalidad». Según el criterio de la libertad y de culpabilidad. Figueiredo Dias retira de estas reflexiones jurídicas y filosóficas dos conclusiones: En primer lugar, la libertad se basaría en el «yo» de la personalidad, y los hechos concretos serían la expresión del «yo» y de la personalidad. En segundo lugar, una libertad racionalmente entendida, puramente inteligible, no podía resolver el problema de la libertad real como fundamento de la culpabilidad de la persona *concreta*, y diversamente sería necesario establecer una conexión con la «realidad empírica» (34) (35). Paradójicamente, la libertad del hombre debería por un lado participar de la realidad; y por otro lado, apuntar a un determinismo (36), (eso significaría la capitulación de la libertad). Por lo tanto, la libertad tendría que existir originariamente como un todo, que es determinable en el mundo real y al mismo tiempo, en su carácter originario-real fundamentar (por sí misma) la posibilidad de la determinación (37). El «lugar» de una libertad así entendida (de hecho, una libertad de autodeterminación) se encuentran en la más radical y originaria realidad: la existencia humana (38). Con la apertura de dos nuevas perspectivas sobre la libertad: que su esencia se cubre «con la particularidad irreductible de la existencia humana», o sea, después de todo, «la originalidad de un modo propio que como fundamento oculto, se expresa en el hombre y en su obra» (39). Comprender la

(30) BERGSON, *Essai sur les données immédiates de la conscience*, 1889, p. 75.

(31) *Liberdade* (nota al pie 3), pp. 132 s.

(32) BERGSON (nota al pie 28), p. 77.

(33) FIGUEIREDO DIAS, *Schuld...* (nota al pie 3), p. 238.

(34) En sentido estricto, el término «realidad empírica» es una redundancia porque lo empírico es tan real como la realidad es empírica.

(35) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 135.

(36) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 135; también «Schuld...» (como nota 3), p. 238; *Direito Penal* (nota al pie 4), Cap. 19, § 22.

(37) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 136.

(38) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 136; también en «A reforma...» (nota al pie 1), p. 124; «Schuld...» (nota al pie 3), p. 239; y *Direito Penal* (nota al pie 4), Cap. 19, § 22.

(39) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 136.

*relación entre el ser y la libertad* inherentes implica, a su vez, vías diversas para fundamentar la esencia del hombre: por un lado, un concepto material-social (es decir, anti-idealista) del hombre como sujeto realmente existente en el desarrollo histórico, donde el espíritu y el alma se comprenden apenas como meros auxiliares de realización de procesos orgánicos, dando así respuesta (a la última interrogante) al significado de la vida y la existencia (40). En cambio, por otro lado, una nueva comprensión de la «conciencia «que, más que a una existencia *general* del hombre, se refiere al hombre en una situación concreta, concebido como persona actuante y consciente, como «la esencia que se verifica en sus actos» (41). De aquí se seguiría la determinación de la esencia del hombre como especie particular, es decir, la «determinación simultánea de su posibilidad interna y su necesidad» (42) y por lo tanto «lo que hace es verdaderamente lo que es» (43). Y así, destruir para siempre el concepto de una libertad inteligible del hombre como «sujeto abstracto» y por lo tanto «individuo aislado», ya que el verdadero hombre no podría ser entendido de forma abstracta, sino que solamente como ser social (44). Por otra parte, la esencia del hombre no residiría en algo que hubiese sido previamente dado, *a priori*, a su naturaleza, ya que tendría que realizarse concretamente en el mundo y «en su concreto existir» y ahí debería procurarse, y encontrar la libertad concreta, personal y existencial (45) (46). En conclusión, el problema de la libertad sólo puede ser adecuadamente tratado a través de una *fusión entre los enfoques antropológicos, biológicos y ontológico*: una teoría positiva de la libertad

(40) *Liberdade* (nota al pie 3), pp. 137 s.

(41) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 138. también *Direito Penal* (como nota al pie 2), Cap. 19, § 22.

(42) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 138.

(43) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 138.

(44) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 139: «como tipo concreto, *como hombre socializado*»; ya así en «A reforma...» (nota al pie 1), p. 124; véase también «Schuld...» (nota al pie 3), p. 239; *Direito Penal* (nota al pie 4), Cap. 19, § 20.

(45) En esta parte Figueiredo Dias se remite a Max Müller, voz «Freiheit», en: Görres Gesellschaft (Org.), *Staatslexikon III*, 6.<sup>a</sup> ed., 1959, pp. 530 s. No se trata de existencialismos en sentido de corriente filosófica homónima (en este contexto véase, TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal – Parte Geral*, Vol. II, 2004, § 824), una clarificación fundamental «de esencia del hombre concreto», a saber, del concreto «existir humano»: cfr. *Liberdade* (nota al pie 3), p. 136 y nota 30, así como, supra, el texto correspondiente a las notas 35 ss. En esta medida, los referidos conceptos «concreto», «personal» y «existencial» son fungibles entre sí (así también) HÜNERFELD, *Strafrechtsdogmatik in Deutschland und Portugal*, 1981, p. 196 y nota 159).

(46) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 139.

humana sólo puede obtenerse a partir de una fundamentación ontológica con vista a una concentración antropológica (47).

Las consideraciones precedentes conducen a una mejor clarificación del concepto de libertad. En primer lugar, la libertad que se muestra en el nivel más profundo de la existencia humana: en sus impulsos e *instintos* (48). Estos serían tan característicos del hombre que el se entrega a ellos en la realización (personal) del propio ser. El instinto de auto-realización personal, para cumplir con su existencia, podría sugerir un modo característico de realización humana: «la *realización personal de la libertad*» (49). Por otra parte, en lo que respecta a los motivos, sería posible establecer que estos determinaron la acción, pero sólo a través de la «afirmación» del hombre concreto como «reales» y «determinados» como «la función de su real existencia» (50). Si la existencia es entendida en esos términos, como una realización fundada en la libertad, entonces sólo se ganará su determinación final a través de una «elección profunda» como una expresión de la libertad personal, encontrándose el elemento de la libertad en el fondo de estructura de la motivación. Por último, la especificidad de la existencia humana que muestra la posibilidad del hombre para compensar su insuficiencia como ser que nace «demasiado pronto» (51), o como ser «defectivo abierto al mundo» (52) a través del comportamiento (activo), donde expresaría su libertad. Porque «el hombre no es como las cosas inanimadas, que meramente se deja ser, sino que tiene que ser él mismo, una tarea que absolutamente debe cumplir» (53). De todos modos, sería necesario un «mediador» entre la perspectiva bio-antropológica del carácter incompleto humano y la perspectiva filosófica-trascendental de la existencia humana (54).

(47) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 139. En *Direito Penal* (nota al pie 4), Cap. 19 § 7, el autor habla en este contexto, de un «axioma onto-antropológico».

(48) *Liberdade* (nota al pie 3), pp. 140 ss.

(49) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 142.

(50) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 142: «(...) se torna em motivo real e determinante (...) na medida em que foi “afirmado” pelo homem concreto como função do seu real existir». Cfr. también con MÜLLER (nota al pie 43), p. 532.

(51) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 143: «chegar ao mundo ... “cedo mais” ...» (con referencia a PORTMANN).

(52) «Schuld...» (nota al pie 3), p. 239; *Liberdade* (nota al pie 3) p. 142: «abertura», «essência aberta».

(53) «Schuld...» (nota al pie 3), pp. 239 s.

(54) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 143: «(...) “mediador” entre a abertura e o inacabamento (...) de um lado, e a incomensurabilidade e transcendência do existir humano, de outro».

Este mediador es, como resulta de las siguientes consideraciones (55), la compleja *personalidad* del hombre.

La concreta libertad del hombre real no debería mostrarse ahora tan negativa en el sentido de «ser libre...», sino como algo positivo, en el sentido de que él tiene la decisión de su propia persona, lo que revela que «todo hombre se posee a sí mismo» (56). Se trataría allí (trivialmente) de una libertad apenas relativa (negativa y positiva), teniendo en cuenta los límites planteados por las condiciones básicas del medio ambiente y la sociedad (57). La decisión de medidas concretas podría ser reconducida a una decisión previa de cada hombre «sobre sí mismo», con el que «crea su propio ser» o «afirma su propia esencia» (58). El hombre que actúa de determinada manera «porque es como es» (59). Por lo tanto todo lo que acontece «a través del hombre» se inscribe en su «ser-libre» (60). Éste ser libre sería la «esencia» del hombre y una parte del «*puro ser*», y la libertad personal (concreta, existencial) estaría vinculada a la libertad ontológica (61). La libertad se convierte así, en la característica central del sujeto actuante (62).

## 2. Libertad en la personalidad y culpabilidad penal

El concepto desarrollado de *concreta libertad personal* constituye para Figueiredo Dias, la base de la culpabilidad en general y en particular de la culpabilidad penal (63). El autor une las consideraciones *supra* mencionadas: la libertad del hombre sería *en concreto* libertad de decisión, no en el sentido de cualquier decisión que el hombre tiene que hacer a través de él, sino que como decisión de él y sobre él: que

(55) *Liberdade* (nota al pie 3), pp. 143 ss. También «Schuld...» (nota al pie 3), p. 241 y nota 87.

(56) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 144.

(57) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 145.

(58) *Liberdade* (nota al pie 3) p. 147. Cfr. «A reforma...» (como na nota p. 124 s.; e, posteriormente, «Schuld...» (nota al pie 3), p. 240.

(59) *Liberdade* (nota al pie), p. 147; también *Direito Penal* (nota al pie 4), Cap. 19 § 22.

(60) *Liberdade* (nota al pie 3) p. 148.

(61) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 150.

(62) *Direito Penal* (nota al pie 2), Cap. 19 § 20, con referencia a RAHNER, en: Frey (Org.), *Schuld-Verantwortung-Strafe*, 1964, p. 153: «*Auszeichnung des handelnden Wesen im ganzen*». (La reproducción de la citación ofrecida por Figueiredo Dias no es totalmente exacta).

(63) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 151; también *Direito Penal* (nota al pie 2), Cap. 19 § 7.

puede determinar su acción en la medida que libremente, decide sobre sí mismo (64). Esta libertad de decisión (como libertad sobre la propia esencia) sólo se realizaría verdaderamente en la acción concreta, que depende de las condiciones sociales, con lo que, en última instancia, la decisión sobre la acción sería «conformada» y «mediada» por la sociedad (65). En este contexto, operaría una «responsabilidad» como concepto mediador (66) entre libertad y culpabilidad, lo que significaría «tener que responder por su conducta como fundamento de su existencia, cuya esencia es el ser-libre» (67). La responsabilidad permitiría la imputación del comportamiento a la existencia, y por lo tanto, se transformaría en culpabilidad en la existencia (ser libre) que infringe a través de ciertos comportamientos; determinaciones que se presentan como su «deber ser» y que pertenecen «a su propio ser» (68). La culpabilidad es entonces, «la propia autoría o participación en el existir (y del ser-libre) en contradicción con las exigencias del deber ser, que son dirigidas a través de las características del modo de ser (del ser libre)» (69). Por lo expuesto, Figueiredo Dias fundamenta la culpabilidad penal; simultáneamente como plena responsabilidad del hombre por su comportamiento y por su personalidad la cual reside en la libertad personal (como parte de la existencia del ser): «porque existir (...) es ser libre y por lo tanto responsable y capaz de culpabilidad» (70). En otras palabras: culpabilidad no por causa de la libertad, sino que a causa de la *libertad del ser* (71). Siguiendo este razonamiento, Figueiredo Dias se ocupa de la conexión entre la culpabilidad penal y la *culpabilidad de la persona* (72). De este modo, la «culpabilidad en el existir» se presentaría como la culpabilidad en la decisión de su propia esencia y en este sentido, como culpabilidad existencial, esencial o «ética» (73). Ella radicaría en hechos (empíricos) del hombre y de su comportamiento desconforme con las exigen-

(64) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 151.

(65) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 152.

(66) También «Schuld...» (nota al pie 3), p. 240.

(67) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 152.

(68) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 152.

(69) *Liberdade* (nota al pie 3) p. 152.

(70) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 153. Sobre la libertad como fundamento de la culpabilidad ver también «Sobre o estado...» (nota al pie 1), pp. 12-14.

(71) Cfr. en este sentido, THOMAS MANN; *Der Zauberberg*, 7.<sup>a</sup> Ed. 1964, p. 421: «*Im Tun...herrsche freilich Determination, hier gebe es keine Freiheit, wohl aber im Sein*» (cit., p. ex., en «Schuld...» (nota al pie 3) p. 238, nota 74, y en *Direito Penal* (nota al pie 2), Cap. 19 § 21 y nota 41.

(72) *Liberdade* (nota al pie 3) pp. 155 ss. (Cap. E).

(73) *Liberdade* (nota al pie 3) p. 158; también *Direito Penal* (como nota 2), Cap. 19 §§ 6, 7.



cias ético-existenciales del deber ser. Estas exigencias derivarían de «las características del modo de ser de la existencia» y son «obra del ser-libre» (74) «referidas a las «condiciones existenciales del hombre» (75). El deber ser residiría en la realización, desarrollo y promoción del ser libre y la culpabilidad ética consistiría precisamente en la violación de ese deber (76). El paso de estas formulaciones de la culpabilidad penal, aunque sea muy abstracta, se refleja en la comprensión de las normas de la *prohibición penal* y de los *bienes jurídicos* protegidos como parte del deber-ser (77). La culpabilidad penal sería «una visión particular de la culpabilidad ético-existencial» y se presenta como la violación de los deberes del hombre para conformar su propia existencia, de modo que, con su conducta, no viole o ponga en peligro bienes jurídicos protegidos (78). Con esto queda claro que el contenido y *el alcance de la culpabilidad* no resultan del concepto de libertad, sino que anteriormente de forma más concreta, de normas de protección del derecho positivo. La diferencia entre el fundamento y la medida de libertad subyacente es reiteradamente subrayada por Figueiredo Dias (79).

Por otra parte, la culpabilidad penal estaría ligada al *hecho (externo)* y esto en un doble sentido: en primer lugar, el propio derecho penal partiría desde el mundo exterior de los hechos de la interioridad del agente; y en segundo lugar, como se ha señalado, la libertad personal sólo puede tener lugar en el hecho concreto (80). Con esto, en verdad, el vínculo decisivo entre el hecho y la «persona» del agente no estaría establecido aún, porque la libertad existencial como fundamento del hecho y parte de la persona sería exteriormente imperceptible, apenas se revelaría el hecho exteriorizado en su «carga espiritual» que pertenece al agente individual (81). Figueiredo Dias pretende ahora establecer ese vínculo sobre la *personalidad* del agente: si se entiende, como se mencionó anteriormente (82), como mediador entre

(74) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 158.

(75) «Schuld...» (nota al pie 3), p. 240.

(76) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 159; también *Direito Penal* (nota al pie 4), Cap. 10 § 68 y Cap. 19 § 6.

(77) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 159.

(78) *Liberdade* (nota al pie 3), pp. 160 s.; también *Direito Penal* (nota al pie 4), Cap. 19 § 23.

(79) Cfr. *supra* o texto depois da nota 69; también «Schuld...» (nota al pie 3), pp. 241, 244, 255.

(80) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 161 s.; «Sobre o estado...» (nota al pie 1), p. 14.

(81) *Liberdade* (nota al pie 3) p. 162.

(82) *Supra* notas 53 ss), y texto correspondiente.

la perspectiva antropológica-empírica y filosófico-trascendental (es decir, entre el empirismo y el racionalismo), y como resultado de la capacidad del hombre para determinar la propia esencia. Entonces ella se muestra, por un lado, como «puro efecto de su libertad esencial» (83) y por otro, la personalidad sería igualmente la «realización» de la conducta por la cual el ser libre (hombre libre) se plasma en el mundo; fundamentando así su ser libre, y simultáneamente su personalidad. De esta manera, a través de la libertad, la persona y el hecho serían la misma cosa, es decir la expresión del «yo» ante el mundo, ambos pertenecientes al mismo existir» (84). Por consiguiente, «*la libertad realizada en el hecho, al final es idéntica a la libertad de la persona: es su manera de ser*» (85). Sin embargo, si la personalidad tiene este significado en la fundamentación de los hechos, entonces también debe demostrar la culpabilidad, que debería entenderse como personal, es decir, «*culpabilidad de la persona*». Y por otro lado, el fundamento de la culpabilidad penal se encuentra, como se mencionó anteriormente (86), en la deficiente conformación de la existencia de los mandamientos jurídicos penales. Por último la culpabilidad se realiza en el hecho, entonces la culpabilidad penal es en conclusión: «*el tener que responder por una personalidad que se fundamenta en un hecho-ilícito típico*» (87). Tiene por lo tanto, tres puntos de referencia: el hecho, los bienes jurídicos protegidos (como fundamento) y la personalidad (88), siendo posible hablar de esto, en una doctrina *de la personalidad y de la culpabilidad de la personalidad*.

### 3. Objeciones anticipadas

Figueiredo Dias anticipa, (él mismo) algunas de las posibles objeciones a su doctrina, distinguiéndola de otras teorías y de posibles interpretaciones erróneas (89). En primer lugar, el autor delimita la

---

(83) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 164.

(84) *Liberdade* (nota al pie 3), pp. 164 s.

(85) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 165.

(86) *Supra* nota 78 y texto correspondiente.

(87) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 165. Cfr. también «Schuld...» (nota al pie 3), p. 242: «*Einstehenmüssen für die Persönlichkeit, in der die Begehung eines Unrechts tatbestands ihren Grund hat*». Sobre «*as qualidades juridicamente desvaliosas da personalidade*», *Direito Penal* (nota al pie 2), Cap. 19 § 23, *in fine*.

(88) Explícitamente en éstos términos, aunque en un orden diferente, *Direito Penal* (nota al pie 4), Cap. 19 § 23.

(89) *Liberdade* (nota al pie 3), pp. 165 ss.

culpabilidad penal en la fase de *culpabilidad moral* (90). El punto de partida puede residir en ambos casos, en la «medida de la culpabilidad ética», la culpabilidad moral, que pertenece a la «esfera íntima de la individualidad», serviría de defensa de valores morales, en cuanto la culpabilidad penal proporcionaría respeto a la protección de bienes jurídicos. Del mismo modo, el valor o desvalor moral de un comportamiento, previamente su desvalor penal, tal como se encuentra fijado en el derecho positivo. Problemática es su contraposición a la *teoría de la culpabilidad del carácter* (91). Las teorías de la culpabilidad del carácter, que refieren o fundamentan la culpabilidad penal en el carácter convertirían la culpabilidad del hecho en la culpabilidad del carácter (92), no se mostrarán convincentes, pues el «mismo carácter» puede originar las acciones más dispares (93). Del mismo modo, el desvalor de la personalidad no se deduce automáticamente de una acción desvaliosa, porque cualquier persona puede, por ejemplo cometer actos potencialmente negligentes, sin tener que ser añadido a la fuerza la expresión de un carácter reprochable; sino que por el contrario, tal desvalor provendría de la «anormalidad» de hecho, de su realización sin motivo y del correspondiente desvío en relación con la personalidad «normal» (fiel a derecho) (94). Sin embargo es decisivo para Figueiredo Dias la diferencia material entre carácter y personalidad (95): por supuesto, a una acción concreta podría ser reconocida tanto el carácter como la personalidad, en la que ambos muestran una «ductilidad» y «preparación» de la conducta, tales como el arrepentimiento, porque podría ser la base de una verdadera *metanoia* (96); siendo el carácter psicológico-naturalista de la personalidad un modo de realización ético-existencial (97). Se trataría de una visión «total», no «atomista» de la personalidad, es decir, el reconocimiento de la

(90) *Liberdade* (nota al pie 3), pp. 166 ss.; también «A reforma...» (nota al pie 1), pp. 139 ss.; y «Schuld...» (nota al pie 3), p. 242 y nota 89.

(91) *Liberdade* (nota al pie 3), pp. 167 s.; también «A reforma...» (nota al pie 1) pp. 121 ss.; y «Schuld...» (con nota 3), pp. 236 s., 242 ss., *Direito Penal* (nota al pie 2) Cap. 19, §§ 16 ss.

(92) *Liberdade* (nota al pie 3), pp. 180 s., véase especialmente Engisch.

(93) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 181.

(94) *Liberdade* (nota al pie 3), pp. 180, 218; también «Schuld...» (nota al pie 3), p. 243 («Vergleich mit dem von der Rechtsordnung vorausgesetzten Persönlichkeitstypus»; véase también p. 244, 248); *Direito Penal* (nota al pie 2), Cap. 10, § 70.

(95) *Liberdade* (nota al pie 3), pp. 169 ss. Sobre las consecuencias en el juicio de inimputabilidad, cfr. con nota 242 y texto correspondiente.

(96) *Liberdade* (nota al pie 3), pp. 173 s.; también en «*O Problema...*» (nota al pie 1), p. 239 y nota 14. Sobre la equiparación de principio entre carácter y personalidad., ver también *Direito Penal* (nota al pie 2), Cap. 19, §§ 16, 25.

(97) Ver sobre todo *Liberdade* (nota al pie 3), p. 171 y nota 25.

personalidad «total» (98). Apoyaría la teoría psicológica naturalista, a la teoría del carácter como soporte esencial de la libertad (indemostrable) de la voluntad, cambiando sólo el punto de referencia material (el carácter en su conjunto en relación con el hecho específico), no el fundamento del reproche de la culpabilidad (99). Diferentemente, la personalidad englobaría todos los singulares elementos del carácter, incluyendo (100) lo que se sería «la expresión actualizada de una decisión ... sobre el sentido y ser (del hombre) de su existir», la «objetivación realizada de decisión ético-existencial» (101). En consecuencia, el reproche de la culpabilidad va a la persona, incluida la obligación de cumplir con los requisitos legales o éticos que le corresponden (102). Quienes violen este deber revelaría una personalidad disvaliosa (sin valor) y por lo tanto una «personalidad reprochable» (103). El sustrato de la culpabilidad residiría, no sólo en las propiedades reprochables del agente (voluntad final, afecto, emoción y estado de ánimo), sino que en la totalidad de su personalidad y por lo tanto también en la libertad personal y en la «posición» o «actitud» del agente ante las exigencias del deber-ser (104).

Estas propiedades del carácter son designados por Figueiredo Dias (utilizando una conceptualización Alemana) como «*Gesinnung*» en un sentido caracterológico y distinto de «*Gesinnung*» vinculado a la personalidad en sentido ético-existencial (105). En este sentido, de un derecho penal de la culpabilidad de la «actitud interior» (106), digno

(98) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 182: «personalidad total», «visión atomística de La personalidad» versus «visión totalista».

(99) «A reforma...» (nota al pie 1), pp. 122 s.; *Direito Penal* (nota al pie 2), Cap. 19 § 17; «Schuld...» (nota al pie 3), p. 236. Con este propósito véase FIGUEIREDO DIAS, «A reforma...» [nota al pie 1], p. 123. Ya Eduardo Correia había aportado una solución correcta, al postular como fundamento de la culpabilidad la violación de un deber de conformación de la personalidad con las exigencias del derecho (EDUARDO CORREIA, «A doutrina da culpa na formação da personalidade», *Rivista de Direito e de Estudos Sociais* 1 (1925-26), pp. 30 ss.; sobre la teoría de EDUARDO CORREIA, Cfr. HÜNERFELD (nota al pie 43), pp. 186 ss), asimismo en «A reforma...» (nota al pie 1) pp. 122 s.

(100) En este sentido también «Schuld...» (nota al pie 3), pp. 242 s.

(101) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 171.

(102) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 175; *Direito Penal* (como nota 2), Cap. 19 § 19.

(103) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 176; y «Schuld...» (nota al pie 3), p. 243; *Direito Penal* (nota al pie 2), Cap. 10 § 70.

(104) *Liberdade* (nota al pie 3), pp. 183 s.

(105) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 184: «“Gesinnung” en su estructura puramente caracterológica», «“Gesinnung” en su estructura ético-existencial».

(106) *Liberdade* (nota al pie 3), pp. 177 ss.; en este sentido también *Direito Penal* (nota al pie 2), Cap. 10 § 71.

de calificar a su doctrina como *Gesinnungsstrafrecht*, pero no en sentido de criminalización exclusiva de la actitud (como momento puramente interno), y de un *Gesinnungsstrafrecht* que es, en esta acepción de rechazar: la personalidad tiene que *manifestar un hecho*, no pudiendo una personalidad (actitud) enemiga de derecho fundamental, por sí sola exteriorizar la culpabilidad penal (107). Por lo tanto, Figueiredo Dias también nos advierte contra el reproche del peligro de abuso político de su doctrina en el sentido de posibilitar el regreso de un derecho penal que discrimine o domine contra el agente de una forma totalitaria, exaltando (108), por un lado a *Bettiol* (109), y por otro lado a la razón última de tal abuso, no en su doctrina, sino en la renuncia del Estado de Derecho, la pérdida de la conexión entre el deber ser ético, y el derecho positivo (110). Pues diversamente, su propuesta sería una nueva objetivación de la doctrina de la culpabilidad, la personalización del reproche y la responsabilidad de su propia personalidad, independientemente de determinadas propiedades intermedias entre el subjetivismo alemán-oriental de un poder de actuar de otra manera y el concepto alemán-oriental de culpabilidad social (socialista) (111).

La distinción entre *Gesinnung* referida al carácter y *Gesinnung* referida a la personalidad: que también tiene relevancia para los debates de Figueiredo Dias en referencia a la *modificabilidad de la personalidad*: una propiedad del carácter, dictada por el destino, podría ser modificada, ya que el comportamiento en la vida en sociedad podría ser alterado en la medida en que el hombre se decidiera (innovadoramente) «sobre sí mismo» y por lo tanto modificaría su «actitud personal» hacia otro destino (112). Esta «actitud personal» no debe confundirse con *Gesinnung* que se refiere al carácter, ni a una posición moral-subjetiva, buena o mala diversamente, sería algo mucho más profundo, anterior a toda experiencia y a toda la actividad volitiva: una «opción previa y fundamental», la «*decisión del hombre sobre sí mismo*», basada en la personalidad (113). Por lo tanto, la per-

(107) Cfr. supra nota 78 y texto correspondiente. De forma explícita también en «Sobre el estado...» (nota al pie 1), p. 14.

(108) *Liberdade* (nota al pie 3), pp. 217 s.

(109) Sobre este Autor, para mayores detalles véase, *infra* notas 126 y 144 y texto correspondiente.

(110) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 219 ss.; también «Schuld...» (nota al pie 3), p. 255.

(111) *Liberdade* (nota al pie 3), pp. 218 s.

(112) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 178; asimismo véase «A reforma...» (nota al pie), p. 138; y en «Schuld...» (nota al pie 3), p. 243.

(113) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 178.

sonalidad *Gesinnung*, que alude Figueiredo Dias en este punto, como un valor ético de la actitud personal y que la convierte en una categoría de gran importancia para la comprensión de la culpabilidad penal (114): en la medida en que la actitud personal se modifica, modificándose también la personalidad y con ello su propio destino (115). Con esta tesis de la modificabilidad, queda claro el cuadro ideal y optimista del hombre como ser capaz de lo bueno, propuesto por Figueiredo Dias, simultáneamente al *principio anti-determinista* de su teoría: en virtud de la decisión fundamental del hombre «sobre sí mismo», la comisión del delito no está predeterminada, sólo su posibilidad integra la personalidad, aunque no es una consecuencia necesaria, ya que la personalidad es, en realidad modificable. Por otro lado, Figueiredo Dias toma posición contra el indeterminismo de un concreto poder de actuar de otra manera, una vez que defiende la libertad personal (toma de decisión «sobre sí mismo») es una libertad indeterminista (116).

En resumen: la distinción entre «*Gesinnung*» referida al carácter y «*Gesinnung*» referida a la personalidad, entre el carácter naturalista y la personalidad ético-existencial, lleva de nuevo al dualismo entre carácter empírico y carácter inteligible y su superación, postulada por Figueiredo Dias a través de la «acción» de la primera sobre la segunda (117), sólo se consigue por medio de la consideración de los fundamentos filosóficos, jurídicos y pre-penales del mismo, que, por desgracia (como algunos otros aspectos (118) tienen una expresión muy baja y reducida. Por éstas razones es notorio que la teoría de Figueiredo Dias (119), reposa sobre el *respeto por el hombre y su dignidad*, y en su consideración sobre el ser ético-jurídico, sobre la existencia, la personalidad y la libertad personal: es el hombre con su personalidad total que es colocado en pleno centro (también aquí, en perspectiva centrada y orientada por la personalidad) y se diferencia

(114) *Liberdade* (nota al pie 3), pp. 178 s.

(115) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 179.

(116) Cfr. también «Schuld...» (nota al pie 3), p. 237; *Direito Penal* (nota al pie 4), Cap. 19 § 20.

(117) Cfr. notas 17 ss. y texto correspondiente.

(118) La diferencia aquí expuesta de concepto de «*Gesinnung*» no se retira en «Schuld...» (nota al pie 3), p. 243, porque el término «*Gesinnung*» es usado en referencia a la personalidad.

(119) *Liberdade* (nota al pie 3), pp. 220 s. («respeito e amor pela pessoa do homem»); «Schuld...» (nota al pie 3), p. 225; «Sobre o estado...» (como na nota 1), p. 13; *Direito Penal* (como nota 4), Cap. 10 §§ 66, 67, 69, Cap. 19 § 6. Cfr. también MIRANDA RODRIGUES, *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*, 1995, p. 445.

de modo fundamental de una teoría construida sobre la base de juicios de culpabilidad o sobre consideraciones (aisladas) de un determinado hecho delictivo (120).

## II. RECEPCIÓN Y VALORACIÓN CRÍTICA

En este momento se hace necesaria una presentación relativamente detallada de la doctrina de la personalidad y, en particular de sus fundamentos jurídico-filosóficos, para mostrar que una gran parte de las críticas se asientan en equívocos (infra 1), y no atienden a algunas objeciones pertinentes (infra 2.). En primer lugar, tal vez sea conveniente afirmar de forma clara que la recepción de esta teoría en Alemania (121), y en la doctrina penal italiana, portuguesa y latinoamericana (122) ha sido (hasta ahora) muy escasa. La barrera idiomática (que desgraciadamente sigue existiendo en la ciencia penal alemana) no puede explicarlo plenamente: Figueiredo Dias presentó un resumen de su teoría [aunque en algunos aspectos, demasiado sintética (123) en ZStW, asimismo los países que figuran son de lengua portuguesa (Brasil, Portugal) (124) y los idiomas que están relacionados en virtud de una raíz romana (Italia, España). Del mismo modo cabe señalar que su teoría fue divulgada también en otros idiomas (125). En cualquier caso, mientras que en Portugal, un país pequeño tiene cinco colegas que se han ocupado de la teoría de Figuei-

(120) Cfr. también *Liberdade* nota al pie 3), pp. 220 s.

(121) Cfr. HÜNERFELD (nota al pie 45), pp. 190 ss.; ROXIN, ZStW 96 (1984), 641 (645, 648 ss.); AT I, 4.<sup>a</sup> ed., 2006, § 19, n.º marginales 28 ss.

(122) En este punto, me dirijo a la investigación realizada en *Göttinger Bibliothek für ausländisches und internationales Strafrecht*, así como la información obtenida de la Prof. Dra. Maria da Conceição Valdágua (Lisboa, Portugal), Prof. Dr. Pedro Caeiro (Coimbra, Portugal), Roberto Wenin (Trento, Italia), Prof. Dr. Fábio D'Ávila (Porto Alegre, Brasil). Agradezco también a mis colaboradores científicos Rodrigo González Fuente-Rubilar (Chile) y Laura Ruffino (Italia) por el importante trabajo preparatorio.

(123) Crítica anteriormente desarrollada supra notas 11, 12, y (texto correspondiente).

(124) Hay pequeñas diferencias entre el portugués escrito de Brasil y el de Portugal que no pueden ser aquí desconsideradas.

(125) En italiano, cfr. «Il codice Penal Portoghese del 1982 e la sua riforma», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1995, fasc. 1, pp. 25 ss., y «Sullo stato die rapporti fra politica criminale e dogmatica giuridico-penal», en: Canestrari (Org.), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio* etc., 1998, pp. 216 ss.; en español, ver «Culpa y personalidad etc.», *Cuadernos de Política Criminal* 31 (1987), pp. 5-38.

redo Dias (126), en Brasil (127) Italia (128) y España (129) (países numéricamente importantes en términos de la ciencia penal) sólo un pequeño número de autores así lo hizo, y por regla general, dando preferencia a los artículos y opiniones de la obra fundamental «*Liber-tad-culpa-Derecho Penal*», que acabamos de analizar. Por otra parte, hasta donde sabemos, ningún otro autor ha tratado con más detalle los fundamentos jurídicos-filosóficos de la doctrina de la personali-dad (130).

## 1. Interpretaciones incorrectas

Las objeciones que se dirigen hacia a la doctrina de la personali-dad se centran en la premisa de la imposibilidad de comprobar, en general, la libertad de la voluntad y, en especial, el poder actuar de

(126) Siguiendo su perspectiva de un concepto de culpabilidad fundada en la ética y en la libertad, PINTO DE ALBUQUERQUE, *Introdução à Actual Discussão sobre o Problema da Culpa em Direito Penal*, 1994, pp. 86 ss.; TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal* (nota al pie 43), §§ 824 s., 893; siguiendo la misma doctrina, con consecuencias en el plano de la determinación de la medida de la pena MIRANDA RODRIGUES (nota al pie 117), pp. 402 ss., 471 ss.; contra, PALMA, *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*, 2005, p. 66 ss.; CURADO NEVES, *A Problemática da Culpa nos Crimes Passionais*, Dissertação de doutoramento, Lisboa, 2006 (aún no publicada), Cap. VII n.º 3 ss.; de forma expositiva, MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português, Parte Geral*, II, 1998, pp. 145 s.

(127) A pesar de su conexión histórica con la ley penal portuguesa, sólo tres de más de treinta tratados sobre la parte general del Derecho Penal se refiere a la teoría de la personalidad (ASSIS TOLEDO, *Princípios Básicos de Direito Penal*, 5.ª ed. 2002, pp. 241 s.; REALE JR., *Teoria do Delito*, 2.ª ed., 2000, p. 159 = *Instituições de Direito Penal, Parte Geral*, Vol. I, 2.ª ed. 2006, pp.187 s.; REGIS PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, I, 5.ª ed. 2005, pp. 428, 446) y apenas se discute (críticamente) su significado (Assis Toledo); en monografías (superficialmente): BITENCOURT, *Erro de Tipo e Erro de Proibição*, 3.ª ed. 2003, 4.ª ed. 2007, pp. 64 s., e PAGANILLA BOSCHI, *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*, 4.ª ed. 2006, p. 195.

(128) Cfr., especialmente BETTIOL, «Colpa d'autore e certezza del diritto», *FS Bockelmann*, 1979, pp. 333 (341); véase también infra nota al pie 144 ss y texto correspondiente. Por otros particulares, la doctrina referida en algunos tratados, sin mayores discusiones: BRICOLA, «Teoria generale del reato», en *Scritti di diritto penale*, Vol. I, Tomo I (1960-1973), 1997, p. 608 (como referencia para la literatura alemana); MANTOVANI, *Diritto Penale*, 5.ª ed. 2007, p. 281 (como derecho penal de «Gesinnung»). También MORSELLI, *El ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, 1989 (citado aquí a partir de la traducción española *La función del comportamiento interior en la estructura del delito*, Bogotá 1992, p. 107 nota al pie 14) se refiere solo al problema (nota al pie 1) en referencia a la relación *Gesinnungsstrafrecht*.

(129) COUSO SALAS, *Fundamentos del derecho penal de la culpabilidad*, 2006. Se trata de una disertación española pero el autor es chileno.

(130) También exposición de HÜNERFELD (nota al pie 45), p. 191 y nota 136, se refiere en este punto a Figueiredo Dias (y también ídem, p. 196).



otra manera, ellas son erróneas una vez que tal premisa es por regla aceptada (131). Tampoco se puede criticar a Figueiredo Dias por el recurso de *construcciones metafísicas* (132). Este recurso es impuesto por la naturaleza de un fundamento jus-filosófico y continua siendo necesario en relación con fenómenos como el mundo, el hombre y la culpabilidad, ya que no pueden ser explicadas en términos puramente naturalistas, es decir, mediante la aplicación de los conocimientos de las ciencias naturales. Incluso los filósofos que se inclinan a explicaciones naturalistas están obligados a reconocer que «no es con argumentos filosóficos que se pueden establecer» las cuestiones fundamentales de nuestro ser «si se espera tener respuesta algún día» (133). En cuanto a los filósofos clásicos es más evidente que el «yo» no se limite a sus descripciones científico-naturales (134). El recurso de las consideraciones metafísicas para la *fundamentación* de la culpabilidad y de la pena no contradice (a partir del correspondiente desdoblamiento racional teológico y funcional de la culpabilidad) (135) estas consideraciones en la *aplicación* de la sanción (136). Es ampliamente reconocido (Figueiredo Dias no lo niega) (137) que el juzgamiento del ser existencial no compete al juez humano, pero si quizás, a una ulterior (divina) instancia (138), la razón por la cual sobrepasa la idea de culpabilidad-retaliación por medio de un tribunal humano (terrestre) (con un moderno y democrático sistema de derecho penal) que es incompatible (139). La comprensión de los fundamentos jus-filosóficos de la doctrina de la personalidad muestra también una luz

---

(131) Cfr. solamente ROXIN, *ATI* § 19, n.º marginal 21, asimismo REALE JR. (nota al pie 125), p. 156, relativa a la empatía por la que se puede entender la situación del agente, como la empatía de un tercero que en nada altera la indemostrabilidad de poder actuar de otra manera.

(132) ROXIN *ATI*, § 19, n.º marginal 29; en similar sentido REALE JR. (nota al pie 125), p. 159 = p. 188, por lo general se niega a colocar el tema de la culpabilidad en «un plano superior».

(133) Así, el filósofo de Berlín PAUEN, en *Süddeutsche Zeitung* de 9/10.8.2008, p. 13.

(134) WETZEL, en *Süddeutsche Zeitung* de 14/15.8.2008, 13.

(135) Cfr. STRATENWERTH, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, 1977, pp. 11 ss.

(136) Cf., al respecto la conocida frase de *AE-AT*, 2.ª ed. 1969, p. 29 (fundamentación de § 2), según la cual se «la pena no es un ente metafísico». La formulación, según STRATENWERTH (nota al pie 133), p. 11, proviene de SCHULTZ, *JZ* 1966, p. 114.

(137) «Schuld...» (nota al pie 3), p. 221, rechaza vínculos metafísicos. En el mismo sentido, PINTO DE ALBUQUERQUE (nota al pie 124) p. 76.

(138) Cfr. también ASSIS TOLEDO (nota al pie 125), pp. 247 s.

(139) Instrutivo ROXIN, «Zur Problematik des Schuldstrafrechts», *ZStW* 96 (1984), p. 644.

crítica, ya que tal doctrina no podría servir como «*fundamento para una concepción empírico-racional del derecho penal*» (140). Con esto, y en particular desde el punto de vista jurídico- filosófico, se aglutinan conceptos que son de orden (empírico-racional) y se construyen falsos pares antagónicos (racional *versus* metafísico). Sin embargo, de acuerdo con la comprensión jus-filosófico de la doctrina de la personalidad (I.1), los conceptos «empírico» y «racional» se muestran como contrarios (en el sentido de lo visible y sensible de un lado y por otro lado, reservándose oculto) y la doctrina de la personalidad debe ser considerada en este sentido como racional, una vez que se pregunta (siguiendo las reglas de la razón) por el verdadero fundamento de la culpabilidad. Pretender afirmar, desde una perspectiva puramente político-criminal, que la doctrina de la personalidad no es empírica ni racional, porque es metafísica, sería no hacer justicia a su matriz filosófica. Del mismo modo, no procede la objeción de que la teoría de la personalidad sea «*materia de ciencia filosófica*» (141). Desde luego porque es naturaleza de las cosas en una doctrina fundamentada filosóficamente y además los «dogmas» son una parte esencial de las ciencias normativas porque estas al contrario de las ciencias de la vida, no tienen comprobación. Se podría también afirmar que todas las doctrinas de la culpabilidad se asientan en dogmas, incluyendo la doctrina de la permeabilidad a los comandos normativos (142), con que la objeción retorna a su autor.

Anteriormente se rechazó el reproche de un derecho penal de «*Gesinnung*» (143) y lo que se dijo fue que no se aplica por igual a las teorías tradicionales del carácter, ya que también se refieren a un hecho concreto (144) y no sólo se puede punir a la mera actitud (145). Bettiol, que a través de su «derecho penal de la actitud interior»

(140) ROXIN, *ATI*, § 19, n.º marginal 29.

(141) ROXIN, *ATI*, § 19, n.º marginal 29.

(142) Es decir, las personas son permeables, incluso las normas jurídicas-penales. Cfr. también las objeciones presentadas por el propio ROXIN, *ATI*, § 19 n.º marginal 40 (y, naturalmente, refutadas por el autor, n.º marginal 41).

(143) *Supra* notas 104 s. y texto correspondiente.

(144) HEINITZ, «Strafzumessung und Persönlichkeit», *ZStW* 63 (1951), p. 73; Engisch (nota al pie 28), p. 52 (nadie pensaría en «punir a personalidades delictivas independientemente de sus factores concretos»); EB. SCHMIDT, «Kriminalpolitische und strafrechtsdogmatische Probleme in der deutschen Strafrechtsreform», *ZStW* 69 (1957), p. 387; HERTZ, *Das Verhalten des Täters nach der Tat: ein Beitrag zu § 13 StGB und zu den Straftheorien*, 1973, pp. 81 ss.; también BURKHARDT, en: Lüderssen/Sack (Org.), *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht* Vol. I, 1980, p. 87 (105).

(145) Contra aquel reproche, y por eso, correctamente, EB. SCHMIDT (nota al pie 142), p. 386; Hertz (nota al pie 144), p. 84.

(*diritto penale dell' atteggiamento interiore*) defiende una concepción cercana a la de Figueiredo Dias (146), y que con ella concuerda con él sobre el significado de la personalidad libre para la fundamentación de la culpabilidad (147). Distinguiendo su «actitud criminal» (*Gesinnungsstrafrecht*) referido al hecho (*in maleficiis animus*) (148) de un «derecho penal de voluntad» (*Willensstrafrecht*) independientemente del hecho (*in maleficiis voluntas*) (149). A través de la conexión del hecho se resuelven eventuales reservas decurrentes del Estado de Derecho (150), una vez que ellas se dirigen de la misma forma a un derecho penal del hecho, y que concuerdan con Figueiredo Dias (151), en el peligro de un distanciamiento genérico del Estado de Derecho.

## 2. Objeciones relevantes

### 2.1 PERSONALIDAD VERSUS CARÁCTER

La doctrina de la personalidad fue integrada por algunos autores en las doctrinas de carácter (152). Esto requeriría, sin embargo, una justificación, (todavía omitida por regla general para estos autores) una vez que el propio Figueiredo Dias distingue su doctrina de las

---

(146) Por primera vez, BETTIOL, «Il diritto penale dell' atteggiamento interiore», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 1971, 8 ss.; luego (Stato di Diritto e «Gesinnungsstrafrecht»), en *FS Welzel* 1974, pp. 187 ss.; *FS Bockelmann*, 1979, pp. 333 ss., y *Diritto Penale, Parte Generale*, 1976, pp. 59 ss. Sobre Bettiol, véase. recientemente PAGLIARO, «Teleologismo e finalismo nel pensiero di Giuseppe Bettiol», *RIDPP* 2008, 31 ss.

(147) Cfr. por un lado, BETTIOL, *FS Bockelmann*, p. 341; y por otro lado, FIGUEIREDO DIAS *Liberdade* (nota al pie 3), pp. 217 s. En BETTIOL, se trata de *Gesinnung* en la actitud interior como parte de la personalidad, y así de su revalorización en cuanto punto de referencia de un sistema penal ético-normativo (*FS Welzel* (nota al pie 144), pp. 188, 193, 196; *Diritto Penale*, (nota al pie 144) p. 60: «fatto appartenga personalisticamente e quindi spiritualmente al soggetto»). El autor se apoya igualmente en el principio de responsabilidad jurídico-criminal fijado por el art. 27 de la Constitución italiana [*FS Bockelmann*, p. 337; *Diritto Penale* (nota al pie 144), p. 59].

(148) El autor utiliza explícitamente el concepto alemán, aunque en forma equívoca, por ejemplo, en *FS Welzel* (nota al pie 144), p. 196.

(149) BETTIOL, *FS Bockelmann*, p. 340, contra la crítica pormenorizada de BRICOLA, «Teoria generale del reato», en *Novissimo Digesto Italiano* Vol. XIX, 1973, p. 66.

(150) De forma explícita, BETTIOL, *FS Welzel* (nota al pie 144), p. 190; concordando, FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade* (nota al pie 3), pp. 217 s.

(151) Cfr. *supra* nota 108 y texto correspondiente.

(152) PAGANILLA BOSCHI (nota al pie 127), p. 195; ROXIN, AT I, § 19 n.º marginal 28; también DUTTGE, *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, 2001, p. 243 y nota 234.

teorías del carácter (153). En primer lugar, debe cuestionarse si la delimitación conceptual por él adoptada (carácter psicológico-naturalista *versus* personalidad ético-existencial) (154) convence de forma de aclarar si de facto existe una diferencia de contenido entre su doctrina y las teorías del carácter. Si sustituimos el aparato conceptual filosófico por criminológico-psicológico, que domina la praxis jurídico-penal, diremos que, *conceptualmente*, la personalidad y el carácter no pueden distinguirse, ni a través de los contenidos de Figueiredo Dias, ni en un plano más general.

*Charakter* (gr.) significa etimológicamente «clavecín, grabado, impreso, marcado», y en un sentido figurado, aristotélico, es «característica peculiar de una persona registrada a través de la cual es reconocida y se distingue de los demás» (155). Según otra definición, el carácter significa «indivisible y particular (individual) especificidad de la persona (*rectius*, su propio yo) que se expresa en determinados modos de experiencia ordenados en una totalidad, que permanecen en su esencia (156). El concepto de la personalidad no puede ser densificado inmediatamente de su etimología, ya que deriva del latín «persona» (originalmente máscara teatral) y se le puede atribuir diversos significados (157); no existe una definición genéricamente válida pero sí más de 50 tentativas de definición (158). La clásica definición de Allport (1959): «Personalidad es la organización dinámica en el interior del individuo de aquellos sistemas psico-físicos que determinan su singular adaptación al medio social» (159). Los elementos comunes son la «singularidad, estabilidad, capacidad de organización y de adaptación» (160). Es interesante, en nuestro contexto, a referencia de una determinada imagen del hombre y de la antropología filosófica: el significado trascendental de «*personalitas*» en la Edad Media y más tarde, utilizando este concepto para enfatizar ciertas capacidades del hombre (por ejemplo, la

(153) Cfr. *supra* notas 89 ss., 110 y texto correspondiente.

(154) *Supra* nota al pie 95.

(155) Cfr. KOCH, en: Lersch/Thomae (Org.), *Persönlichkeitsforschung und Persönlichkeitstheorie*, 2.<sup>a</sup> ed. 1960, p. 6 (con referencia a Arnold); cfr. También PEKRUN, en: Pawlik (Org.), *Grundlagen und Methoden der Differentiellen Psychologie*, 1996, p. 86.

(156) ARNOLD, en: Arnold/Eysenck/Meili (Org.), *Lexikon der Psychologie* (1980), Tomo I, p. 312.

(157) KOCH (nota al pie 153), p. 4; HÄCKER, en: Asanger/Wenninger (Org.), *HdWörterbuch Psychologie*, 5.<sup>a</sup> ed., 1994, p. 530.

(158) HÄCKER (nota al pie 155), p. 530; DÖRNER/SELG, *Psychologie*, 2.<sup>a</sup> ed. 1996, p. 213; KOCH (nota al pie 153), p. 3 (con referencia a la perspectiva dos autores anglo-americanos según los cuales no existiría una definición consensual) y pp. 21 s.

(159) Citado por HÄCKER (nota al pie 155), p. 530.

(160) DÖRNER / SELG (nota al pie 156), p. 213.

facultad de razón en la filosofía kantiana) y la individualidad (o idealismo de los siglos XVIII y XIX) (161). Según Arnold (1957), el término indica «la conexión trascendental del hombre» (162). En el siglo XX, más precisamente, desde la Segunda Guerra Mundial, se ha efectuado un proceso de *revaloración del concepto de personalidad* en detrimento de conceptos como el de carácter (163). Esto se debe principalmente al hecho de que la «personalidad» (*personality*) tiene una mejor recepción en la terminología anglo-americana, donde el concepto de «carácter» nunca consiguió afirmarse verdaderamente, en virtud de su carga despreciativa (164). Hoy en día, el «carácter» es una noción obsoleta –al menos como concepto psicológico–; y ya no se encuentra en los índices de los libros de psicología. Además, parece difícil llevar a cabo una definición precisa de ambos conceptos. Desde una perspectiva psicológica, el «carácter», destaca el elemento estático, mientras que el concepto de personalidad hace hincapié en el «elemento funcional, dinámico, auto-mutable» (165). Para Rohracher, «la *personalidad* humana es lo que, bajo la influencia del medio ambiente, se ha generado por su carácter hasta el momento presente; y su carácter incluye todo lo que desde una perspectiva psíquica se puede considerar» (166). Del mismo modo, Arnold ve el carácter como «huella de la persona y los pasos para el desarrollo de la personalidad» (167). Por lo tanto, se basa y parte de la personalidad, que en esta medida, es amplia y dinámica. Por otro lado, los conceptos son equiparados con frecuencia, incluso no se trata de realizar su delimitación (168). En resumen, se puede afirmar una comunión entre los conceptos ya utilizados, para la designación del individuo, observado desde una perspectiva psicológica en su particular individualidad» (169).

La aludida revalorización de los conceptos de la personalidad se verifica a expensas del carácter, asimismo, en la terminología jurídica, y en especial en derecho constitucional (derecho general de la personalidad) y

(161) KOCH (nota al pie 153), pp. 3, 8 ss.; PEKRUN (nota al pie 153), pp. 85 s.

(162) *Cit.* por KOCH (nota al pie 153), p. 3.

(163) KOCH (nota al pie 153), p. 18; PEKRUN (nota al pie 153), p. 86.

(164) KOCH (nota al pie 153), pp. 17, 20; PEKRUN (nota al pie 153), p. 87.

(165) KOCH (nota al pie 153), pp. 20 s.; TAKUMA, en. Arnold/Eysenck/Meili (Org.) *Lexikon der Psychologie* (1980), Tomo II, p. 1582.

(166) *Cit.* por TAKUMA (nota al pie 163), p. 1582.

(167) ARNOLD (nota al pie 154), p. 312.

(168) KOCH (nota al pie 153), pp. 18, 23 s. ARNOLD (1957) define a la personalidad [*«eine aus Anlage und Umwelt erzeugte Charakterprägung»*] (citado por KOCH [nota al pie 153], p. 3); para TAKUMA (nota al pie 163), p. 1582, se trata de expresiones equivalentes «*von denen aber keiner genau sagen kann, was sie richtig bedeuten»*.

(169) KOCH (nota al pie 153), p. 23.

en derecho civil (tutela de la personalidad, derechos de la personalidad, etcétera) (170). Con respecto a la ciencia global del derecho penal, la prioridad del concepto de personalidad se revela también en criminología, donde las teorías de la personalidad y el carácter procuran explicar la criminalidad (171). Aquí, la personalidad es definida como «un correlato de la conducta, único para cada persona, y relativamente duradero y estable» (172). Del mismo modo, el concepto de personalidad también ha ganado importancia en la dogmática penal a partir de la Segunda Guerra Mundial, aunque el concepto de carácter se ha mantenido, pero por cierto no se ha podido alcanzar aún una clara delimitación entre ambos conceptos (173).

Mezger, un reconocido defensor de la teoría de la culpabilidad en la conducta de vida, «del ser que se convierte en tal» (174) nos reconduce a los rasgos de personalidad (innata) y a su entorno social (175). Por carácter, este autor designa las particularidades *personales* del delincuente (176). El hecho es la expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del agente (177). Según Exner, la «personalidad» es constituida por el conjunto de características espirituales y anímicas en un determinado momento temporal (178). A ella pertenecen, con exclusión de todas las dimensiones corporales las particularidades de la vida volitiva, emocional, instintiva y racional de la persona (179). Del mismo modo, para Exner, los rasgos característicos son la base de formación de la personalidad, en la medida en que se establecen desde el inicio, su esencia (por ejemplo, género, color de cabello, etc), mientras que la personalidad en el curso de la vida se convertiría en aquello que es (180). Como factores de desarrollo de la personalidad, Exner también refiere a los rasgos psicológicos de carácter (181), y en ese contexto se habla de «personalidad con sus

(170) Cfr. KOCH (nota al pie 153), pp. 18 ss.

(171) Sobre la relevancia a los factores de la personalidad, en este contexto, KAISER, *Kriminologie*, 3.<sup>a</sup> ed., 1996, § 22, n.º marginal 2, § 40, n.º marginal 1; sobre las teorías criminológicas de «referencia personal», BOCK, in: GÖPPINGER, *Kriminologie*, 6.<sup>a</sup> ed. 2008, § 9.

(172) KAISER (nota al pie 169), § 42, n.º marginal 1; para una definición diferente, MEYER, *Kriminologie*, 3.<sup>a</sup> ed., 2007, § 3, n.º marginal 34.

(173) Una conclusión también KOCH (nota al pie 153), p. 19, que en todo caso subvaloriza el significado de concepto de carácter.

(174) MEZGER, «Die Straftat als Ganzes», *ZStW* 57 (1938), pp. 688 s.

(175) MEZGER *Kriminologie*, 1951, p. 103.

(176) MEZGER (nota al pie 173), p. 156.

(177) MEZGER, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 3.<sup>a</sup> ed. 1949, pp. 247 ss.

(178) EXNER, *Kriminologie*, 3.<sup>a</sup> ed. 1949, p. 27.

(179) EXNER (nota al pie 178), p. 27.

(180) EXNER (nota al pie 176), p. 28.

(181) EXNER (nota al pie 176), p. 34

elementos del carácter» (182), y las disposiciones caracterológicas de la personalidad (183). Engisch, quizás el mejor conocido defensor de la teoría de la culpabilidad del carácter entiende por carácter «la naturaleza de la persona», a través del cual está dotado de ciertas disposiciones, características y cualidades» (184). Este autor otorga un significado prácticamente equivalente a la «culpabilidad del carácter» y a la «culpabilidad de la personalidad» (185); y considera la culpabilidad del carácter como «una expresión de la personalidad» (186). Hay otros autores que se afierran a la culpabilidad en la personalidad sin distinguirla del carácter (187).

A partir de estas consideraciones conceptuales dominantes, se concluye que el uso del concepto en la teoría de la personalidad de Figueiredo Dias convence a penas parcialmente, es decir, solamente en su perspectiva de comprensión trascendental de la personalidad, pero no como total negación del contenido normativo del concepto de carácter (188). La difícil delimitación entre personalidad y carácter así como la equiparación entre ambos conceptos (no es esencial para Figueiredo Dias) (189) con una preferencia a la «personalidad» hacen que la clasificación conceptual de la doctrina parezca secundaria. En verdad, también en la literatura penal se debería discutir (en consonancia con la literatura psicológica y criminológica especializada) por una *sustitución del concepto de carácter*. Todas estas teorías referidas de la personalidad del agente, y, en particular las doctrinas de carácter

(182) EXNER (nota al pie 176), p. 181.

(183) EXNER (nota al pie 176), p. 180.

(184) ENGISCH (nota al pie 28), p. 51.

(185) ENGISCH (nota al pie 26), p. 48; del mismo autor, «*Um die Charakterschuld*», *MSchrKrim* 50 (1976), pp. 109, 117 s.; sobre un tratamiento semejante, *infra* nota 214 y texto correspondiente.

(186) ENGISCH (nota al pie 26), p. 57.

(187) Cfr. DOHNA, *ZStW* 66 (1954), pp. 508 s.: «Grundgesetz des sozialen Daseins, daß Jedermann einzustehen hat für das, was er tut, insoweit es Ausfluß ist seiner Persönlichkeit...»; HERTZ (nota al pie 142), pp. 63 ss., 81 ss., p. 64: «*Tat muß auf ihre Wurzeln in der Persönlichkeit zurückgeführt werden*»; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.<sup>a</sup> ed., 1969, p. 149 s. «einmaliges Versagen», «bleibender».

«Persönlichkeitsschicht», «vorwerfbarer Charakterfehler»); también STRATENWERTH, *Tatschuld und Strafzumessung*, 1972, pp. 5 s.; BURKHARDT (nota al pie 142), pp. 87, 94 s., 97, 102, 107; MIRANDA RODRIGUES (nota al pie 117), pp. 402 ss.; TAIPA DE CARVALHO (nota al pie 43), § 893.

(188) El potencial normativo del concepto de carácter se manifiesta en definiciones como «beharrliche Verfassung der Seele, wonach alle Willensakte durch dauernd in ihr aufgerichtete Grundsätze eindeutig bestimmt ist, die dem Sittengesetz der jeweiligen Zeit entsprechen» (KERSCHENSTEINER [1911], luego KOCH [nota al pie 153], p. 16).

(189) Cfr. *supra* nota 94.

tradicional, deberían ser categorizadas como teorías de la personalidad (190). Simultáneamente, el concepto difuso de la personalidad se muestra, de hecho, menos apto a fundamentar un entendimiento material de la culpabilidad, ya que, en última instancia, la personalidad puede corresponder con todo lo que un determinado autor quiera ver desde una perspectiva normativa-trascendental.

En este contexto, debe también lamentarse que la doctrina de la personalidad, tal como el resto de las teorías del carácter tradicional (191), *desatiende los diversos factores* que, según los conocimientos de la criminología, influyen en el desenvolvimiento de la personalidad y que, de forma alternativa o acumulativamente condicionan ciertas formas de comportamiento criminal (192). Si determinadas disposiciones comportamentales pueden favorecer la comisión de delitos (193) de ahí, no resulta inmediatamente la sumisión de la personalidad y del hecho a una relación mono-causal de causa-efecto, ni tampoco niega que la personalidad pueda ser afectada por ciertas condiciones del medio social. Por un lado, no pueden revelar automáticamente la reprochabilidad. (194), y por otro lado, pueden servir de explicación autónoma de hechos delictivos (195). Por otra parte, estas condiciones constituyen un argumento adicional a renunciar incondicionalmente a la libertad de acción (196). Fracasada la comprobación de la relación causa-efecto, entre el hecho y la personalidad resulta frecuentemente subvalorado el significado de aquellos factores situa-

---

(190) En este sentido WELZEL (nota al pie 187), p. 149 («culpabilidad y personalidad»); por el contrario la doctrina tradicional ROXIN AT I, § 19 n.º marginal 27 («Einstehenmüssen für den eigenen Charakter»).

(191) ENGISCH (nota al pie 183), pp. 108, 112 s., acepta la fórmula de «disposiciones-ambiente social», pero sólo en cuanto a la cuestión de su compatibilidad con la libertad de la voluntad (en caso afirmativo) H. KAUFMANN, «Was lässt die Kriminologie vom Strafrecht übrig?» JZ 1962, pp. 196 ss.; contra, WELZEL (nota al pie 187), p. 148.

(192) Críticamente también COUSO SALAS (nota al pie 129), p. 153; y TAIPA DE CARVALHO (nota al pie 43), § 825, a extraer las consideraciones de socialización primaria; CURADO NEVES (nota al pie 124), Cap. VII, n.º 6.

(193) KAISER (nota al pie 171), § 42, n.º marginal 1.

(194) Cfr. *supra* nota 209 y texto correspondiente, así como ASSIS TOLEDO (nota al pie 125), p. 246.

(195) Ampliamente sobre las teorías de la criminalidad de referencia social, orientadas por la víctima e integradas, BOCK-MÜNSTER, en Göppinger §§ 10-12. Sobre la fórmula clásica «innato-adquirida», Véase LISZT, «*Das Verbrechen als social-pathologische Erscheinung*», en: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Vol. 2, 1905, reimp. 1970, p. 234.

(196) NASSEHI, en *Süddeutsche Zeitung* de 22.8.2008, p. 13.



cionales (197). Esto significa que el reproche de la culpabilidad no se deja fundamentar sobre una perspectiva disposicional (como un juicio de reprobación de la personalidad del agente) pero en todo caso, sobre una perspectiva *episódica*, en relación a los factores efectivamente perpetrados (198). Debe tenerse en cuenta, por un lado los límites (subjetivos) entre el comportamiento punible y no punible, y por otro lado, que la práctica de crímenes no pueda ser siempre vista como una expresión de una determinada personalidad (reprobable) (199). Creo que es sólo a modo de ejemplo, la «normalidad» de los hechos delictivos cometidos en la juventud (200) o en situaciones extremas (201). Si, por lo tanto, no se puede negar completamente la influencia de la personalidad (entendida en un sentido amplio, que abarca las variables ambientales) sobre el comportamiento criminal, la verdad es que la personalidad no es suficiente por sí sola para revelar la forma de éstas condiciones (202). En otras palabras: lo que es confirmado por las doctrinas de la personalidad de forma mono-causal a una personalidad (además, difusa) puede ser provocada por otras *causas* (alternativas) o adicionales (acumulativas). Si se quisiera deducir la personalidad y las características a partir de un comportamiento potencial, habría entonces, en primer lugar que identificar y valorar esas características a través de una evaluación integral de la personalidad, sin embargo, sigue habiendo dudas sobre el peso de la viabilidad de este tipo de evaluaciones, en particular en cuanto a su objetividad, fiabilidad y validez (203).

---

(197) De modo convincente BURKHARDT (nota al pie 142), pp. 87, 92 ss., 93, 97. Sobre la «explicación» circular de ciertos comportamientos en virtud de cierta personalidad, que a su vez infiere previamente en estos comportamientos, MEYER (nota al pie 170), § 3 n.º marginal 40. En otro sentido véase MIRANDA RODRIGUES (nota al pie 117), p. 476, cuando se aprecia la diferencia entre las doctrinas tradicionales de la personalidad y la doctrina de Figueiredo Dias, en el que este último se muestra claramente el nexo entre la personalidad y el hecho.

(198) BURKHARDT (nota al pie 144), pp. 87, 106, 107 s. Sobre la difusión «disposicional»-«episódica», *idem*, p. 104.

(199) Y por eso defiende CURADO NEVES (nota al pie 124), Cap. VII, n.º 4 después nota 56, una distinción entre factores relevantes e irrelevantes de la personalidad. Asimismo Figueiredo Dias considera este problema, *supra* nota 93 y texto correspondiente.

(200) MEYER (nota al pie 172), § 5, n.º marginal 60.

(201) Cfr. también CURADO NEVES (nota al pie 124), Cap. VII, n.º 5, dando el ejemplo del asesino en serie que, en un accidente de tráfico, rescata a su hijo y causa la muerte de otra víctima del accidente.

(202) MEYER (nota al pie 172), § 3, n.º marginal 39, § 6, n.º marginal 2.

(203) BURKHARDT (nota al pie 142), p. 108; con reservas, también ASSIS TOLEDO (nota al pie 125), pp. 249 s.

## 2.2 LA CUESTIÓN DE LA LIBERTAD

La principal objeción de Figueiredo Dias a la teoría del carácter deriva del hecho de que esta doctrina (antes y hoy) se estructura desde un punto de vista psicológico-naturalista; la libertad (improbable) de la voluntad (204). Este argumento debe, desde luego, cuestionarse, ya que se asienta en la presunción (ya criticada) de un contenido puramente naturalista del concepto de carácter. Lo que, sin embargo, no hace justicia al diseño diferenciado de Engisch y a su intento de superar el problema de la libertad. Al considerar que la reprochabilidad de la culpabilidad recae en el «carácter» (205) y en él radica (206), alcanzando al agente en la consecución de sus «ser» (207). Engisch incita primeramente a superar la cuestión de la libertad al referirse a las fallas de carácter como presupuesto del reproche de la culpabilidad (208). Por lo tanto, la culpabilidad no depende (a diferencia de lo que ocurre con las teorías de la culpabilidad en la conducta de la vida o la culpabilidad en la decisión de la vida) (209) de las razones, e incluso la responsabilidad del agente, ya que se ha convertido en «...el saber si el “puede hacer algo”» «contra el hecho de ser “tal”» (210). Ya es conocida la objeción de que por esta vía se responsabilice al agente por aquello contra lo cual por falta de libertad, no puede realizar (disposición de carácter) (211). Engisch apunta nuevamente a la cuestión de la libertad porque contra esta objeción no se puede argumentar con éxito que el agente sea reprochado «en relación» a las «fallas de fuerza de voluntad o de cuidado»

(204) Cfr. *supra* nota 97 y texto correspondiente.

(205) ENGISCH (nota al pie 26), p. 52.

(206) ENGISCH (nota al pie 28), p. 65.

(207) ENGISCH (nota al pie 26), p. 48; ID. (nota al pie 183), pp. 109 s., 118.

(208) Cfr. también BURKHARDT (nota al pie 142), pp. 104, s., 111.

(209) Sobre el concepto de modo de (conducta de) vida errado o reprochable., JAKOBS, *Strafrecht AT*, 2.<sup>a</sup> ed. 1991, 17/34; BAUMANN, *AT*, 8.<sup>a</sup> ed., 1977, p. 371; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*, 11.<sup>a</sup> ed., 2003, § 18, n.º marginal 29, con más referencias, de forma inexacta, JESCHECK/WEIGEND, *Strafrecht AT*, 5.<sup>a</sup> ed., 1996, p. 423, cuando se refiere a la culpabilidad de la conducta de vida como «culpabilidad del autor, de personalidad, de carácter» ENGISCH (nota al pie 26), pp. 50 s. e ID., (nota al pie 183) p. 110, explícitamente se distanció de esta posición, en contra, también *AE* (nota al pie 134), p. 29; STRATENWERTH (como nota pp. 6 s.; ID. (nota al pie 133), pp. 43 s.; BAUMANN, *loc. cit.*, p. 372; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *loc. cit.*, § 18, n.º marginal 31.

(210) HEINITZ (nota al pie 142) p. 74; EB. SCHMIDT (nota al pie 142), p. 387.

(211) En este sentido, ARTH. KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, 2.<sup>a</sup> ed. 1976, pp. 279 s., cuando considera a la libertad irrenunciable, también; ENGISCH (nota al pie 28), pp. 16, 48; DOLCINI, *La commisurazione della pena*, 1979, pp. 292 s., que por un lado trata como imposible a la diferencia entre las disposiciones de carácter y las decisiones libres, y por otro lado, hace hincapié en la influencia de estas disposiciones relativas a las decisiones de la vida.

expresadas en el hecho (212) (por lo que afirmó que las propiedades del carácter no juegan ningún papel) (213), ni de que tales fallas o defectos podrían, en cualquier caso, ser valorados negativamente (214), o podría ser corregida por medio de la pena (porque así se argumenta con fin preventivo de pena en sentido exclusivamente «criminal-pedagógico») (215). Sólo el reconocimiento de un *hipotético poder de actuar de otra manera* en una concreta existencia de defectos de carácter y por lo tanto *dentro del cuadro de la disposición caracterológica de la personalidad* (216), lo hace sostenible, o al menos comprensible, al reproche del carácter, pero esto es sólo porque precisamente, es legítimo reprochar al agente en el poder actuar de otra manera. En este caso, se puede dejar abierta la cuestión de saber si este argumento es convincente, una vez que somete el interés de conocer si la doctrina de la personalidad puede resolver el dilema descrito: culpabilidad sin libertad, o la culpabilidad con la libertad (de alguna manera) comprobable. La diferencia decisiva entre la teoría del carácter y la doctrina de la personalidad radica en que esta última reconoce inequívocamente la libertad, no en el sentido naturalista de la facultad de actuar de otra manera, sino en el sentido de la libertad ético-existencial sobre el propio ser, un libertad que se expresa en una decisión fundamental sobre el hombre en sí mismo (217). Con esto se puede exhortar a primera vista y en todo caso (ahora desde una perspectiva empírico-fenomenológica) que se renuncia a la comprobación de la libertad concreta en el hecho *concreto*, ya que la cuestión de la libertad como tal no se soluciona (como culpabilidad en la conducta / decisión de vida (218) y también en la doctrina de

(212) ENGISCH (nota al pie 183), pp.115, ss.

(213) En este sentido también, ENGISCH, «*Bietet die Entwicklung der dogmatischen Strafrechtswissenschaft seit 1930 Veranlassung, in der Reform des Allgemeinen Teils des Strafrechts neue Wege zu gehen?*», ZStW 66 (1954), p. 359, para los que toda culpabilidad sería una culpabilidad de carácter y no solamente «culpabilidad de determinadas personalidades menos valiosas».

(214) ENGISCH (nota al pie 183), p. 111.

(215) ENGISCH (nota al pie 26), p. 53; Id. (nota al pie 183), pp. 111, 118; sobre esto cfr. también BURKHARDT (nota al pie 142) p. 115.

(216) Cfr. ENGISCH (nota al pie 28), p. 26 «*Der Konkrete Täter hätte in der konkreten Situation, in der er sich befand, in dem Sinne...anders handeln können, als er gehandelt hat, als er seinen allgemeinen Anlagen entsprechend...in der konkreten Situation anders hätte handeln können*». Cfr. también ENGISCH (nota al pie 28), p. 65: «... *daß es im Spielraum unserer Persönlichkeit gelegen hätte, bei mehr Willenskraft und mehr Besorgnis... das Richtige zu tun*». Cfr. también *ídem* 55; Id. ( nota al pie 183), pp. 114 s., 118.

(217) Cfr. *supra* notas 56, 112 s., 116 y texto correspondiente. COUSO SALAS (nota al pie 129), p. 151, trata una «versión corregida» de la culpabilidad del carácter.

(218) Luego ella implica la toma de las correspondientes decisiones libres (también BURKHARDT [nota al pie 144], p. 105); en este sentido, es correcta la clasifi-

Eduardo Correia (219) ya mencionada), considerablemente distante del propio hecho (220). El poder real de actuar de otra manera, es por consiguiente sustituido por un «*poder ser otro*» (221) mucho más complejo y menos susceptible de prueba que la libertad en el hecho concreto (222). Es cierto que la doctrina de la personalidad no fundamenta el reproche de la culpabilidad con el puro modo de ser de la personalidad (como tal no es reprochable), previamente al nexo entre la libertad personal y el ser (223); por consiguiente se declara decididamente por una *culpabilidad en la libertad*. Y, sin embargo, esta objeción, en virtud a la superficialidad dada por un abordaje fenomenológico, no hace justicia al punto de partida dualista (filosófico) de la doctrina de la personalidad. De lo que resulta, en particular, que el problema de la prueba se resuelve, en primer lugar a nivel filosófico (en relación con el mundo trascendental de la comprensión) (224) y luego se conecta con el mundo empírico a través de la construcción antropológica del hombre como prematuro fisiológico («como ser inacabado abierta al mundo») (225). Con esto, queda claro que el hombre es algo más que un mero ser natural, en la medida en que diferentemente «es dada la responsabilidad por la disciplina de su existencia (...) en cuanto sentido de vida vinculante» (226). Es posible conformar con sentido, la causalidad natural (227), y por eso tiene que construir una relación con un hecho concreto sobre la perso-

---

cación de JAKOBS (nota al pie 207, pp. 17-34 y nota 77) de entender la doctrina de Figueiredo Dias como culpabilidad en la conducta de vida.

(219) Esto es porque a insuficiente conformación de personalidad con las exigencias del derecho (supra nota 97) implica la posibilidad de decidir libremente (cfr. luego, críticamente, FIGUEIREDO DIAS, «A reforma...» [c] (nota al pie 1) pp. 122 s.; también TAIPA DE CARVALHO [nota al pie 43] § 821; y MARQUES DA SILVA [nota al pie 124 ], p. 145).

(220) ROXIN (nota al pie 137), p. 648; también CURADO NEVES (nota al pie 124), Cap. VII n.º 1 *in fine*. Esto debe ser comparable, ya que el nivel estructural, anticipando el momento de la culpabilidad en la doctrina de la *actio libera in causa*.

(221) HÜNERFELD (nota al pie 43), p. 197 (en sentido crítico cuanto sobre la incertidumbre que rodea a la cuestión de la libertad, también nota 161).

(222) En este sentido, críticamente, ASSIS TOLEDO (nota al pie 125), p. 244 («esfuerzo inútil»); COUSO SALAS (nota al pie 127), p. 153 (un momento de decisión existencial no es demostrable).

(223) Explícitamente FIGUEIREDO DIAS, «Schuld...» (nota al pie 3), p. 243 y nota 92; también HÜNERFELD (nota al pie 43), p. 197. De forma análoga, al referirse al mundo sensible, PAUEN, en Duttge (nota al pie 3), pp. 91 s.: la libertad como autonomía y autoría, como actuación auto-determinada reducible a persona, nexo entre culpabilidad y libertad y la existencia de posibilidades de acción alternativas.

(224) *Supra*, notas 11 ss.

(225) *Supra*, nota 52 y texto correspondiente

(226) WELZEL (nota al pie 185), p. 143.

(227) WELZEL (nota al pie 185), p. 149.

nalidad y el complejo concepto de libertad conectados a él (228). Por lo tanto, «el poder de ser otro» normativo no puede ser identificado con el naturalista poder de actuar de otra manera (229). Visto desde esta perspectiva, no se impone a una persona una responsabilidad ética desmedida, no se responsabiliza al hombre en lo que no pudo dominar (230), desde luego porque el posee ya, en el fondo de su alma los arquetipos del ser y con él también la capacidad de decidir autónomamente (231) y por lo tanto (como persona racional en el sentido kantiano) de decidir por derecho (232). Nuevamente, la elección fundamental no es definitiva, *pero modificable* (233). Ella no determina de forma definitiva (concreta) el comportamiento posterior y de este modo también las personalidades con una inclinación criminal pueden decidir libremente, siempre y en todo momento, por derecho. Dicho de otro modo: la concreta decisión de cometer el hecho está *condicionada* por la opción fundamental (encontrada antes) donde expresa la actitud del agente ante el derecho, y al igual que como voluntad «libre», está condicionada por el contexto corpóreo-neuronal y social (234).

La *evaluación* definitiva de la doctrina de la personalidad desde la óptica de la cuestión de la libertad, depende decisivamente de la *perspectiva* que se adopte: si se acepta la opinión dualista de la doctrina de la personalidad (primero racional-trascendental, después empírico-sensible) que ofrece una explicación de por sí concluyente de la cuestión de la libertad, con la que, en todo caso, permanece oculto el pasaje por el mundo (exclusivamente) racional para el mundo empírico y, por consiguiente, a continuación, necesaria intervención mediadora de un concepto de personalidad (235). Si nos fijamos en la doctrina de la

---

(228) Sobre la función mediadora de la personalidad, *supra*, nota 53 ss. y texto correspondiente

(229) Esta medida, es correcta, a contra-crítica de FIGUEIREDO DIAS, «Schuld...» (nota al pie 3), p. 243.

(230) Así PALMA (nota al pie 123), pp. 68 s.

(231) Sobre la reflexión de Platón de PALMA, *idem*, interpreta todavía incorrectamente, cf. *supra*, nota 13 e texto correspondiente.

(232) Si por KANT (nota al pie 14, p. 28, y respectivo comentario 12, p. 111), consideramos que la persona en cuanto tal «racional», y la conducta racional como orientada por el derecho y, por tanto, adecuada a la persona, la decisión autónoma (libre) no es neutral, pero siempre orientada por el derecho, por lo que la decisión correcta. La acción orientada por el derecho es de este modo libre, mientras que la acción no es contraria a derecho no es libre. (Cfr. también MURMANN, *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, 2005, p. 168).

(233) *Supra*, nota 110 s. y texto correspondiente.

(234) NASSEHI (nota al pie 194).

(235) Contrariamente COUSO SALAS (nota al pie 124), Cap. VII n.º 3, luego nota 36, el ordenamiento jurídico no es totalmente autónomo frente a otros ordenamientos, como por ejemplo, sistemas de naturaleza moral o religiosa, antes puede

personalidad *a limine*, apenas desde un punto de vista empírico y político-criminal, sin tener en cuenta su fundamentación filosófica, la cuestión de la libertad sigue sin ser resuelta. Además: la tesis de la opción fundamental aparece como demasiado teórica (236) y plantea más cuestiones de las que resuelve: ¿Dónde debe colocarse en ese caso o momento temporal la opción fundamental? ¿Cómo se manifiesta ésta decisión para terceros? ¿Por cuánto tiempo debe valer? ¿Cuándo y cómo puede ser modificada?

### 2.3 OTRAS OBJECIONES

La teoría de la personalidad en su conformación práctica se convierte en parte, en una *doctrina de la culpabilidad funcional moderada*, una doctrina, por consiguiente, con la oposición tanto en el funcionalismo extremo como en una «eticización» extrema: ya que, por un lado, surge la culpabilidad ética en el sentido expuesto en el presupuesto autónomo de la pena; pero por otro lado, comprende también la culpabilidad como «funcional» en el sentido del derecho penal preventivo racional-teleológico (237). Se diferencia de la doctrina de Roxin especialmente en relación con la fundamentación jurídica y filosófica del concepto de culpabilidad. En su aplicación a través de la doctrina de violación del deber (238) con su parámetro de personalidad «normal» (239) y su orientación del deber socialmente deseado (240).

---

basarse en el mínimo, ser por el influenciado, porque un concepto de culpabilidad ético-existencial también puede servir como fundamento de un concepto de culpabilidad penal. Por consiguiente, diversamente (ibídem n.3 nota 40) la teoría de violación del deber (supra notas 66, 76, 100 y texto correspondiente) no puede ser vista como totalmente desligada de fundamentación jurídico-filosófica.

(236) También críticamente en este punto, HÜNERFELD (nota al pie 43), p. 197.

(237) Cfr. FIGUEIREDO DIAS (nota al pie 2), Cap. 10 §§ 24 ss., 68, Cap. 19 § 5; también en lo que respecta a la medida de la pena, Figueiredo Dias defiende la culpabilidad y la prevención como criterios de orientación (*Direito Penal Português. Parte Geral II, As consequências jurídicas do crime*, 1993, §§ 280 ss.). Su crítica a la categoría roxiniana de la responsabilidad radica en la mezcla de criterios incomparables. («Sobre o estado...» [nota al pie1], p. 30; «Schuld...» [nota al pie 3], pp. 234 s.; también TAIPA DE CARVALHO [nota al pie 43], p. 301), parece ser la naturaleza formal. Sobre la denominada «viraje preventiva» de Figueiredo Dias, véase CURADO NEVES (nota al pie 124), Cap. VII n.º 2 y notas 20-21.

(238) *Supra*, notas 66, 75, 99 y texto correspondiente. Esta doctrina se encuentran defensores de la culpabilidad del carácter, por ejemplo, Dohna (nota al pie), p. 509: «... las exigencias de la sociedad fundamentan el reproche y (...) la responsabilidad».

(239) *Supra*, nota al pie 92 y texto correspondiente.

(240) *Supra*, nota al pie 8 y texto correspondiente.

Reside en todo caso en último término en la atribución (social) de la culpabilidad como acontece, (en términos normativos) con la tesis roxiniana de la «permeabilidad» de los comandos normativos (241), sin embargo el parámetro utilizado no debe sustituir a la libertad personal del agente como fundamento de la culpabilidad (242).

Si cambiamos el punto de vista del sistema a *las cuestiones concretas*, vemos que la doctrina de la personalidad alcanza resultados similares a los de la teoría político-criminal (243). Por ejemplo, para Figueiredo Dias, la inimputabilidad deja «intacta» la personalidad del agente (y por tanto también su responsabilidad) (244), en la medida en que la oculta, se torna invisible e incomprensible (para el juez), de modo que un juicio de valor (sobre el hecho y la personalidad que lo expresa) se hace imposible. Por lo tanto, en última instancia, la inimputabilidad constituye un obstáculo factual a comprobación de la culpabilidad (245). Independientemente de la fuerza persuasiva de la argumentación (246), ella conduce al igual que la doctrina dominante a la no punición, que sin embargo no se basaría en la negación de la culpabilidad, en su exclusión, sino más bien en un «*non liquet*» relativo a la posibilidad de su establecimiento. Finalmente, en lo referente a la *medida de la pena*, es sorprendente que Figueiredo Dias no retire su doctrina (de la personalidad) de las consecuencias prácticas; tomando la misma como el «horizonte de la comprensión» y el «sen-

---

(241) Así explícitamente, ROXIN, AT I, § 19, n.º marginal 37: el autor es «tratado como libre» y su suposición de libertad es una «afirmación normativa»; n.º marginal 46: atribución normativa de posibilidad de un comportamiento conforme a derecho.

(242) A favor de la compatibilidad entre una comprensión social de la culpabilidad entendida de esta forma y la libertad de la personalidad, en sentido de la doctrina de personalidad, MIRANDA RODRIGUES (nota al pie 117), p. 444 s. Críticamente sobre el concepto social de la culpabilidad, en virtud de lo referido, véase. por último SAFFERLING, *Vorsatz und Schuld*, 2008, p. 106 s., con otras referencias.

(243) Cfr. también ROXIN (nota al pie 137), p. 657: «se encuentran puntos cruciales ... decisivos».

(244) Así también ENGISCH (nota al pie 183), p. 116; y EB. SCHMIDT (nota al pie 142), p. 386: ningún imputable podría evadir la «responsabilidad personal –caracteriológica».

(245) *Liberdade* (c), p. 185 ss.; críticamente CURADO NEVES (nota al pie 124), Cap. VII n.º 6, luego nota 62, para que la personalidad se modifique en virtud de la anomalía que subyace a la inimputabilidad, y por lo tanto no permanece «intacta».

(246) Críticamente, ROXIN (nota al pie 137), p. 649; del mismo autor, AT I, § 19 n.º marginal 32. Para Figueiredo Dias, contrariamente a Roxin, no se trata de una comunicación personal naturalista, entre el juez y el agente en la audiencia, sino de una comprensión entre el juez y el agente (así también CURADO NEVES [nota al pie 124], Cap. VII n.º 6 nota al pie 63).

tido fundacional» (247). En Alemania siempre fue un argumento nuclear de los defensores de la teoría del carácter para conseguir establecer a través de ella las razones de la pena, un puente entre la culpabilidad y la pena (248). Asimismo, también una discípula de Figueiredo Dias trató de aplicar su doctrina hacia un concepto unitario de la culpabilidad como presupuesto o factor de medida de pena (249).

## EPÍLOGO

Las legítimas objeciones dirigidas a la doctrina de la personalidad en nada modifican su gran mérito: de haber colocado al hombre (más allá de la realidad positiva que lo envuelve y depara) en el centro de la doctrina jurídica penal de la culpabilidad. La mirada que lanza más allá del mundo empírico posibilita una irrenunciable *fundamentación para una dogmática de la culpabilidad éticamente fundada* (250). Ciertamente, se puede cuestionar la utilidad (práctica) de una fundamentación de la culpabilidad ético existencial arraigada en el mundo trascendente, cuando los resultados que ofrece en el mundo sensible compiten con la teoría político-criminal dominante. Para obtener una precisa objeción de un punto de vista práctico-empírico, que en nada altera el hecho de que la fundamentación jurídico-filosófica de la doctrina de la personalidad *ayuda* a conferir una legitimación más sólida (imprescindible) de la *atribución de la culpabilidad* como mero propósito político-criminal y racional-teleológico (251). Al mismo tiempo, debería verse en la doctrina de la personalidad un requisito

---

(247) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 182. Cualquier otra solución sería un «error metodológico» por la problemática de la medida de la pena que tiende a presentar problemas específicos. También en este sentido su trabajo sobre consecuencias jurídicas del delito (nota al pie 245) se refiere a «personalidad del agente» solamente como punto de relación genérico entre la doctrina general del delito y la medida de la pena. (§ 287).

(248) Cfr. para todo, EB. SCHMIDT (nota al pie 142), p. 372, defiende la teoría de la culpabilidad en la conducta de vida, así como Id., «*Freiheitsstrafe, Ersatzfreiheitsstrafe und Strafzumessung im Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuchs*», NJW 1967, 1929, p. 1939 s., critica las medidas de la pena previstas § 59 1-1, do AE (nota al pie 133) por ser «vacías», ya que no resultaría cualquier criterio relativo a la personalidad, a excepción de § 59 1-4, que refiere al «comportamiento posterior al hecho» Cfr. también HERTZ (nota al pie 142), p. 65, *passim*, a favor de una unidad de juicio de la culpabilidad del hecho típico y de la medida de la pena.

(249) MIRANDA RODRIGUES (nota al pie 117), pp. 476 ss.

(250) En un sentido similar, HÜNERFELD (nota al pie 43), p. 197.

(251) También [probablemente reconocido por CURADO NEVES (nota al pie 124), Cap. VII n.º 3 después nota 43].



decisivo y convincente a favor de un *sistema penal jurídico filosóficamente referido y aclarado*. Finalmente, el significado de la personalidad para el hecho, como la fundamentación dada por la doctrina no sólo fortalece el vínculo (también subraya la teoría del carácter) entre la culpabilidad como presupuesto y como factor de medida de pena, y sugiere también una *consideración de la personalidad del agente* diferenciada, en un determinado momento temporal de establecimiento de la culpabilidad (en principio, relacionada con el hecho).



## La excepción al principio de legalidad del número 2 del artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1)

ALICIA GIL GIL

Profesora titular de Derecho penal. UNED (Madrid)

*En este momento el Rey, que había estado muy ocupado escribiendo algo en su libreta de notas, gritó: «¡Silencio!», y leyó en su libreta:*

*– Artículo Cuarenta y Dos. Toda persona que mida más de un kilómetro tendrá que abandonar la sala.*

*Todos miraron a Alicia.*

*– Yo no mido un kilómetro –protestó Alicia.*

*– Sí lo mides –dijo el Rey.*

*– Mides casi dos kilómetros –añadió la Reina.*

*– Bueno, pues no pienso moverme de aquí, de todos modos –aseguró Alicia–. Y además este artículo no vale: usted lo acaba de inventar.*

*– Es el artículo más viejo de todo el libro –dijo el Rey.*

*– En tal caso, debería llevar el Número Uno –dijo Alicia.*

*El Rey palideció, y cerró a toda prisa su libro de notas.*

*Lewis Carroll - 1865*

---

(1) Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto DER2009-07236 financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación de España

## RESUMEN

*En el presente artículo se estudia la excepción al principio de legalidad que para crímenes internacionales prevé el n.º 2 del art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Para ello se investiga en la génesis del precepto, lo que nos mostrará la problemática que llevó a su inclusión y la finalidad a la que responde. Seguidamente se analiza el significado de la excepción dentro de las peculiaridades del principio de legalidad europeo y a continuación el uso que de la misma ha hecho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, revisando las sentencias en las que la ha aplicado, pero también aquellas en que pudiendo haberlo hecho el Tribunal prefirió otras soluciones, no siempre correctas. Por último se analiza cuál es la consecuencia de esta regulación para los ordenamientos nacionales que suelen proteger en mayor medida el principio de legalidad.*

Palabras clave: *Principio de legalidad, crímenes internacionales, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Convención Europea de Derechos Humanos*

## ABSTRACT

*In this paper we analyze the exception to the rule nullum crimen nulla poena sine praevia lege provided for international crimes in the n.º 2 of art. 7 of the European Convention on Human Rights. For this purpose we investigate the genesis of the provision, which will show the problems that led to their inclusion and the purpose to which it responds. Then we examine the meaning of the exception within the peculiarities of the principle in the European Convention and the use that the European Court of Human Rights has made of it. We review not only the decisions in which it has been applied, but also those in which it could have been applied but the Court has preferred other solutions which are not always correct. Finally we analyze the consequences of this regulation to the national legal systems, in which usually the principle of legality is stronger protected.*

Keywords: *«No punishment without law» principle, international crimes, European Court of Human Rights, European Convention on Human Rights.*

## 1. ORIGEN Y FINALIDAD DEL PÁRRAFO 2 DEL ARTÍCULO 7

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales fue adoptado por el Consejo de Europa en 1950 y entró en vigor en 1953. España lo ratificó el 26 de septiembre de 1979 y se publicó en el Boletín Oficial del Estado el 10 de octubre de ese año (2).

---

(2) BOE de 10 de octubre de 1979, n.º 243, accesible en <http://www.boe.es/boe/dias/1979/10/10/pdfs/A23564-23570.pdf>

El Artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos dispone:

«No hay pena sin ley.

1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.

2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.»

A diferencia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos(3), de 1948, que en su artículo 11.2 establece: «Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito», el artículo 7 no solo hace referencia a la posible fuente internacional de la norma definitoria de la conducta típica en el n.º 1, sino que añade un n.º 2 que se redacta a modo de excepción al derecho fundamental y que contiene una referencia a los «principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas».

El n.º 2 del artículo 7 viene a decir que no se admitirá como infracción del número anterior (que ya incluye la posibilidad de ser castigados con base en normas internacionales) el castigo de una persona por hechos considerados delictivos según los «principios generales del derecho». La cláusula es difícil de interpretar literalmente ya que los principios generales del derecho por su propia naturaleza no tienen virtualidad para tipificar delitos.

En opinión de la doctrina mayoritaria(4), que comparto, el n.º 2 del artículo 7 recoge en realidad una excepción al principio de irre-

(3) Sobre la regulación del principio en otros textos internacionales véase Javier DONDÉ MATUTE, *Principio de legalidad penal: perspectivas del derecho nacional e internacional*, 2007, pp. 328 ss.

(4) Susana HUERTA TOCILDO, «El contenido debilitado del principio de legalidad penal (art. 7 CEDH y art. 4 P1)», en Javier GARCÍA ROCA y Pablo SANTOLAYA MACHETTI (Coords.) *La Europa de los derechos. El Convenio europeo de derechos humanos*, CEPC, Madrid, 2005, p. 464, Cian C. Murphy, «The Principle of Legality in Criminal Law Under the ECHR» en *European Human Rights Law Review*, Vol. 2, 2010, pp. 217 ss., Accesible en <http://ssrn.com/abstract=1513623>, Francis Geoffrey Jacobs y Robin White, *The European Convention on Human Rights*, 2.ª ed. Oxford, 1996, p. 162, Javier Dondé Matute, 2007, ob. cit. pp. 360 ss., Kai Ambos, «Art 7

troactividad de la ley penal desfavorable. Acudiendo a los trabajos preparatorios (5) queda claro cual es el motivo y la finalidad de la introducción de esta excepción al principio de legalidad: la preocupación por las numerosas críticas que habían recibidos los procesos de Nuremberg por su infracción del principio de legalidad (6). El n.º 2

EMRK, Common Law und die Mauerschutz«, en *Kritische vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, n.º 86, 2003, p. 41, Alessadro Bernardi, «Commento all'articolo 7 CEDU» en S. Bartole, B. Conforti y G. Raimondi, (Coords.) «Commentario alla Convenzione europea per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali», 2001, apart. 6, Jon Landa y Enara Garro, «Art. 7. No hay pena sin ley» en Iñaki Lasagabaster Herrarte (dir.) *Convenio Europeo de Derechos Humanos Comentario sistemático*, 2.ª Edición, Civitas, 2009, pp. 260 y 276-277.

(5) Los trabajos preparatorios del artículo 7 se pueden ver resumidos en los documentos de trabajo interno del Registro DH (57) 6 y CDH (70) 10, del Consejo de Europa, accesibles en [http://www.echr.coe.int/Library/DIGDOC/Travaux/ECHRTravaux-ART7-DH\(57\)6-BIL1674978.pdf](http://www.echr.coe.int/Library/DIGDOC/Travaux/ECHRTravaux-ART7-DH(57)6-BIL1674978.pdf) y [http://www.echr.coe.int/Library/DIGDOC/Travaux/ECHRTravaux-ART7-DH\(57\)6-BIL1674978.pdf](http://www.echr.coe.int/Library/DIGDOC/Travaux/ECHRTravaux-ART7-DH(57)6-BIL1674978.pdf). La colección completa de los trabajos preparatorios está editada en 8 volúmenes: *Collected edition of the «Travaux préparatoires» of the European Convention on Human Rights/Council of Europe*, Martinus Nijhoff, 1975-1985.

(6) Una de las mayores críticas que se han formulado a los juicios de Nuremberg y Tokio es la de haber vulnerado el principio de legalidad de los delitos y de las penas. Suscitada la polémica, la doctrina favorable a aquellos procesos se divide entre quienes niegan la violación de tal principio y aquellos que, admitiéndola, la justifican. En el primer grupo se encuentran quienes defienden que el Derecho aplicado por los tribunales existía con anterioridad y quienes propugnan una reinterpretación y adaptación del principio de legalidad a las características del Derecho internacional. En el segundo grupo, las posturas van desde la defensa de la prevalencia de otros intereses hasta la simple negación del mencionado principio en el ámbito internacional. Por su parte, el Tribunal de Nuremberg manejó todo tipo de argumentos. Aludió, en primer lugar, a su incompetencia para conocer de su propia jurisdicción, declarándose vinculado por su Estatuto. Esgrimió, también, que el tribunal no creaba Derecho, sino que aplicaba un Derecho ya existente, y declaró no aplicable el principio de legalidad, argumentando que la máxima *nullum crimen sine lege* expresa un principio de justicia y sería más injusto que estas infracciones intencionadas contra los convenios y estipulaciones internacionales quedaran sin castigo. El Tribunal militar internacional para el Extremo Oriente se adhirió a todos estos argumentos. Sobre las distintas posiciones en la discusión acerca de la infracción del principio de legalidad en los juicios por los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial véase con detalle y abundante bibliografía mi libro *Derecho penal internacional*, Tecnos, 1999, pp. 66 ss. En el extremo opuesto a las posiciones anteriores mantienen que los juicios de Nuremberg infringieron el principio de legalidad entre otros José CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte General, I, Introducción*, 5.ª ed., Tecnos, Madrid, 1996, p. 210; Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, Losada, Buenos Aires, 1964 pp. 1271 ss.; Hans HEINRICH JESCHECK, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht, Eine Studie zu den Nürnberger Prozessen*, L. Röhrscheid, Bonn, 1952 pp. 236 ss., el mismo, «Nuremberg Trials», en Rudolf Bernhard (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Inst. 4, 1982, p. 52; Carlos Miglioli, *Lineamenti di giustizia internazionale penale*, Società Editrice Tirrena,

fue introducido a propuesta de Reino Unido, que argumentó que el texto del artículo 7 podría ser utilizado para impugnar los juicios de Nuremberg, por lo que se sugería añadir el segundo párrafo (7). Esto ha llevado a algunos autores a afirmar que la llamada «cláusula Nuremberg», es decir, el artículo 7.2, se aplica exclusivamente a los crímenes de guerra y asimilados (colaboracionismo) y a los crímenes contra la humanidad (8) cometidos durante la Segunda Guerra Mundial (9). Lo que sin embargo ha sido desmentido por la Comisión al aplicarla a hechos (si bien ligeramente) posteriores a la Segunda Guerra Mundial en el caso Kolk y Kislyiy v. Estonia (10).

En la introducción del n.º 2 del artículo 7 pesaron todas las argumentaciones que en aquella época se manejaban dentro de la discusión sobre los juicios de Nuremberg. Así por ej. el representante de Luxemburgo añadió que algunas opiniones mantenían tras la 2.ª Guerra Mundial, que el principio de irretroactividad de las penas, pero incluso el de los delitos, no se aplicaba en Derecho internacional (11),

---

Livorno, 1957, pp. 73 ss. y 93 ss.; Claude LOMBOIS, *Droit pénal international*, ob. cit., p. 157; Patrick C. CAMPBELL, § 220a *StGB. Der richtige Weg zur Verhütung und Bestrafung von Genozid?*, Lang, Frankfurt am Main, 1986, p. 55; Gerhard HOFFMANN, *Strafrechtliche Verantwortung im Völkerrecht*, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt am Main-Berlin, 1962, pp. 139 ss.; H., EHARD, «Der Nürnberger Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher und das Völkerrecht», en *Suddeutsche Juristenzeitung*, 1948, pp. 353 ss., en especial pp. 362 ss.; Pieter n.º Drost, *The crime of Estate. Penal protection for fundamental freedoms of persons and peoples, II Genocide*, Leyden, 1959, pp. 146-147; Vicente GIMENO SENDRA, «La experiencia de los “juicios de Nuremberg” y la necesidad de crear el Tribunal penal internacional», en *La Ley*, año XIX, n.º 4457, 14 de enero de 1998, pp. 1 ss., quien añade otras críticas referentes al aspecto procesal de los juicios.

(7) DH (57) 6, p. 4, 5 y 6, CDH (70) 10, pp. 7 y 8.

(8) Así lo afirmó la Comisión en el caso Touvier c. Francia, 29420/95, Commission (Plenary), decisión de 13 enero 1997

(9) Véanse la discusión doctrinal recogida por Alessandro Bernardi, ob. cit. apartado 6.2.

(10) Decisión de 17 de enero de 2006, y traducida al español en <http://www.derechos.org/nizkor/impu/kolkesp.html> Los demandantes habían sido condenados por la comisión en 1949 de crímenes contra la humanidad en aplicación de preceptos introducidos en la legislación estonia en 1994 y 2002.

(11) Así, por ejemplo, Hans Kelsen reconocía en 1947 que el Acuerdo de Londres vulneró el principio de no retroactividad porque establece responsabilidad penal individual para actos que constituyen una violación del Derecho internacional para los que la ley establecía únicamente sanciones colectivas. Sin embargo, en opinión de este autor, dicho principio no era válido en Derecho internacional, y en el Derecho interno lo era sólo con importantes excepciones. Véase Hans KELSEN, «Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?», en *International Law Quarterly*, vol. 1, n.º 2, Summer 1947, pp. 153 ss.; el mismo, «Collective and Individual Responsibility in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals», en *California Law Review*, vol. XXXI, 1942-43,

e incluso admitía excepciones en derecho interno, y que la transposición literal del texto que proclama del principio de legalidad en la Declaración Universal de Derechos Humanos, podría ser interpretado por algunos como una condena a las leyes penales retroactivas como las que se habían aplicado en algunos países europeos durante y tras la guerra (12).

En contra, el Subcomité de Expertos propuso sin éxito rechazar la inclusión del n.º 2 propuesto por Reino Unido argumentando que los problemas esgrimidos para su inclusión se solucionaban manifestando simplemente de forma clara en la exposición de motivos que la Convención solo tendría efectos a futuro (13).

Así mismo es interesante recordar que el representante de Suecia pidió que quedara constancia en acta de que la Convención y en especial el nuevo párrafo, no obligaba a los Estados a aplicar una norma internacional no incorporada a su legislación interna (14).

Por su parte, el Comentario al Proyecto de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, redactado en 1955, afirmaba en relación con su artículo 15, muy similar al artículo 7 del CEDH (15), en primer

---

pp. 543 ss. También August WIMMER, «Die Bestrafung von Humanitätsverbrechen und der Grundsatz "nullum crimen sine lege"», en *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1947, pp. 123 ss., admite, «de forma excepcional» la retroactividad de la ley penal por «necesidades éticas», o cuando el hecho, al tiempo de su comisión, estuviese prohibido por una norma «legal o ética». Otros autores de la época, tan importantes como Gustav RADBRUCH, «Zur Diskussion über die Verbrechen gegen die Menschlichkeit», en *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1947, p. 134, Georg DAHM, *Zur Problematik des Völkerstrafrecht*, Göttingen, Vandenhoeck-Ruprecht, 1956, pp. 63 ss., o Stefan GLASER, *Infraction internationale, ses éléments constitutifs et ses aspects juridiques*, Bruselas-Paris, 1957, pp. 41 ss.; el mismo, *Introduction a L'étude du Droit International Pénal*, Sirey, Paris, 1954, pp. 77 ss.; el mismo, «Le principe de la légalité des délits et des peines et le procès des criminels de guerre», *Revue de Droit pénal et de Criminologie*, n.º 3, 1947-1948, pp. 230 ss., el mismo, «Les Lois de Nüremberg et le Droit International», en *Revue Pénal Suisse*, 53, pp. 323 ss.; el mismo, «Die Gesetzlichkeit im Völkerstrafrecht», en *Zeitschrift für Strafrecht Wissenschaft*, 1964, pp. 173 ss., mantuvieron ideas similares.

(12) La propuesta de Luxemburgo pretendía introducir los principios generales del derecho como una especie de tercera fuente en el párrafo primero, añadiéndolos tras la mención al derecho internacional.

(13) DH (57) 6, pp. 6, 7 CDH (70) 10, pp. 8, 9.

(14) DH (57) 6, p. 7 CDH (70) 10, p. 9.

(15) Años después, en 1966, el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos se aprobaría finalmente con una redacción que seguía el modelo del Convenio europeo, añadiendo, por tanto a la posibilidad de fuente nacional e internacional de la tipificación, una excepción al principio, o cláusula de salvaguarda, en el n.º 2 de su artículo 15:

«1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se



lugar, que la referencia al derecho internacional en el párrafo 1 quería dejar claro que nadie podía escapar del castigo de un crimen de derecho internacional argumentando que el acto era legal bajo su propia ley nacional, y aseguraba además que la inclusión beneficiaba al individuo frente a posibles abusos de una organización internacional (16). Respecto del n.º 2 el comentario recoge las voces de algunos representantes que afirmaban que el mismo era superfluo si su intención era confirmar los principios aplicados por los tribunales que juzgaron los crímenes de guerra tras la Segunda Guerra Mundial, y que el efecto podría ser el contrario, el de poner en cuestión aquellos juicios, mientras que si la intención era que ningún criminal de guerra en el futuro pudiese cuestionar la existencia de aquellos principios, la cláusula seguía siendo superflua, pues el término principios del derecho generalmente reconocidos ya estaba incluido en la expresión «derecho internacional». Pero por otro lado el Comentario señala cómo también se mantenía por otros representantes la opinión de que la cláusula de salvaguarda del n.º 2 no se aplicaba a las condenas anteriores por crímenes de guerra, y que tampoco estaba absolutamente cubierta por la expresión «derecho internacional» contenida en el número anterior (17).

Parece que si finalmente el párrafo se conservó es porque no se logró convencer de que era superfluo sino que por el contrario se mantuvo en muchas delegaciones la segunda opinión.

Estimo que el mantenimiento de este párrafo tenía razón de ser si lo que se quería era evitar demandas por infracción del principio de legalidad en los juicios de los criminales de guerra celebrados tras la Segunda Guerra Mundial, pues si bien es cierto que los principios generales del derecho (18) forman parte de las fuentes del Derecho

---

impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.»

(16) DH (57) 6, p. 15.

(17) DH (57) 6, p. 16.

(18) El término «principios generales del Derecho» tal y como fue utilizado tras la Primera y tras la Segunda Guerra Mundial tiene poco que ver con los principios generales del Derecho reconocidos en el artículo 38 del Estatuto del TPJI como fuente del Derecho Internacional. No es éste el lugar adecuado para entrar en la polémica doctrinal acerca de cuál deba ser el contenido de los «principios generales del Derecho»: si se trata de los principios aceptados por todas las naciones en foro doméstico o si incluyen también principios que tienen su origen en las relaciones jurídicas internacionales y si son principios de carácter formal o pueden también

internacional, lo que resulta más que discutible es que dicha fuente sea apta para la tipificación de delitos y la determinación de las penas (19), al menos con las exigencias de taxatividad que al principio de legalidad ha atribuido la jurisprudencia del TEDH (20), además de que como la jurisprudencia posterior ha demostrado, el tribunal se iba a encontrar con diversos problemas como la indeterminación de la pena, la prescripción/ imprescriptibilidad, etc.

Queda la duda de si, según la literalidad del precepto, la excepción no es absoluta, pues el texto exige que las conductas constituyan delito *en el momento de su comisión* según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Es decir, el texto del artículo 7.2 exige que en el momento de comisión exista una fuente que declare las conductas como delictivas, aunque dicha fuente del derecho no cumpla con las exigencias que el propio TEDH atribuye al principio de legalidad. Pero que los principios generales del derecho sean capaces incluso de realizar tal tarea de tipificar delitos aun de manera imperfecta es como he dicho muy

---

tener un carácter sustantivo. Lo que aquí nos interesa es constatar que la doctrina internacionalista está de acuerdo en el carácter abstracto de dichos principios. Lo cierto es que los internacionalistas reconocen, como mucho, que determinados valores básicos, como el respeto a ciertos derechos humanos fundamentales, constituyen principios generales del Derecho internacional contemporáneo. De tal reconocimiento a la creación de una figura delictiva en la que se tipifica una determinada conducta —y no otra— atentatoria contra dichos derechos y se le asigna una responsabilidad penal, hay toda una tarea que los principios generales del Derecho, por su vaguedad y alto nivel de abstracción, no pueden cumplir por sí solos. Véase sobre este tema con mayor detalle Alicia Gil Gil, *Derecho penal internacional*, 1999, pp. 75 ss.

(19) Así lo defendieron algunos representantes en la elaboración del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Véase Marc J. BOSSUYT, *Guide to the «Travaux Préparatoires» of the International Covenant on civil and political Rights*, Nijhoff, Dordrecht, 1987, pp. 330-331.

(20) En el mismo sentido Javier ÁLVAREZ GARCÍA, *Sobre el principio de legalidad*, 2009, pp. 97 ss. Sobre las limitaciones de los principios generales del derecho como fuente del derecho penal internacional, cuyo papel, precisamente por su carácter abstracto, se limitaría a servir para interpretar, para colmar las lagunas o para confirmar otras fuentes, véase Fabián Raimondo, «Les principes généraux du Droit dans la jurisprudence des tribunaux ad hoc. Une approche fonctionnelle» en Delmas-Marty, Fronza, Lambert-Abdelgawad (dirs.) *Les sources du Droit international pénal* pp. 76 ss. y p. 92. Crítico también con el uso del término «principios generales del derecho» Javier Donde Matute, ob. cit. pp. 360 ss. En su opinión el artículo 7.2 en su interpretación literal permitiría excepcionalmente la infracción del principio de legalidad respecto de los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y el genocidio, al no exigir ni la accesibilidad ni la previsibilidad que los principios generales del derecho son incapaces de proporcionar.

discutible (21), y en todo caso no existen estudios en la jurisprudencia que hayan indagado sobre la existencia de principios que tipifiquen crímenes internacionales antes de la aprobación de los principios de Nuremberg (22). Con todo ello más parece que la cláusula se limita a afirmar la posibilidad de aplicación retroactiva del derecho allí creado y de aquello que con posterioridad se ha reconocido por la comunidad internacional como crímenes internacionales, y solo en este sentido y no en el de la preexistencia de tales crímenes (mención que habrá que entender como una ficción acordada) la cláusula contiene un límite a la retroactividad (23).

---

(21) Niega que los principios generales del derecho puedan tipificar delitos por ej Otto Triffterer, «Der ständige internationale Strafgerichtshof- Anspruch und Wirklichkeit, Anmerkungen zum «Rome Statute of the ICC» vom 17. Juli 1998». En: Karl-Heinz Gössel /Otto Triffterer (eds.), *GS für Heinz Zipf*, Heidelberg, 1999, p. 505.

(22) Denuncian Jon Landa y Enara Garro, ob. cit. p. 283 que precisamente la Comisión se negara sistemáticamente a hacer tal análisis en el aluvión de demandas recibidas contra las leyes ex post facto dirigidas a castigar el colaboracionismo con los nazis.

(23) Ni siquiera hay un acuerdo doctrinal sobre a que se refiere esta expresión. Cheriff BASSIOUNI, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Nijhoff, Dordrecht, 1992, pp. 263-287, a pesar de afirmar que los principios generales del Derecho no son capaces, por ellos mismos, de crear delitos internacionales, defiende que los crímenes contra la humanidad existían como principios generales del Derecho con anterioridad a la promulgación del Estatuto de Londres, incurriendo, en mi opinión, en una contradicción. Parte además este autor de un estudio comparado de los Derechos penales de diversos países para poder llegar a la afirmación de que determinadas conductas, al ser castigadas en todos ellos, constituyen principios generales del Derecho. Procede por tanto, a la creación por inducción de una especie de Derecho penal común. Pero además, llegado a este punto, rechaza el autor citado que tal constatación baste para afirmar la existencia de un delito internacional y exige la presencia de un «elemento internacional» que convierta en internacionales a esos delitos comunes a todos los Derechos penales nacionales. No queda explicado si ese elemento internacional existía también en los principios generales del Derecho antes de los juicios de Nuremberg. Esta identificación de una especie de derecho penal común con los principios generales del derecho permitiría sin embargo la aplicación retroactiva de una pena más grave, asignada con base en una calificación jurídica distinta –la del crimen internacional–, en aplicación del artículo 7.2 –siempre claro está que la misma esté también permitida en el sistema penal interno (Alessandro Bernardi, ob. cit. apartado 6.2, último párrafo)–, pero no solucionaría en mi opinión la aplicación retroactiva de otras supuestas consecuencias de esa nueva calificación no existente en el momento de comisión, como la imprescriptibilidad, al menos, sin duda, en aquellos casos en que la prescripción ya se hubiera alcanzado según el derecho penal interno para la calificación jurídica sí existente al tiempo de los hechos. Kai Ambos, *Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen. Zur «impunidad» in südamerikanischen Länder aus völkerstrafrechtlicher Sicht*, Edition Iuscrim, Freiburg i. Br., 1997, pp. 181 ss., acude también a los principios generales del Derecho como fuente del Derecho penal internacional, pero reduciéndolos a una *opinio iuris* sin la correspondiente práctica estatal, o al llamado *soft law*. Si siguiéramos esta concepción, que personalmente

Este párrafo 2.º del artículo 7 CEDH, que en su día fue objeto de reserva por algunos países (24), fue introducido pues para permitir la persecución de los crímenes nazis tras la Segunda Guerra Mundial mediante la aplicación retroactiva de las normas, pero es aplicable, en opinión de muchos autores, a todas las situaciones históricas en las que se hayan producido crímenes de guerra (25). Y así lo ha sido, pues aunque con frecuencia el propio TEDH parecía limitar su aplicación a los casos relativos a la criminalidad nazi de la Segunda Guerra Mun-

---

tampoco creo que se corresponda con los principios generales del Derecho, tampoco encontraríamos ese *soft law* que reconoce determinados ilícitos como hechos punibles directamente en el Derecho internacional, antes de la Segunda Guerra Mundial. Es más, Kai Ambos, afirma en *La parte general del Derecho penal internacional, Bases para una elaboración dogmática*, 2005, p. 36 ss., que «en relación con lo dispuesto en los arts. 15(2) PIDCP, 11(2) DUDH y 7(2), CEDH el concepto «principios de derecho» no tiene que entender en el sentido del artículo 38 (1)(c) ECIJ, sino en el de las reglas de derecho consuetudinario internacional desarrolladas sobre la base del derecho de Nuremberg, por lo cual la regla aplicada debe tener «sin duda» el carácter de costumbre internacional». Sin embargo esto significaría que dichas reglas establecidas tras la Segunda Guerra Mundial y consagradas en los Principios de Nuremberg se podrían aplicar según el artículo 7.2 retroactivamente (en contra de la literalidad del precepto que se refiere a su consideración en el momento de comisión de los hechos) y con infracción absoluta del principio de legalidad. Con esta interpretación se admitiría que el 7.2 al exigir que los hechos constituyan delito según los principios generales del derecho en el momento de su comisión, no estaría exigiendo una mínima regulación previa del crimen en cuestión sino solo apoyando la ficción manejada en Nuremberg de que los crímenes aplicados ya existían con anterioridad y permitiendo por tanto una retroactividad absoluta, pero solo de las normas que tiene su origen en aquellos juicios. En sentido similar entiende que la cláusula contiene como límite la referencia a un standar de gravedad y de reconocimiento general Jon Landa y Enara Garro, ob. cit. p. 285.

(24) Alemania hizo una reserva en relación con este segundo párrafo en el sentido de que sólo sería aplicable dentro de los límites del párrafo 2 del artículo 103 de la Ley Fundamental, que disponía que sólo pueden ser castigados los hechos declarados por ley como delitos antes de su comisión, aunque posteriormente la ha retirado en octubre de 2001 –véase Christoph J. M. SAFFERLING «60 Years after the Nuremberg Trials, German Perspective on Nuremberg and its Legacy», accesible en <http://www.roberthjackson.org/contact/our-people/60-years-after-the-nuremberg-trials/>, Frede Castberg, *The European Convention on Human Rights*, Sijthoff, Leiden, 1974, pp. 132-133; Francis GEOFFREY JACOBS, *The European Convention on Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1975, p. 125; Francis GEOFFREY JACOBS y Robin WHITE, ob. cit., pp. 168-169-. En opinión de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (coord.), *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Cívitas, Madrid, 1979, p. 83 es dudoso que el segundo apartado cumpla con las exigencias de la Constitución española, por lo que quizá hubiese sido preferible que el Estado español hiciese reserva de la aplicación del mismo en el instrumento de ratificación. En mi opinión tal reserva no es necesaria como se explica en el último apartado de este artículo.

(25) Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (coord.), ob. cit., p. 83, Cian C. Murphy, ob. cit. pp. 217 ss.

dial, recordando en varias decisiones el origen y fin de esta excepción (26), lo cierto es que, como hemos anunciado también se ha aplicado a un caso ajeno a la Segunda Guerra Mundial (27). Aún así, como veremos infra, se puede ver en la jurisprudencia del TEDH una resistencia en los últimos años a citar expresamente en las resoluciones la excepción del artículo 7.2. Y es que dejar la puerta abierta a una permanente excepción al principio de legalidad, además de acercar al Derecho penal internacional peligrosamente a un derecho penal del enemigo (28) no parece compatible con los esfuerzos codificadores

(26) Véase *Kononov v. Letonia*, sentencia de 17 May 2010, parag. 186. «Finally, the two paragraphs of Article 7 are interlinked and are to be interpreted in a concordant manner [*Tess v. Latvia* (dec.), n.º 34854/02, 12 December 2002]. Having regard to the subject matter of the case and the reliance on the laws and customs of war as applied before and during the Second World War, the Court considers it relevant to recall that the travaux préparatoires to the Convention indicate that the purpose of the second paragraph of Article 7 was to specify that Article 7 did not affect laws which, in the wholly exceptional circumstances at the end of the Second World War, were passed in order to punish, inter alia, war crimes so that Article 7 does not in any way aim to pass legal or moral judgment on those laws (*X. v. Belgium*, no 268/57, Commission decision of 20 July 1957, Yearbook 1, p. 241). In any event, the Court further notes that the definition of war crimes included in Article 6(b) of the IMT Nuremberg Charter was found to be declaratory of international laws and customs of war as understood in 1939 (paragraph 118 above, paragraph 207 below)», y *Touvier v. Francia*, decisión de 13 de enero de 1997: «La Comisión recuerda que, de los trabajos preparatorios de la Convención resulta que el párrafo 2 del artículo 7 (art. 7.2) tiene como fin precisar que este artículo no afectará a las leyes que en las circunstancias muy excepcionales en que se que se produjeron, a raíz de la Segunda Guerra Mundial, se han aprobado para reprimir crímenes de guerra y actos de traición y colaboración con el enemigo y no contiene ninguna condena legal o moral de estas leyes (cf. n.º 268/57, diciembre de 20/07/1957, Ann. Conv., vol. 1, p. 241)».

(27) Decisión de inadmisión del caso *Kolk y Kislyiy v. Estonia* de 17 de enero de 2006, traducida al español en <http://www.derechos.org/nizkor/impu/kolkesp.html>

(28) Sobre las manifestaciones del derecho penal del enemigo en el derecho penal internacional véase Daniel PASTOR, *El poder penal internacional*, pp. 173 ss., el mismo «El Derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional» en Manuel Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez, *Derecho Penal del Enemigo - El discurso penal de la exclusión*, 2006, vol. 2, pp. 761 ss., Emanuela FRONZA, «Diritto penale del nemico e giustizia penale internazionale» en A. Gamberini y R. Orlandi, (dir.) *Delitto politico e diritto penale del nemico. In memoria di Mario Sbriccoli*, 2007, pp. 373 ss. Javier ÁLVAREZ GARCÍA, ob. cit., p. 101, habla de Derecho penal de dos velocidades para referirse a la derogación de debilitamiento de ciertas garantías en el Derecho penal internacional. Y como «derecho de excepción», «en el cual no solo no hay ne bis in ídem, ni irretroactividad de la ley penal, ni plazo razonable de duración del proceso, sino tampoco plazo de prescripción, ni amnistía Posible» y el «viejo y conocido principio del derecho medieval en atrocísima licet iudici iura transgredi aparece nuevamente para justificar lesiones de los derechos humanos en nombre de los derechos humanos» lo califica Ezequiel MALARINO, «Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemo-

que ha realizado esta rama del ordenamiento internacional desde Núremberg hasta nuestros días y que se plasman como mejor ejemplo, y aún con todas las deficiencias que al respeto todavía presenta (29), en el Estatuto de la Corte penal internacional (30).

---

críticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en Kai Ambos, Ezequiel Malarino, Gisela Elsner (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, 2010, p. 48. Sobre las doctrinas contra la impunidad que han nacido en torno al Derecho penal internacional transformando el principio garantista del *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, en otro bien distinto, de *nullum crimen sine poena*, que pretende con frecuencia llevarse por delante las garantías penales que se consideran un escollo para conseguir el castigo véase también la crítica de Jesús M.<sup>a</sup> SILVA SÁNCHEZ, «¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la «lucha contra la impunidad» y del «derecho de la víctima al castigo del autor», en Martínez, García-Pablos, Miranda de Avena (Coords.), *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, 2009, pp. 149 ss. En contra de que el derecho penal internacional sea un derecho penal del enemigo se pronuncia en cambio FRANCISCO MUÑOZ CONDE, ¿Es el Derecho penal internacional un «Derecho penal del enemigo»? en *Revista penal*, N.º 21, 2008, pp. 93-102.

(29) Sobre los defectos que respecto de la realización del principio de legalidad presenta el Estatuto de la Corte penal internacional véase Javier DONDÉ MATUTE, ob. cit. pp. 406 ss. Muy crítico, en especial con la falta de determinación de las penas, que define como «violación grosera del principio de legalidad» y la falta de taxatividad de los tipos se pronuncia Javier ÁLVAREZ GARCÍA, *Sobre el principio de legalidad*, 2009, pp. 41-42 y pp. 92 ss. En efecto la falta de taxatividad de algunos preceptos –paradigmática la modalidad de crímenes de lesa humanidad consistente en «otros actos inhumanos»– y los amplísimos marcos penales previstos no superarían el examen de legalidad en los países de *civil law*. El primer problema se ha intentado paliar, o al menos reducir, a través de la definición en *Los elementos de los crímenes*. El segundo responde a la amplísima variedad de conductas y formas de participación que son subsumibles en cada figura delictiva, y que van desde un acto único de complicidad cometido en el contexto requerido hasta la dirección y dominio del plan completo, y que lógicamente van a exigir de diferentes respuestas penológicas ajustadas a la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor. Sin embargo la infracción del principio de legalidad en este punto podrían haberse aminorado en mi opinión con un mecanismo tan sencillo como introducir unas reglas algo más estrictas y detalladas de medición de la pena que permitieran prever la concreción de la pena dentro del amplísimo marco abstracto por ej para los casos de concursos de delitos, complicidad, eximentes incompletas y atenuantes, etc.

(30) Como ejemplo podemos citar el rechazo a la referencia a los principios generales del derecho por parte de la mayoría de la Comisión de Derecho Internacional en la elaboración del Proyecto de crímenes contra la paz y seguridad de la mandad de 1996, por considerarlos excesivamente vagos. Véase Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with commentaries, 1996, accessible en [http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7\\_4\\_1996.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_4_1996.pdf), p. 39, columna 1, n.º 5. Sobre el esfuerzo codificador véase también KAI AMBOS, «Principios Generales de Derecho Penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional», en *Actualidad penal*, N.º 44, 2000, pp. 925 ss. Sobre la evolución del principio de legalidad desde Nuremberg hasta nuestros días en el derecho penal internacional Javier Dondé Matute, ob. cit. pp. 373 ss.

## 2. LA EXCEPCIÓN EN EL MARCO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EUROPEO. EL ARTÍCULO 7 DEL CEDH

El n.º 1 del artículo 7 CEDH establece que nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional, ni podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida

Ya esta redacción del n.º 1 muestra una notable diferencia con la regulación de este principio en las constituciones y códigos penales internos de los sistemas de *civil law* (31), y en particular con la española (32), al incluir como posible fuente del Derecho penal en princi-

---

(31) Para un estudio comparado del principio de legalidad véase Javier Donde Matute, ob. cit. pp. 313 ss.

(32) Así en España el artículo 25.1 de la Constitución dispone: 1. Nadie puede ser condenado o 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.

Y el Código penal español establece:

Artículo 1.1 No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración.

2. Las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente por la Ley.

Artículo 2.1 No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las Leyes que establezcan medidas de seguridad.

2. No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario.

Artículo 3.1 No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales.

2. Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes.

Artículo 4.

1. Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.

2. En el caso de que un Juez o Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la Ley, estime

pio todas las fuentes del derecho (33) y no limitarlo, como suele ser habitual en las legislaciones internas, a la ley en sentido formal (34), lo que por otra parte es comprensible en un texto que aúna tradiciones jurídicas distintas, en algunas de las cuales pervive como fuente por ej. un derecho de creación jurisprudencial (35). El principio de legalidad en el CEDH y en la jurisprudencia del TEDH (36) dista por lo tanto bastante del contenido que al mismo atribuyen los ordenamientos jurídicos de los países de *civil law*, pues al prescindir de la exigencia de ley formal se renuncia también por tanto al contenido de garantía democrática (37) que en países como España se atribuyen al principio a través de aquella exigencia (38). Por ello el Convenio ha

---

digna de represión, se abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal.

(33) Susana HUERTA TOCILDO, ob. cit., 2005, p. 456. MARCO SCOLETTA, «El principio de legalidad penal europeo» en Luis María Díez Picazo y Adán Nieto Martín (Dirs.) *Los derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, Pamplona, 2010, p. 254.

(34) La doble garantía formal y material del principio de legalidad es una constante en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, que ha interpretado que el principio de legalidad contenido en el artículo 25. 1 CE exige la existencia de una ley en sentido formal, anterior al hecho sancionado y que describa un supuesto de hecho estrictamente determinado. Véase, entre otras, las sentencias 25/1984, de 23 de febrero; 3/1988, 21 de enero; 101/1988, de ocho de junio; 29/1989, de seis de febrero; 69/1989, de 20 de abril puente, 150/1989, de 25 de septiembre; 219/1989, de 21 de diciembre, etc.

(35) Sobre ello Kai AMBOS, «Art 7 EMRK...» ob. cit., 2003, pp. 31 ss., Ciro GRANDE, «Nullum crimen sine lege» parlamentaria y Derecho penal europeo, en Luis María Díez Picazo y Adán Nieto Martín (Dirs.) *Los derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, Pamplona, 2010, p. 218, Jon LANDA y Enara GARRO, ob. cit. pp. 260-261.

(36) Con detalle Cian C. MURPHY, ob. cit., pp. 192 ss.

(37) Marco SCOLETTA, ob. cit. p. 253. Susana Huerta Tocildo, ob. cit. p. 458 ss., muy crítica con esta definición del principio que deja fuera su contenido de garantía democrática pp. 460 ss.

(38) El principio de legalidad tiene su origen en la Ilustración, y su substrato ideológico se encuentra en la separación de poderes de Montesquieu y contrato social de Rousseau. Clara expresión de la conjunción de dichas ideas la encontramos en las palabras de Cessare BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, traducción de Juan Antonio de las Casas, Alianza, Madrid, 1968, Capítulo 3, pp. 29-30: «La primera consecuencia de estos principios es que sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad. Y como una pena extendida más allá del límite señalado por las leyes contiene en sí la pena justa más otra pena adicional, se sigue que ningún magistrado, bajo pretexto de celo o de bien público, puede aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincuente». El que la determinación de la conducta prohibida haya de efectuarse precisamente por vía de la ley es consecuencia del principio de división de poderes a que responde el Estado de



concluido por consagrar un «principio de juridicidad» en el que la reserva absoluta de ley formal se sustituye por una exigencia de previsibilidad (39), en la que se renuncia incluso al carácter escrito del texto, que para algunas concepciones del principio de legalidad, como la española, resultan esenciales (40). Así, a partir de aquella sustancial diferencia, el TEDH se ha centrado en garantizar los aspectos materiales del principio, en particular, su contribución a la seguridad jurídica [accesibilidad, irretroactividad, previsibilidad en sus subprincipios de precisión y taxatividad –prohibición de la analogía– (41)], exigiendo la previsibilidad y concreción del derecho aplicable, para lo cual no duda en incluir la interpretación jurisprudencial (42) que se hace de un determinado precepto, y que puede, incluso, completar una ley insuficientemente concreta de manera que en conjunto finalmente no quepa hablar de falta de taxatividad o de previsibilidad (43).

En palabras del TEDH (44): «El artículo 7, no se limita, por lo tanto, a prohibir la aplicación retroactiva del derecho penal en detri-

---

Derecho y se asienta en el fundamento político-democrático del principio de legalidad Véase Luis ARROYO ZAPATERO, «Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal», en Revista Española de Derecho Constitucional, n.º 8, mayo-agosto, 1983, p. 17.

(39) Susana HUERTA TOCILDO, ob. cit. p. 458 ss., muy crítica con esta definición del principio que deja fuera su contenido de garantía democrática –pp. 460 ss.–

(40) Para nuestra doctrina y nuestro TC los contenidos esenciales del principio de legalidad se resumen en la máxima: *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege scripta, stricta et certa.*, Susana HUERTA TOCILDO, ob. cit. p. 485 ss.

(41) Con detalle Alessandro BERNARDI, ob. cit. apartado 2.2, Marco SCOLETTA, ob. cit. p. 253; Francis GEOFFREY JACOBS y Robin WHITE, ob. cit., pp. 164 ss., Javier DONDE MATUTE, ob. cit. pp. 332 ss., Jon Landa y Enara Garro, ob. cit., pp. 263 ss.

(42) Sobre el papel de la jurisprudencia como fuente en el sentido del artículo 7 CEDH, Marco SCOLETTA, ob. cit., p. 255 ss.

(43) Marco SCOLETTA, ob. cit., p. 256. Véase por ej. La STEDH de 10 de febrero de 2004, Caso Puhk v. Estonia, parag. 25: «According to the Court's case-law, Article 7 of the Convention is not confined to prohibiting the retrospective application of the criminal law to an accused's disadvantage: it also embodies, more generally, the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty (*nullum crime nulla poena sine lege*) and the principle that the criminal law must not be extensively construed to an accused's detriment. From these principles it follows that an offence must be clearly defined in the law. This requirement is satisfied where the individual can know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation of it, what acts and omissions will make him criminally liable (*ibidem*, see also *Kokkinakis v. Greece*, judgment of 25 May 1993, Series A n.º 260-A, p. 22, § 52)».

(44) *Korbely v. Hungría*, STEDH 19 September 2008, parág. 37 y 38, y en el mismo sentido las SSTEDH *Cantoni v. France* de 15 noviembre 1996, § 2, S.W. y C.R. v. Reino Unido, de 22 noviembre 1995, § 35, y § 33, respectivamente, y *Coëme y otros contra Bélgica*, de 22 de junio de 2000, § 145, *Jorgic c Alemania*, §§ 100-101, *Streletz, Kessler y Krenz v. Alemania*, de 22 de marzo de 2001 § 50.

mento del acusado: consagra también, de modo más general, el principio de legalidad de los delitos y las penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) y el que prescribe la no aplicación de la ley penal de manera extensiva, en detrimento del acusado, especialmente, por analogía. De él se desprende, que una infracción debe estar claramente definida por la ley. Esta condición se cumple, cuando el justiciable puede saber, a partir de la redacción de la disposición pertinente y si es necesario, con ayuda de su interpretación por los tribunales y de una opinión jurídica esclarecida, qué actos y omisiones, comprometen su responsabilidad penal. A este respecto, el Tribunal ha indicado que la noción de “derecho” (“law”) utilizada en el artículo 7, corresponde a la de “ley” que figura en otros artículos de la Convención; engloba el derecho de origen tanto legislativo, como jurisprudencial e implica unas condiciones cualitativas, entre otras, las de la accesibilidad y previsibilidad.

Por más clara que pueda ser la redacción de una disposición legal, en cualquier sistema jurídico, incluido el derecho penal, existe invariablemente un elemento de interpretación judicial. Siempre habrá que elucidar los puntos dudosos y adaptarse a los cambios de situación. En efecto, está solidamente establecido en la tradición jurídica de los Estados partes de la Convención, que la jurisprudencia, como fuente del derecho, contribuye necesariamente a la evolución progresiva del derecho penal. No se puede interpretar que el artículo 7 de la Convención proscriba la clarificación de las reglas de responsabilidad penal, por la interpretación judicial de un asunto a otro, sino a condición de que, el resultado, sea coherente con la sustancia de la infracción y razonablemente previsible (*Jorgic c Alemania*, no 74613/01, §§ 100-101, 12 de julio de 2007; *Streletz, Kessler y Krenz*, antes citada, § 50, y *S.W. c. Reino Unido y C.R. c. Reino Unido*, sentencias de 22 de noviembre de 1995, serie A no 335-B, pp. 41-42, §§ 34-36, y serie A no 335-C, pp. 68-69, §§ 32-34, respectivamente)».

### 3. LA RESISTENCIA A LA APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL 7.2 CEDH FUERA DE LOS CASOS RELATIVOS A LOS CRÍMENES NAZIS DE LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

Los casos más relevantes que suelen citarse por la doctrina, como veremos no siempre con acierto, cuando se habla de la excepción del

artículo 7.2 (45) han sido K.-H. W. v. Alemania y Streletz, Kessler y Krenz v. Alemania, ambas sentencias de 22 de marzo de 2001.

La primera de ellas, el caso K.-H. W. (46) trata de las condenas por los disparos realizados causando la muerte de un fugitivo que intentaba cruzar a la RDA. Los acusados alegaban en su defensa que había cumplido órdenes legales en la RDA de disparar para evitar la fuga, por lo que el desconocimiento que del derecho de la RDA habían hecho los tribunales de la RFA al condenarles suponía una infracción del principio de legalidad consagrado en el artículo 7 CEDH. Efectivamente en Alemania el caso había sido tratado de tal manera que presentaba un problema de posible infracción del principio de irretroactividad (47), ya que lo que se discutía no era la tipicidad de los hechos (constitutivos de asesinato) en el momento de su realización, sino si los mismos podían considerarse o no justificados en aplicación de la obediencia debida a una orden secreta junto con la interpretación judicial que se había hecho hasta entonces del § 27 de la Ley de Frontera (48). Los Tribunales alemanes partieron de la existencia formal de

---

(45) Así Susana HUERTA ob. cit. p. 466.

(46) K.-H. W. v. Germany, 37201/97, Court (Grand Chamber) Judgment (Merits) 22/03/2001.

(47) En contra de las decisiones del Bundesgerichtshof en los casos de los vigilantes del muro, véase Walter GROPP, «Naturrecht oder Rückwirkungsverbot?», *Zur Strafbarkeit der Berliner «Mauerschützen»*, en *Festschrift für Otto Triffler zum 65. Geburtstag*, Springer, Wien, 1996, pp. 103 ss.; Gunter JAKOBS, «Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? Zur Leistungsfähigkeit des Strafrechts nach einem politischen Umbruch», en Battis, Jakobs y Jesse, *Vergangenheitsbewältigung durch Recht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1992, pp. 48 ss. En general la mayoría de la doctrina penal alemana entendía que las decisiones de los tribunales alemanes en estos casos suponían una vulneración del principio de legalidad –véanse las citas a favor y en contra recogidas por Kai AMBOS, ob. cit., 1999, p. 28 y nota 71.

(48) El § 27 párr. 2 oración 1 GrenzG-DDR establecía que el empleo de las armas de fuego era lícito para evitar la inminente ejecución o la continuación de un hecho punible que de acuerdo con las circunstancias pueda considerarse como un delito grave. También es lícita para detener a las personas altamente sospechosas de haber cometido un delito grave. Pero el mismo precepto obligaba a advertir al fugitivo antes de dispararle y a ser cuidadoso con la vida, lo que indicaba que en caso de poder evitar la huida de otro modo debía evitarse disparar al matar. Este precepto se ponía en relación con el § 213 del Código penal de la RDA (DDRStGB), en el que se recogía como delito la «huida de la república», y señalaba, además, en que casos concretos y con que circunstancias tal delito pasaba a considerarse como grave. Pero a la regulación legal se añadió además una interpretación judicial que extendía los supuestos de delito grave mucho más allá de la dicción literal del § 213. Con mayor detalle Hans Joachim HIRSCH, «Derecho penal del Estado de Derecho e injusto dirigido estatalmente» en *Derecho penal, Obras completas*, Buenos Aires 1999, t. II, pp. 220 ss., Kai AMBOS y Nils MEYER-ABICH, «Alemania. La superación jurídico-penal de las injusticias y actos antijurídicos nacionalsocialistas y realsocialistas», en Ambos, Malarino y

una causa de justificación en la interpretación judicial del § 27 de la Ley de Frontera, a la que sin embargo, aplicando la doctrina de Radbruch (49) negaron validez jurídica desde el inicio, por «infracción grave y manifiesta de los principios fundamentales de justicia y humanidad derivados de un derecho suprapositivo e internacional», y ese reconocimiento de una nulidad jurídica desde el inicio permitió a los tribunales además negar que se estuviera infringiendo el principio de legalidad pues desde esta perspectiva no se estaba desconociendo un derecho *vigente* en la época (50). En realidad esta argumentación tiene su precedente en la jurisprudencia de los tribunales alemanes que juzgaron los crímenes nazis aplicando el Derecho alemán y la de los tribunales alemanes y aliados que aplicaron la Ley n.º 10 del Consejo de Control Aliado acudiendo a argumentos de fundamentación ético-ius-naturalista para justificar la aplicación retroactiva de la misma (51).

El TEDH decidió así mismo que no existía vulneración del artículo 7 CEDH (52), pero siguió para ello un camino más sencillo del tomado por los tribunales alemanes, pues ni tuvo que declarar inválidas supuestas disposiciones legales, ni apelar a limitaciones o excepciones a los principios de legalidad e irretroactividad de la ley penal desfavorable. Le bastó con argumentar que el hecho no estaba justificado ni tan siquiera aplicando la ley vigente en la RDA en aquel

---

Elsner (Editores), *Justicia de transición*, Montevideo, 2009, pp. 457 ss., Kai AMBOS, «Acercas de la antijuridicidad de los disparos en el muro» Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 11 ss.

(49) «El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debe solucionarse en vistas a que el derecho positivo asegurado por su promulgación y por poder tenga prioridad aun cuando su contenido sea injusto e inadecuado, salvo que la forma en que la ley positiva contradice a la justicia haya alcanzado un grado tan intolerable que la ley, por ser “derecho injusto”, deba ceder ante la justicia» (Gustav RADBRUCH, «Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht», en *Süddeutsche Juristenzeitung* (SJZ) 1 (1946), n.º 5, 1946, p. 107, existe traducción al español: «Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes», en *Derecho injusto y Derecho nulo*, Aguilar, Madrid, 1971).

(50) BGH, Sentencia del 3.11.1992 (5 StR 370/92), NJW 1993, pp. 147-148. También el Tribunal Constitucional negó virtualidad a causas de justificación dictadas por un gobierno no democrático en contradicción con sus propias leyes y con los derechos humanos –BVerfG decisión de 24.10.1996– 2 BvR 1851/94, NJW 1997, 929 ss.

(51) Véase Frede CASTBERG, ob. cit., pp. 132-133. Stefan ZIMMERMANN, «Die strafrechtliche «Bewältigung» der deutschen Diktaturen», en *Juristische Schulung*, 1996, p. 867; también, críticamente, Richard LANGE, «Die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone zum Verbrechen gegen die Menschlichkeit», en *Süddeutsche Juristenzeitung*, 3, 1948, columnas 655 ss.

(52) En opinión de Marco SCOLETTA, ob. cit., p. 258, en cambio, la solución que se dio a estos casos no cambia el hecho de que «la norma penal aplicada al caso concreto es distinta (y mas desfavorable) que la concretamente previsible (en cuanto que «empleada» en la praxis jurisprudencial) en el momento de la comisión del hecho».

momento, pues la práctica estatal que permitía los disparos a muerte para evitar una fuga era contraria al derecho escrito de la propia RDA vigente en la época, además de ser contraria al Derecho internacional (53). Dicha práctica, que «vacía de su sustancia» a la legislación en la que supuestamente se basaba, no podría ser considerada

---

(53) Parág. 67 ss.:

67. The Court considers that recourse to anti-personnel mines and automatic-fire systems, in view of their automatic and indiscriminate effect, and the categorical nature of the border guards' orders to «annihilate border violators and protect the border at all costs» flagrantly infringed the fundamental rights enshrined in Articles 19 and 30 of the GDR's Constitution, which were essentially confirmed by the GDR's Criminal Code (Article 213) and successive statutes on the GDR's borders (section 17(2) of the People's Police Act 1968 and section 27(2) of the State Borders Act 1982). This State practice was also in breach of the obligation to respect human life and the other international obligations of the GDR, which, on 8 November 1974, ratified the International Covenant on Civil and Political Rights, expressly recognising the right to life and to the freedom of movement (see paragraph 34 above), regard being had to the fact that it was almost impossible for ordinary citizens to leave the GDR legally. Even though the use of anti-personnel mines and automatic-fire systems ceased in about 1984, the border guards' orders remained unchanged until the fall of the Berlin Wall in November 1989.

75. Furthermore, the Court takes the view that even a private soldier could not show total, blind obedience to orders which flagrantly infringed not only the GDR's own legal principles but also internationally recognised human rights, in particular the right to life, which is the supreme value in the hierarchy of human rights.

77. Already at that time Article 95 of the 1968 version of the GDR's Criminal Code provided: «Any person whose conduct violates human or fundamental rights ... may not plead statute law, an order or written instructions in justification; he shall be held criminally responsible» (see paragraph 24 above).

78. Similarly, Article 258 of the GDR's Criminal Code provided: «Members of the armed forces shall not be criminally responsible for acts committed in execution of an order issued by a superior save where execution of the order manifestly violates the recognised rules of public international law or the written criminal law» (see paragraph 30 above).

82. Furthermore, the fact that the applicant had not been prosecuted in the GDR, and was not prosecuted and convicted by the German courts until after the reunification, on the basis of the legal provisions applicable in the GDR at the material time, does not in any way mean that his act was not an offence according to the law of the GDR.

90. The Court considers that a State practice such as the GDR's border-policing policy, which flagrantly infringes human rights and above all the right to life, the supreme value in the international hierarchy of human rights, cannot be covered by the protection of Article 7 § 1 of the Convention. That practice, which emptied of its substance the legislation on which it was supposed to be based, and which was imposed on all organs of the GDR, including its judicial bodies, cannot be described as «law» within the meaning of Article 7 of the Convention.

91. Having regard to all of the above considerations, the Court holds that at the time when it was committed the applicant's act constituted an offence defined with sufficient accessibility and foreseeability in GDR law.

«derecho» a los efectos del artículo 7 de la Convención (54). El caso se solucionó por tanto afirmando la no vulneración del artículo 7.1 y sin necesidad de apelar a la excepción del artículo 7.2 (55).

En el caso *Streletz, Kessler y Krenz v. Alemania*, sentencia de 22 de marzo de 2001 (56), se trataba no de un ejecutor de los disparos que alegara haber actuado en obediencia a una orden legal, sino precisamente de quienes habían ideado aquella práctica estatal que el TEDH consideró ilegal, los miembros del Consejo de Defensa Nacional de la RDA. Los acusados argumentaban de nuevo que la reinterpretación de las leyes de la RDA que hacían los tribunales federales para condenarles suponía una infracción del principio de legalidad. La respuesta del TEDH fue la misma que en el caso anterior: la práctica instaurada por los acusados era contraria al derecho interno y al derecho internacional de los derechos humanos aplicable en la RDA y no podía encontrar protección en el artículo 7.1 (57). Por ello el Tribunal declara expresamente que no es necesario siquiera considerar la posible aplicación del artículo 7.2 (58).

Los dos casos expuestos no constituyen por tanto, según las argumentaciones del TEDH, supuestos de excepción al principio de legali-

---

En el mismo sentido se había pronunciado Hans Joachim HIRSCH, ob. cit. pp. 220 ss. En contra de esta fundamentación en cambio Kai AMBOS, «Art 7 EMRK...» ob. cit. 2003, pp. 42 ss., quien la considera incompatible con la exigencia de previsibilidad que el TEDH atribuye al principio de legalidad.

(54) Parág. 87.

(55) Es preciso recordar que, como se dijo *supra* nota 23, Alemania hizo una reserva al artículo 7.2, y la retiró justo en octubre de 2001, es decir, tras pronunciarse el TEDH.

(56) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Streletz%2C&sessionid=60745409&skin=hudoc-en>

(57) Parags. 87: «The Court considers that a State practice such as the GDR's border-policing policy, which flagrantly infringes human rights and above all the right to life, the supreme value in the international hierarchy of human rights, cannot be covered by the protection of Article 7 § 1 of the Convention. That practice, which emptied of its substance the legislation on which it was supposed to be based, and which was imposed on all organs of the GDR, including its judicial bodies, cannot be described as "law" within the meaning of Article 7 of the Convention

88. The Court, accordingly, takes the view that the applicants, who, as leaders of the GDR, had created the appearance of legality emanating from the GDR's legal system but then implemented or continued a practice which flagrantly disregarded the very principles of that system, cannot plead the protection of Article 7 § 1 of the Convention. To reason otherwise would run counter to the object and purpose of that provision, which is to ensure that no one is subjected to arbitrary prosecution, conviction or punishment.

89. Having regard to all of the above considerations, the Court holds that at the time when they were committed the applicants' acts constituted offences defined with sufficient accessibility and foreseeability in GDR law.»

(58) Parágrafo 108.

dad (59), sino que se solucionaron en mi opinión sobre la base de un problema central distinto. No se trataba tampoco de negar validez a un derecho que al menos formalmente lo era, sino precisamente de dilucidar si una práctica estatal y judicial podía considerarse derecho. Y el Tribunal llega a la conclusión de que no. Una práctica que contradice abiertamente la regulación escrita, tanto interna como internacional aplicable, no puede considerarse derecho sino solo violación del derecho. Y por ello las expectativas que los acusados se hubieran creado al seguir aquella práctica no son expectativas protegidas por el artículo 7 del CEDH, que solo protege las expectativas generadas por auténtico derecho. El problema, en definitiva, estimo que no se solucionó en el TEDH negando validez material a un derecho formal sino negando ya que existiera ese derecho ni siquiera en sentido formal.

En mi opinión estas diferencias sutiles de argumentación, que muchos autores pasan por alto, reproducen las dos vías de solución que la propia doctrina alemana esgrimió tras la Segunda Guerra Mundial para negar validez a las aparentes causas de justificación que hubieran podido amparar los crímenes nazis. Y es que entonces, como ahora, los principales problemas no estaban en el plano de la tipicidad, sino en el de la justificación. Y también entonces una parte de la doctrina negó la validez formal del Derecho que justificaría aquellos actos atendiendo al propio sistema de fuentes del Derecho del Tercer Reich (60). Mientras que otros autores realizaban una crítica material

---

(59) Como tales los trata en cambio Susana HUERTA TOCILDO, ob. cit, p. 467. No se trata por tanto de que el principio de legalidad se pueda obviar en los casos «más graves» de normativa penal injusta, como defiende Huerta, sino de que aquí no se admitió la existencia de normativa penal en una práctica que en realidad era violatoria del derecho vigente. También Cian C. MURPHY, ob. cit, pp. 195 y ss, insiste en que en estas decisiones se contradice la tradicional posición de la Corte de que la ley se completa y concreta con la aplicación jurisprudencial de la misma y señala que aquí el tribunal parece querer definir la ley basándose en el contenido moral de la misma. Sin embargo en mi opinión el Tribunal no abandona el aspecto formal en su argumentación, pues lo que priva a esta jurisprudencia de su capacidad para integrar la ley es su carácter de abiertamente contraria a dicha ley.

(60) Así se niega el carácter de ley de la orden secreta del Führer en cumplimiento de la cual se dio muerte a cerca de 100.000 enfermos mentales, o de la que presuntamente habría ordenado el asesinato de los judíos. Véase Hans Joachim HIRSCH, *Rechtsstaatliches Strafrecht und staatlich gesteuertes Unrecht*, Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge/Geisteswissenschaften, G 342, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1996, p. 7; Hans WELZEL, «Gesetzmäßige Judentötungen?», en NJW, 1964, Heft 12, pp. 521 ss.; en contra de la negación de su carácter de Derecho véase la argumentación de Gunter JAKOBS, «Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? Zur Leistungsfähigkeit des Strafrechts nach einem politischen Umbruch», en Battis/ Jakobs/ Jesse, *Vergangenheitsbewältigung durch Recht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1992, pp. 44 ss. Concluye este autor que

de base iusnaturalista basada en la doctrina de Radbruch del injusto legal (gesetzliches Unrecht) y el Derecho supralegal (übergesetzliches Recht) (61).

Ninguna de las dos vías está exenta de problemas, pero estimo que la primera es más acorde con la idea de garantizar la seguridad jurídica (62), al menos en casos claros de prácticas o disposiciones presuntamente legales abiertamente contrarias a normas de rango superior, en especial la Constitución y los tratados internacionales vigentes para un determinado Estado. Puesto que tal derecho de rango superior es previsible para el sujeto, éste no puede ampararse en la previsibilidad de otro supuesto derecho abiertamente contrario al anterior, y es por aquí por donde camina la argumentación del TEDH en los casos comentados. En contra Scoletta (63) rechaza esta argumentación por considerar que corre el peligro de colisionar con la ratio liberal del principio de legalidad y propone en cambio seguir el criterio de que «una norma nacional carece de suficiente base legal –y no sería relevante como *law* en relación al juicio de responsabilidad penal– sólo en la medida en que suponga una violación objetiva y absolutamente evidente de los derechos humanos reconocidos en el Ordenamiento jurídico europeo (64); en todos los demás casos, el reconocimiento (posterior) de la ilegitimidad de la norma, por violación de una fuente de rango jerárquicamente superior, no podría justificar su inaplicación». Para mí esta argumentación plantea dos problemas: el primero es que en los casos de supuesta justificación la violación de derechos humanos pocas veces es objetiva y absolutamente evidente, sino que por el contrario, como demuestra la experiencia, suele dar lugar a una larga discusión sobre el contenido y los límites de la justificación, por lo que es precisamente esta solución la que compromete seriamente la seguridad

---

para juzgar conforme al Derecho alemán la violencia del nacionalsocialismo habría que suspender la prohibición constitucional de irretroactividad de la ley penal –p. 48–.

(61) Sin embargo, el propio Gustav RADBRUCH reconocía las limitaciones de su teoría para solucionar el problema véase Gustav RADBRUCH, «Zur Diskussion über die Verbrechen gegen die Menschlichkeit», en *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1947, p. 133. Sobre la discusión tras la Segunda Guerra Mundial y las dos vías de solución Stefan ZIMMERMANN, «Die Strafrechtliche «Bewältigung» der deutschen Diktaturen», en *JuS*, 1996, Heft 10, p. 866.

(62) Kai AMBOS, ob. cit., 1999, p. 17, opina también que la fórmula de Radbruch, al implicar un renacimiento del Derecho natural entra en conflicto con el mandato de certeza del principio de legalidad.

(63) Ob. cit., p. 259 ss.

(64) En sentido similar Susana HUERTA TOCILDO, ob. cit, p. 467.



jurídica (65). La segunda es que un derecho formalmente nulo ya desde las reglas del propio ordenamiento jurídico del que pretende formar parte no puede en mi opinión generar expectativas legítimas o atendibles (66).

La segunda vía, la de declarar como no derecho por su ilegitimidad material una norma nacional «formalmente válida» que pretende justificar un hecho delictivo, debe quedar en mi opinión como un último recurso ante violaciones flagrantes de los derechos humanos en las que según el sistema de fuentes interno no quepa argumentar ya una invalidez formal, lo que hoy por hoy sucederá en poquísimos casos, al contar las principales normas del derecho penal internacional y de los derechos humanos con la condición de normas generales de *ius cogens*.

En el caso *Korbely v. Hungría* (67) los tribunales húngaros condenaron a un oficial por los homicidios de civiles cometidos durante la Revolución húngara de 1956 como crímenes contra la humanidad en aplicación del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949. En este caso el TEDH analizó la previsibilidad del castigo en el derecho internacional vigente en la época en que se cometieron los hechos. El Tribunal concluye en su sentencia de 19 septiembre 2008, «que no ha sido demostrado que fuera previsible que los actos cometidos por el demandante, constituyeran crímenes contra la humanidad según el derecho internacional. Por lo tanto, se ha producido una violación del artículo 7 de la Convención» (68). En realidad, como se explicará infra, el caso aquí se solucionó mas bien por la vía de negar una correcta interpretación por parte de los tribunales húngaros de las normas que en el derecho internacional de 1956 regulaban los crímenes contra la humanidad. El tribunal reprocha a Hungría que no se molestó en analizar los elementos del crimen contra la humanidad en el derecho aplicable en la época ni tampoco comprobó adecuadamente si la conducta del acusado encajaba en dichos elementos. Tampoco en este

---

(65) Sobre los límites de la fórmula de Radbruch y las objeciones que suscita la aplicación de la misma por el BGH en los casos de los disparos en el muro véase Kai AMBOS, «Acerca de la antijuridicidad de los disparos en el muro» Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 16 ss.

(66) Como el propio Scoletta reconoce «en un sistema jurídico basado sobre la «legalidad formal» (como el ordenamiento europeo), una norma –de derecho interno o internacional– es previsible y eficaz precisamente en la medida de su legitimidad «formal» puesto que sobre el derecho formalmente válido se proyecta la confianza de los ciudadanos.

(67) *Korbely v. Hungary* 9174/02 Court (Grand Chamber) Judgment (Merits and Just Satisfaction) 19 september 2008

(68) Parág. 62.

caso acudió el TEDH a la excepción del artículo 7.2, pues en su opinión los actos cometidos por el demandante no eran constitutivos de crimen contra la humanidad (69).

En el caso *Kononov v. Letonia* (70) el TEDH examinó la condena por crímenes de guerra impuesta por los tribunales de Letonia a un partisano que había luchado contra los nazis en la Segunda Guerra Mundial, por asesinar a civiles acusados de colaboracionismo y traición. Se trató aquí de un auténtico caso de aplicación retroactiva de una ley penal letona de 1993 a hechos cometidos en 1944. Sin embargo al TEDH afirma que la condena se basó en el derecho internacional y no en el interno (71). Para ello esgrimió las normas sobre el derecho de la guerra existentes al tiempo de comisión de los hechos, y pretendió obviar la falta de previsión de una sanción en los textos mencionados argumentado sin más que el tribunal interno podía suplir esa carencia fijando la pena con base en el derecho interno (72). Esta forma de actuar deja sin resolver el hecho de que la pena impuesta lo es retroactivamente o se trata de la asignada a un delito distinto, y que como tal podía haber prescrito. Por ello considero que es un verdadero caso de aplicación del artículo 7.2. El Tribunal en cambio concluye que los Estados tienen permitido, en aplicación del derecho internacional, castigar los crímenes de guerra cometidos durante la Segunda Guerra Mundial (73). Y respecto de la cuestión de la prescripción de los hechos según el cp vigente en la época, el tribunal tras constatar que la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra fue introducida en la legislación nacional en 1993, afirma que al no ser aplicable el cp

---

(69) En este caso el tribunal húngaro centraba la acusación en la muerte de una persona, que por ir armada no podía ser considerada en opinión del TEDH como población civil, ni siquiera como persona fuera de combate, sino como combatiente. Crítica con la interpretación del TEDH se muestra Sonja GROVER, *The European Court of Human Rights as a Pathway to Impunity for International Crimes*, 2010, pp. 244 ss.

(70) *Kononov v. Latvia*, 36376/04, Judgment (Merits and Just Satisfaction) 17 May 2010

(71) Parag. 196

(72) 212. «Finally, where international law did not provide for a sanction for war crimes with sufficient clarity, a domestic tribunal could, having found an accused guilty, fix the punishment on the basis of domestic criminal law». Pero el problema no era que la pena no estuviera fijada con claridad, sino que el hecho ni tan siquiera se declaraba punible en Derecho internacional.

(73) 213. «Accordingly, the Court considers that by May 1944 war crimes were defined as acts contrary to the laws and customs of war and that international law had defined the basic principles underlying, and an extensive range of acts constituting, those crimes. States were at least permitted (if not required) to take steps to punish individuals for such crimes, including on the basis of command responsibility. Consequently, during and after the Second World War, international and national tribunals prosecuted soldiers for war crimes committed during the Second World War».

de 1926 por no contener crímenes de guerra, los plazos de prescripción establecidos en aquel código tampoco lo fueron. La condena, se basó en opinión del TEDH en el derecho internacional (74). (que no establecía penas, pero tampoco la mera indicación de la criminalidad de los hechos directamente en dicho ordenamiento). Reconoce el Tribunal que el derecho internacional de la época nada decía de la prescripción de los crímenes de guerra (lo cual resulta lógico por otra parte, dado que nada decía tampoco de su consideración como delitos, ni de sus penas) (75). Y concluye afirmando que como los plazos de prescripción internos no son aplicables al no serlo en conjunto el CP, y en derecho internacional no se establece ningún plazo de prescripción, los hechos son imprescriptibles. La argumentación es cuando menos sorprendente pues, lo primero que resulta cuestionable es que se haya aplicado el derecho internacional (los tribunales nacionales aplicaron en realidad la nueva ley letona), pero mas sorprendente todavía es la conclusión alcanzada, pues el mismo modo de razonar: «si el plazo de prescripción no estaba previsto en el derecho internacional los delitos son imprescriptibles», podría haber llevado al tribunal a resolver que «si las penas no están previstas en el derecho internacional de la época (o al menos, si las conductas no se declaraban criminales en dicho ordenamiento), los delitos no son punibles con base en el mismo». Señala Kai Ambos (76), que en cuanto al cumplimiento de la exigencia de legalidad de la pena en Derecho penal internacional, un enfoque minimalista prescindiría de la exigencia de pena considerando suficiente la mera indicación de la criminalidad de la conducta. En el caso comentado esta criminalización no se había establecido todavía en el Derecho internacional de la época, por lo que la conducta solo era punible en el derecho interno, como delito común y con la pena ahí señalada. El sustituir la pena previsible y su prescripción por una pena no prevista debió tratarse por tanto como una excepción al principio de legalidad.

Por ello toda la argumentación del TEDH en este caso es en mi opinión inasumible. Pues además, y aunque algunos autores, como he mencionado se conformen en relación con el Derecho penal internacional con la mera declaración de la criminalidad de la conducta (que

---

(74) Parags. 230 ss.

(75) El tribunal recoge como derecho aplicable en el que supuestamente quiere fundamentar la punibilidad de los hechos una serie de tratados sobre el derecho de la guerra que no declaraban las conductas punibles, junto con diversas leyes nacionales no aplicables al caso, propuestas e intentos fallidos anteriores a la segunda guerra mundial, las declaraciones de los aliados durante la guerra, etc.

(76) Kai AMBOS, ob. cit., 2009, p. 39, comentando también otras posturas con ulteriores citas.

tampoco concurría en el caso), en mi opinión el principio *nulla poena sine lege praevia*, significa hoy en derecho comparado y en derecho internacional mucho más que la declaración de la punibilidad de un conducta, significa, como con razón señala Shahram Dana (77), incluso más que la prohibición de la retroactividad de una pena más severa (78), ya que incluye la exigencia de determinación (79) y por tanto si se quieren obviar estos requisitos debe admitirse que se está exceptuando el principio. También un derecho penal internacional debe tender a cumplir este principio (80). Se puede admitir en mi opinión que basta para crímenes de tal gravedad, y que ofrecen tan diversas posibilidades de participación, con la previsibilidad de un marco penal muy amplio, como por ej. aquel que sólo establece la pena máxima de prisión perpetua, como sucede en el Estatuto de Roma o en Reglas de procedimiento y prueba del TPIY, pero aún con todo sería preferible que unas reglas de medición de la pena limitaran el amplísimo arbitrio judicial para cumplir mejor con el principio de legalidad de las penas. Es preciso recordar aquí que el TEDH ha afirmado una violación del artículo 7 en supuestos en los que el contorno de la pena no podía distinguirse claramente de la regulación de su forma de ejecución, con lo que no quedaba clara la duración de la pena en el derecho vigente en el momento de comisión del delito (81).

---

(77) Shahram DANA, «Beyond Retroactivity to Realizing Justice: A Theory on the Principle of Legality in International Criminal Law Sentencing», *The Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol. 99, n.º 4, p. 54., accesible en [http://works.bepress.com/shahram\\_dana/1](http://works.bepress.com/shahram_dana/1).

(78) De la misma opinión Alessandro BERNARDI, ob. cit. apartado 3, que apoya en el término «igualmente» utilizado por el precepto («Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave...») la idea de que el mismo principio de legalidad regulado en el primer párrafo para el delito se quiere extender en el segundo para las penas.

(79) En contra Kai AMBOS, «Nulla poena sine lege en Derecho penal internacional» en *Revista de Ciencias Penales* de Costa Rica, n.º 26, 2009, p. 36 ss.

(80) De la misma opinión, de lege ferenda, Kai AMBOS, ob. cit. 2009, p. 42.

(81) El Tribunal y la Comisión vienen distinguiendo entre la definición de la pena y su forma de ejecución, excluyendo este último ámbito de la protección del principio de legalidad, lo que parece censurable, (véase el caso *Hogben v. Reino Unido*, decisión de 03/03/1986. Sin embargo es muy interesante mencionar aquí la STEDH de 12/02/2008, *Kafkaris v. Chipre*. Se trataba de un caso en el que al tiempo de ejecución del delito la pena de cadena perpetua señalada para el mismo tenía una duración, según las reglas de ejecución de la misma de 20 años, y que posteriormente se modifica para convertirla en una auténtica prisión de por vida. El tribunal en este caso afirmó: par. 150: «The Court considers, therefore, that there is no element of retrospective imposition of a heavier penalty involved in the present case but rather a question of “quality of law”. In particular, the Court finds that at the time the applicant committed the offence, the relevant Cypriot law taken as a whole was not formulated with sufficient precision as to enable the applicant to discern, even with

La clase y duración de la pena debe al menos ser previsible para respetar el principio de legalidad europeo (82).

Por ello una alteración tan significativa de la tradicional comprensión del principio de legalidad de la pena como la que hace el tribunal en el caso Kononov debería haberle llevado a apelar a la excepción del artículo 7.2. En cambio el TEDH concluyó que no hubo violación del artículo 7.1 y no era necesario examinar la aplicación del artículo 7.2. La conclusión es que el TEDH está aplicando en los casos de crímenes internacionales un derecho excepcional (reglas diferentes de interpretación del principio de legalidad) sin reconocerlo y sin querer aludir expresamente a la excepción del artículo 7.2.

Sí pueden considerarse en cambio una aplicación directa del artículo 7.2 la decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de inadmisión a trámite de la queja de infracción del principio de legalidad en los casos Becker v. Bélgica (83) y Touvier v. Francia (84). La Comisión argumentó en este último: que el demandante fue condenado a cadena perpetua por complicidad en crímenes contra la humanidad y que el delito de crímenes contra la humanidad y su imprescriptibilidad fueron incluidos en el Estatuto del Tribunal Internacional de Nuremberg anexo del acuerdo del 8 de agosto Interaliado de 1945. La Comisión considera en este caso además que no es necesario pronunciarse sobre si los hechos reprochados al demandante podían recibir tal calificación cuando se cometieron. Y recuerda que, «de los trabajos preparatorios de la Convención resulta que el párrafo 2 del artículo 7 (art. 7.2) tiene como fin precisar que este artículo no afectará a las leyes que en las circunstancias muy excepcionales en que se que se produjeron, a raíz de la Segunda Guerra Mundial, se han aprobado para reprimir crímenes de guerra y actos de traición y colaboración con el enemigo y no contiene ninguna condena legal o moral

---

appropriate advice, to a degree that was reasonable in the circumstances, the scope of the penalty of life imprisonment and the manner of its execution. Accordingly, there has been a violation of Article 7 of the Convention in this respect».

(82) Alessandro BERNARDI, ob. cit. apartado 3.3, Jon LANDA y Enara GARRO, ob. cit., p. 290-291.

(83) Becker v. Bélgica, 214/56, Commission (Plénière), Decisión de 9 de junio de 1958. En este caso se había condenado a un periodista por actos de colaboracionismo con los nazis cometidos en 1940, como por ej realizar propaganda contra la resistencia belga, incitar a luchar contra los belgas o sus aliados, etc. Críticos con la sentencia, argumentando que es dudoso que todos los delitos de colaboracionismo a los que se ha aplicado el artículo 7.2 estén realmente cubiertos por la dicción literal del mismo, JACOBS Y WHITE, *The European Convention on Human Rights*, 2.<sup>a</sup> ed. Oxford, 1996, p. 169, y en el mismo sentido Jon LANDA y Enara GARRO, ob. cit. p. 283.

(84) Touvier v. Francia, 29420/95, Commission (Plenary), Decisión de 13 de enero de 1997

de estas leyes (cf. n.º 268/57, diciembre de 20/07/1957, Ann. Conv., vol. 1, p. 241). Considera además que este razonamiento se aplica también a los delitos contra la humanidad».

La misma argumentación fue seguida después en la decisión del Tribunal de inadmisión a trámite de la parte de la demanda de Papon v. Francia (85) que alegaba infracción del principio de legalidad: «El Tribunal recuerda que el párrafo 2 del citado artículo 7 establece expresamente que el artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona para «cualquier acto u omisión que en el momento de cometerse, fuese criminal de acuerdo con los Principios Generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas. Este es el caso de los crímenes contra la humanidad, respecto de los cuales la regla de la imprescriptibilidad fue establecida por el Estatuto del Tribunal Internacional Nuremberg anejo al Acuerdo interaliado, de 8 de agosto de 1945 y por una ley francesa del 26 de diciembre 1964, que se refiere expresamente a tal acuerdo cuando prevé que la persecución de de los crímenes contra la humanidad no prescribe».

Y la misma argumentación encontramos en la decisión de inadmisión del caso Kolk y Kislyiy v. Estonia (86), en el que los demandantes habían sido condenados por la comisión en 1949 de crímenes contra la humanidad en aplicación de preceptos introducidos en la legislación estonia en 1994 y 2002, que declaraban perseguibles los crímenes contra la humanidad con independencia del momento de su comisión. El Tribunal de apelación estonio había resuelto el caso mencionando el artículo 7.2 del CEDH y considerado que los hechos constituían crímenes contra la humanidad según el Estatuto del Tribunal de Nuremberg (87). El TEDH en su decisión: «reitera, que el artículo 7.2 del Convenio dispone expresamente que este artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Esto es verdad respecto de los crímenes contra la humanidad, para los que la regla de que no estaban sujetos a limitación de tiempo fue establecida por el Estatuto del Tribunal Internacio-

---

(85) Decisión de 15 de noviembre de 2001, fundamento jurídico 5. La tan citada Resolución en el caso Papon v. Francia de 25 Julio 2002, no se refiere en ningún momento ni al principio de legalidad, ni a la retroactividad, ni a la imprescriptibilidad, ni al contenido del crimen contra la humanidad, sino solo y exclusivamente al derecho a la duración razonable del proceso y al derecho de apelación.

(86) Decisión de 17 de enero de 2006, y traducida al español en <http://www.derechos.org/nizkor/impu/kolkesp.html>

(87) Todos los antecedentes y el derecho aplicado pueden leerse en la decisión del tribunal mencionada en la nota anterior

nal de Nuremberg». Esta decisión es importante por la mención que se hace al artículo 7.2 del Convenio por primera vez fuera del contexto de los crímenes nazis de la Segunda Guerra Mundial. En todos los casos que hemos visto anteriormente no referidos a la Segunda Guerra Mundial el tribunal había obviado aplicar al párrafo 2 del artículo 7 intentando argumentar la no vulneración del primer párrafo.

#### 4. LA RELACIÓN ENTRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEBILITADO DEL ARTÍCULO 7 CEDH Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD FUERTE DE LAS LEGISLACIONES INTERNAS

La exigencia de garantías añadidas que suponen un reforzamiento de la protección de determinados Derechos humanos en las legislaciones internas, en relación con una regulación menos protectora en los textos internacionales no supone en ningún caso un incumplimiento del Derecho internacional por las normas internas (88), sino todo lo contrario, un reforzamiento y mejora de las mismas. Por ello, ante dos normas igualmente vinculantes, una de derecho interno y otra de derecho internacional, que diseñan la protección debida a un determinado derecho humano, debe prevalecer para el sujeto obligado por ambas aquella que ofrezca mayor protección al derecho fundamental.

Así lo ordena el propio convenio, en la cláusula de salvaguarda del artículo 53:

«Ninguna de las disposiciones del presente Convenio se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte.»

Además, como señala Susana Huerta Tocildo (89), la propia exigencia de previsibilidad y accesibilidad que el TEDH extrae del artículo 7 impone que en aquellos países en que el sistema legal interno prevé mayores exigencias y garantías en el principio de legalidad penal, como por ej. la reserva absoluta de Ley, las mismas sean cumplidas para poder afirmar que el sujeto pudo prever la condena (90).

(88) En el mismo sentido Susana HUERTA TOCILDO, ob. cit. p. 461

(89) Ob. cit., p. 462

(90) En opinión de la autora citada el artículo 25.1 CE desplaza al artículo 7 CDEDH que actuaría como norma de protección de naturaleza subsidiaria al ser sus exigencias menos rigurosas. Y añade, p. 463: «este principio de legalidad penal

En mi opinión esta conclusión es aplicable a ambos números del artículo 7 y resulta obvia si nos fijamos en que la misma relación puede establecerse entre las prescripciones que regulan otros derechos: así sería absurdo afirmar que la permisón de la pena de muerte contenida en el artículo 2 CEDH prevalece frente a su prohibición en el artículo 15 de la Constitución española. Igual de absurdo es afirmar que la permisón de la costumbre, la jurisprudencia o los principios generales del derecho en la tipificación de delitos y de penas prevalece frente a la reserva absoluta de ley recogida en el artículo 25 CE. Si la segunda frase del n.º 1 del artículo 2 del CEDH no obliga a los Estados parte a instaurar la pena de muerte, lo cual resulta evidente, el artículo 7.1 tampoco les obliga a castigar en aplicación de costumbres internacionales, ni el 7.2 en aplicación de «principios generales del derecho» –lo que debería resultar igual de evidente– (91).

Lo dicho significa que, como sostiene la opinión mayoritaria, aunque el artículo 7 CEDH autoriza a los jueces nacionales a castigar un hecho que constituye delito según el derecho internacional, a pesar de que no esté previsto en el derecho interno –lo que luego será posible o no según las condiciones que imponga el propio derecho interno–, en el sentido de que ello no se entenderá como una infracción de la Convención, dicho artículo no obliga, ni en su párrafo primero ni en el segundo, a los Estados miembros a castigar aplicando directamente una norma de derecho internacional o los principios generales del derecho (92). Los antecedentes del precepto apoyan además esta con-

---

européo, en cierto sentido «descafeinado» por la eliminación de la garantía que comporta la exigencia de reserva absoluta de ley en sentido formal solo puede entenderse como un standar mínimo de garantías destinado a dar cobertura a las regulaciones penales que son propias de países que han acogido el sistema del *common law*, pero no como una alternativa sustitutoria del contenido esencial tradicionalmente atribuido al indicado principio. De manera que ha de concluirse que dicho standard mínimo no se opone ni prevalece frente al más riguroso adoptado por aquellos ordenamientos que, como el nuestro, han dado reconocimiento legal y constitucional al indicado principio en toda su extensión, esto es, sin hurtarle ninguno de sus componentes esenciales».

(91) Estimo por ello que no es correcta la afirmación de Joan GARCÉS, «Los crímenes de lesa humanidad en España ante el tribunal Supremo», en Josep M.<sup>a</sup> Tamarit (Coord.), *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Atelier, 2010, p. 176, de que en nuestro país determinadas actuaciones del Fiscal o de la AN asumen como premisa lógica la no aplicación en el caso de España del párrafo 2 del artículo 15 del PIDCP. Solo podríamos afirmar que se está inaplicando el pacto si éste *obligara* a los Estados a exceptuar el principio de legalidad, lo que no ocurre, como hemos dicho.

(92) Véase Alessandro BERNARDI, ob. cit. apartados 3.2, 4.2 y 6.3, con ulteriores citas doctrinales en el mismo sentido. En sentido similar se ha manifestado el TS peruano respecto de la excepción paralela establecida en el artículo 15.2 del PIDCP, al afirmar en la Sentencia del pleno jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú



clusión si recordamos la constancia en acta a petición de Suecia, a la que hicimos referencia más arriba, de que la Convención no obligaba a los Estados a aplicar una norma internacional no incorporada a su legislación interna (93). Y no cabe argumentar en contra que la cos-

---

del 21 de marzo de 2011 (proceso de inconstitucionalidad): marg 51. «A tal efecto, el Tribunal recuerda la obligación de los jueces penales de observar las garantías que conforman el principio-derecho de legalidad penal y, en particular, el que se deriva del sub-principio de *lex stricta*, que exige una interpretación que respete el contenido riguroso de la ley penal y, por tanto, prohíbe la analogía *in malam partem*» y marg. 54. «... por ejemplo, el artículo 15.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece lo siguiente:

“1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional” (subrayado agregado).

Como se aprecia, el precepto alude claramente a la posibilidad de procesar y condenar penalmente por la comisión de un acto, a pesar de no encontrarse previamente prohibido y penado por el Derecho escrito, siempre que tal acto resulte delictivo “según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”.

Desde luego, podría considerarse que esta previsión sitúa la temática en el meollo de un conflicto límite entre un pretendido Derecho natural y el Derecho positivo, en cuyo análisis, afortunadamente, en este caso, este Tribunal no tiene por qué ingresar.

55. En todo caso, conviene enfatizar que el artículo 2.º, inciso 24, literal d), de la Constitución, establece que “[n]adie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”. En similares términos, el artículo 9.º de la Convención Americana de Derechos Humanos, dispone que “[n]adie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”. Nuestros jueces penales –a diferencia de lo ocurrido en otras latitudes (vg. Sentencia de la Corte Suprema Federal de Alemania del 26 de junio de 1994 - 5 StR 98/94, y Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán - BVerfGE 95, 96)– nunca han encontrado motivos para relativizar la aplicación de esta regla esencial del Estado Constitucional.»

[Sin embargo el tribunal paradójicamente, después de esta excelente defensa del principio de legalidad penal excluye del ámbito de dicho derecho la cuestión de la imprescriptibilidad (marg. 54).]

(93) DH (57) 6, p. 7 CDH (70) 10, p. 9. En el mismo sentido se pronuncia Marco SCOLETTA, ob. cit. p. 256, para quien «esta dilatación del concepto de “ley” (penal) no comporta, obviamente, un vaciamiento de la garantía de “reserva de ley” en las formas específicas previstas por los distintos Ordenamientos jurídicos naciona-

tumbre internacional con carácter de *ius cogens* forma parte del ordenamiento interno, pues el problema aquí sigue siendo, aparte de la falta de taxatividad de la costumbre en el momento de comisión de los hechos, la indeterminación de la pena, lo que convierte a dicha costumbre, al ser *non self executing*, en inaplicable por sí sola, sin transposición en una ley interna que la concrete y la complete (94).

La excepción al principio de legalidad del artículo 7.2 solo marca por tanto los límites al derecho fundamental en el ámbito de protección del CEDH, debilitando aún más un principio de legalidad que como vimos dista mucho del regulado en la mayoría de las Constituciones nacionales. Y ello significa que el sujeto condenado en el ámbito de esa excepción no podrá recurrir lógicamente a la protección del TEDH pues el Convenio no se la otorga, pero no significa de ninguna manera que no pueda tener una protección mayor en los ordenamientos internos y que no pueda solicitar el amparo de los tribunales nacionales que deben velar por la protección de su derecho (95).

## 5. CONCLUSIONES

1. La regulación prevista en el n.º 2 del artículo 7 del CEDH supone una autentica excepción al principio de legalidad para crímenes internacionales, y como tal es criticable pues:

a) la exceptuación de garantías fundamentales del Derecho penal para determinados tipos de delitos o de delincuentes conduce a un indeseable derecho penal del enemigo y

b) si bien tal excepción pudo tener su sentido en una época pasada en que el derecho penal internacional no estaba preparado para afrontar de otra manera una realidad tan atroz que no podía quedar sin respuesta, la perpetuación de tal excepción carece de sentido más de 60 años después cuando:

i) la pena por los hechos cometidos en aquella época carece ya de efecto preventivo especial y general y

---

les –cuya violación *siempre* podrá hacerse valer ante los tribunales estatales competentes–, sino que define únicamente los presupuestos del significado “europeo” del principio de legalidad de las normas penales».

(94) Alicia GIL GIL «The Flaws of the Scilingo Judgment» en *Journal of International Criminal Justice* 3,2005, pp. 4 ss.

(95) Se equivoca en mi opinión Joan GARCÉS, ob. cit. p. 178, cuando reclama que nuestros jueces y fiscales deben aplicar el principio de legalidad según éste se regula en el artículo 7.2 CEDH y no conforme su regulación en la Constitución española.

ii) el nuevo Derecho penal internacional camina en sentido contrario: hacia la consagración y respeto del principio de legalidad.

2. El TEDH muestra una notable reticencia a aplicar en sus decisiones la excepción del artículo 7.2 fuera de los casos relativos a la criminalidad nazi (con excepción del caso *Kolk y Kislyiy v. Estonia*). Por lo contrario, por lo general prefiere la vía de negar directamente la infracción del artículo 7.1, sin recurrir a la excepción, aunque para ello tenga que variar su jurisprudencia sobre el principio de legalidad de las penas, obviar, en ocasiones, el examen de los contornos del crimen en concreto en el derecho internacional de la época, o afirmar la existencia de una regulación legal en realidad inexistente en el momento de comisión de los hechos. La consecuencia es una jurisprudencia deficiente, caracterizada por las contradicciones, la falta de base teórica y de claridad en los principios aplicados, la búsqueda de soluciones prácticas y la preferencia por «hacer justicia» antes que por afirmar la violación de derechos (96).

3. La regulación del artículo 7 CEDH, no obligaba a los Estados, ni en su punto 1 ni en el 2, a aplicar una norma internacional no incorporada a su legislación interna o a disminuir la protección interna al principio de legalidad. De manera que se puede concluir que la exigencia de garantías añadidas que suponen un reforzamiento de la protección del principio de legalidad en las legislaciones nacionales, en relación con una regulación menos protectora del CEDH no supone en ningún caso un incumplimiento del Derecho internacional por los Estados.

---

(96) Cian C. MURPHY, ob. cit, pp. 207 ss., quien denuncia incluso falta de objetividad contaminando con frecuencia el tribunal el juicio sobre la legalidad con aspectos morales relativos al delito cometido por el reclamante



# El marco legal de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial en el Derecho español, europeo e internacional (1)

POR MANUEL JESÚS DOLZ LAGO

Fiscal del Tribunal Supremo

*«Que otros se jacten de las páginas que han escrito; a mí me enorgullecen las que he leído»  
(J. L. Borges)*

## RESUMEN

*En este trabajo se estudia el marco extrapenal de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, tanto desde el plano internacional y comunitario europeo como nacional, y se realiza una sistematización legislativa concordada de la compleja normativa que regula la materia. Esta referencia es necesaria por la existencia de elementos normativos en los tipos penales que sancionan estas conductas. Además, se indican los criterios derivados de dicha normativa que influyen en la interpretación de los tipos penales, dada la internacionalización de la misma, para una adecuada aplicación del Derecho penal vigente en este campo.*

Palabras clave: *Delitos. Derecho internacional. Propiedad industrial. Propiedad intelectual.*

---

(1) Ponencia impartida el día 16 de septiembre de 2010 en el Curso «Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial», organizado por el Servicio de Formación Continuada del Consejo General del Poder Judicial, cuya publicación está autorizada por el Director del Centro de Documentación Judicial del CGPJ, al haber sido publicada en la web del CGPJ, dentro de la colección Cuadernos Digitales de Formación, con el título «Delitos contra la propiedad intelectual e industrial».

### ABSTRACT

*In this paper, the extra criminal framework of industrial and intellectual property crimes is studied, both in the international and communitarian European front as in the national. Also, a reconciled legislative systematization, concerning the complex regulation in the subject, is performed. This reference is necessary due to the existence of normative elements in criminal rules that punish this kind of attitudes. On the other hand, principles derived of those rules, that have an influence on criminal law interpretation, are showed, because of its internationalization, so as to the correct application of criminal law in this level.*

Keywords: *Crimes. Industrial property. Intellectual property. International law.*

SUMARIO: 1. Introducción: el marco jurídico extrapenal de la propiedad intelectual e industrial: la internacionalización de su protección y su función económica.–2. Nociones generales sobre la eficacia de la normativa internacional y comunitaria en relación con los delitos contra la propiedad intelectual e industrial.–3. Normativa internacional universal.–4. Normativa comunitaria europea.–5. Síntesis de la normativa nacional europea armonizada.–6. Criterios normativos internacionales y comunitarios en la interpretación de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial.–7. Conclusiones

## 1. INTRODUCCIÓN: EL MARCO JURÍDICO EXTRAPENAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL: LA INTERNACIONALIZACIÓN DE SU PROTECCIÓN Y SU FUNCIÓN ECONÓMICA (2)

El universo de la propiedad intelectual e industrial es como un inmenso iceberg, profundo e inestable, que se mueve lentamente a modo de los viejos galeones españoles del siglo XVI. Para su correcta aproximación, en este mundo global de internet, es inexcusable adver-

---

(2) Como se desarrolla *infra* en el epígrafe de normativa internacional, en materia de propiedad intelectual e industrial, el Convenio de 14 de julio 1967, ratificado por España el 12 de mayo de 1969 («BOE» núm. 26, de 30 de enero de 1974) estableció la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), como organismo especializado del sistema de organizaciones de las Naciones Unidas –web: <http://www.wipo.int/portal/index.html.es>–. Cfr. también, más específicamente en relación con la propiedad intelectual, el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas de 9 de septiembre de 1886 –última revisión en París el 24 de julio de 1971 e Instrumento de Ratificación el 2 de julio de 1973 –«BOE» núm. 81,

tir que las tendencias son tributarias de lo que vaya ocurriendo en el mundo anglosajón, dominado por los USA (3), el auténtico imperio actual, frente a nuestro viejo sistema continental europeo.

---

de 4 de abril de 1974 y núm. 260, de 30 de octubre de 1970, y en relación con la propiedad industrial, el Convenio de París de protección de la propiedad industrial se aprobó el 20 de marzo 1883, sufriendo numerosas revisiones, la última en Estocolmo el 14 de julio de 1967 («BOE» núm. 28, de 1 de febrero de 1974). La web de la OMPI ofrece completa información sobre todo lo relacionado con la propiedad intelectual e industrial, en especial, legislación internacional y de los Estados miembros de la organización en [http://www.wipo.int/clea/es/search.jsp?cntryorg\\_id=108&cat\\_id=&order=date](http://www.wipo.int/clea/es/search.jsp?cntryorg_id=108&cat_id=&order=date). Otros recursos informativos en la Red procedentes de organismos públicos oficiales son, en materia de Propiedad Intelectual, la página oficial de la Subdirección general de Propiedad Intelectual, Dirección General de Política e Industrias Culturales del Ministerio de Cultura, <http://www.mcu.es/propiedadInt/index.html>. En materia de Propiedad Industrial, la página oficial de la Oficina Española de Patentes y Marcas del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, que hace funciones de Registro de Propiedad Industrial, para lo que tiene una pestaña específica (BOPI), [http://www.oepm.es/cs/Satellite?c=Page&cid=1144260495042&classIdIoma=\\_es\\_es&idPage=1144260495042&pagename=OEPMSite%2FPage%2FtpIHome](http://www.oepm.es/cs/Satellite?c=Page&cid=1144260495042&classIdIoma=_es_es&idPage=1144260495042&pagename=OEPMSite%2FPage%2FtpIHome). Ambos organismos oficiales tienen sendas pestañas sobre la piratería con síntesis de legislación y planes de actuación diversos, noticias de prensa y demás documentación. También como una modalidad de la propiedad industrial, en materia de protección de obtenciones vegetales, la página web del Ministerio de Medio Ambiente y de Medio Rural y Marino, que contiene el Boletín del Registro Oficial de Variedades Protegidas, link [http://www.mapa.es/comunes/revistas/agricultura/rev\\_numero.asp?codrevista=RVP](http://www.mapa.es/comunes/revistas/agricultura/rev_numero.asp?codrevista=RVP). Además, puede consultarse las siguientes webs: la de la Sociedad de Artistas Intérpretes o Ejecutantes de España ([www.aie.es](http://www.aie.es)), la de AISGE, Artistas Intérpretes, Sociedad de Gestión entidad de gestión colectiva ([www.aisge.es](http://www.aisge.es)), la de DAMA, Derechos de Autor de Medios Audiovisuales entidad de gestión ([www.damautor.es](http://www.damautor.es)), la de CEDRO, Centro Español derechos Reprográficos ([www.cedro.org](http://www.cedro.org)), la de EGEDA, Entidad de Gestión derechos de los Productores Audiovisuales ([www.egeda.es](http://www.egeda.es)), la de Promusicae, Productores de Música Española ([www.promusicae.es](http://www.promusicae.es)), la de la SGAE, Sociedad General de Autores y Editores ([www.sgae.es](http://www.sgae.es)), la de VEGAP Visual, Entidad de Gestión de Artistas Plásticos ([www.vegap.es](http://www.vegap.es)). El portal oficial de la Unión Europea es <http://europa.eu/>. La Oficina Europea de Patentes tiene la web [www.epo.org](http://www.epo.org). En cuanto a la marca comunitaria, véase la web de la Oficina europea de Marcas, Dibujos y Modelos de la UE (OAMI) <http://oami.europa.eu/ows/rw/news/item1450.es.do>. También, la Universidad de Alicante, en cuya ciudad tiene su sede la OAMI, ofrece amplia información en <http://www.ua.es/es/servicios/juridico/propindust.htm>. Igualmente, desde el Consejo Superior de Cámaras, véase la web de la asociación empresarial Asociación Nacional para la Defensa de la Marca (ANEMA), <https://www.camaras.org/publicado/andema/andema.html>. Por otra parte, en la Red proliferan numerosas páginas sobre estas materias que dan publicidad de servicios privados de asesoramiento y de bufetes jurídicos especializados, en los que suele recogerse la normativa básica y resúmenes jurisprudenciales.

(3) El tratamiento jurídico de estas propiedades depende del los sistemas jurídicos (anglosajón o continental europeo), si bien domina el anglosajón, en el que destaca el copyright, que atiende más a los aspectos patrimoniales de la propiedad intelectual que a los morales, como ha acabado prevaleciendo. El derecho de autor

y copyright constituyen dos concepciones sobre la propiedad literaria y artística. El primero proviene de la familia del derecho continental, particularmente del derecho francés, mientras que el segundo procede del derecho anglosajón (o common law). El derecho de autor se basa en la idea de un derecho personal del autor, fundado en una forma de identidad entre el autor y su creación. El derecho moral está constituido como emanación de la persona del autor: reconoce que la obra es expresión de la persona del autor y así se le protege. La protección del copyright se limita estrictamente a la obra, sin considerar atributos morales del autor en relación con su obra, excepto la paternidad; no lo considera como un autor propiamente tal, pero tiene derechos que determinan las modalidades de utilización de una obra. Antecedentes históricos Aunque en la antigüedad es posible encontrar incipientes ideas acerca de un derecho sobre las obras intelectuales, no es hasta la aparición de la imprenta, que permitió la distribución y copia masiva de las obras, cuando surge la necesidad de proteger las obras no como objetos materiales, sino como fuentes de propiedad intelectual. Aunque formalmente se tiende a situar el nacimiento del derecho de autor y del copyright durante el siglo XVIII, en realidad se puede considerar que el primer autor en reclamar derechos de autor en el mundo occidental, mucho antes que el Estatuto de Anne de 1710 del Reino Unido o las disputas de 1662 en las que interfirió la Unión de las Coronas, fue Antonio de Nebrija, creador de la célebre *Grammatica* e impulsor de la imprenta en la Universidad de Salamanca a fines del siglo XV. Más tarde, en la Inglaterra del siglo XVIII los editores de obras (los libreros) argumentaban la existencia de un derecho a perpetuidad a controlar la copia de los libros que habían adquirido de los autores. Dicho derecho implicaba que nadie más podía imprimir copias de las obras sobre las cuales tuvieran el copyright. El Estatuto de la Reina Ana entró en vigencia en 1710. El Estatuto de la Reina Ana, aprobado por el parlamento inglés en 1710, fue la primera norma sobre copyright de la historia. Esta ley establecía que todas las obras publicadas recibirían un plazo de copyright de 14 años, renovable por una vez si el autor se mantenía con vida (o, sea, un máximo de 28 años de protección). Mientras que todas las obras publicadas antes de 1710 recibirían un plazo único de 21 años a contar de esa fecha. Sin embargo, el dominio público en el derecho anglosajón sólo nació en 1774, tras el caso *Donaldson contra Beckett* en que se discutió la existencia del copyright a perpetuidad (la Cámara de los Lores resolvió 22 votos a 11 en contra de esa idea). Estados Unidos incorporó los principios sentados en Inglaterra sobre el copyright. Así la Constitución de 1787, en el artículo I, sección 8, cláusula 8 (la cláusula del progreso) permite establecer en favor de los autores «derechos sobre la propiedad creativa» por tiempo limitado. En 1790, el Congreso de Estados Unidos promulgó la primera Copyright Act («Ley sobre copyright»), creando un sistema federal de copyright y protegiéndolo por un plazo de catorce años, renovable por igual término si el autor estaba vivo a su vencimiento (o sea, un máximo de 28 años de protección). Si no existía renovación, su obra pasaba al dominio público. Mientras en Estados Unidos, el copyright se convirtió en un derecho de propiedad comerciable, en Francia y Alemania se desarrolló el derecho de autor, bajo la idea de expresión única del autor. En esa línea, el filósofo alemán Kant decía que «una obra de arte no puede separarse de su autor». En Francia en 1777, Beaumarchais (autor de la comedia *El barbero de Sevilla*), fundó la primera organización para promover el reconocimiento de los derechos de los autores. Pero hubo que esperar al final de la Revolución francesa para que la Asamblea Nacional aprobara la primera *Loi du droit d'auteur* («Ley derecho de autor») en 1791.



En España, las propiedades intelectual e industrial tienen la singularidad de ser unos de los primeros objetos de protección jurídica en la época de la Codificación, a finales del siglo XIX, que es la época del liberalismo político e implantación del sistema económico capitalista (4). Al margen de discusiones doctrinales, lo

---

Evolución del copyright. En 1790, las obras protegidas por la Copyright Act de Estados Unidos eran sólo los «mapas, cartas de navegación y libros» (no cubría las obras musicales o de arquitectura). Este copyright otorgaba al autor el derecho exclusivo a publicar las obras, por lo que sólo se violaba tal derecho si reimprimía la obra sin el permiso de su titular. Además, este derecho no se extendía a las «obras derivadas» (era un derecho exclusivo sobre la obra en particular), por lo que no impedía las traducciones o adaptaciones de dicho texto. Con los años, el titular del copyright obtuvo el derecho exclusivo a controlar cualquier publicación de su obra. Sus derechos se extendieron, de la obra en particular, a cualquier obra derivada que pudiera surgir en base a la «obra original». Asimismo, el Congreso de Estados Unidos incrementó en 1831 el plazo inicial del copyright de 14 a 28 años (o sea, se llegó a un máximo de 42 años de protección) y en 1909 extendió el plazo de renovación de 14 a 28 años (obteniéndose un máximo de 56 años de protección). Y, a partir de los años 50, comenzó a extender los plazos existentes en forma habitual (1962, 1976 y 1998).

Símbolos. El símbolo © representa la reserva de los derechos de autor sobre una grabación; y es la abreviatura de la palabra «fonógrafo»; phonograph en inglés, o registro fonográfico. Este símbolo hace referencia al fonograma (master de audio) no a la obra musical en sí grabada; es muy común verlo impreso en las contraportadas de los discos. Por otro lado, el símbolo © sí hace referencia al derecho de autor (copyright) que protege obras intelectuales, como canciones, libros, obras dramáticas, obras cinematográficas y audiovisuales; dibujos, pinturas etc.

La protección del derecho de autor abarca únicamente la expresión de un contenido, pero no las ideas. Para su nacimiento no necesita de ninguna formalidad, es decir, no requiere de la inscripción en un registro o el depósito de copias, los derechos de autor nacen con la creación de la obra. Fuente: Voz Derechos de autor Wikipedia. En nuestro derecho, el copyright se concibe sólo como un símbolo o indicación de reserva derechos, según el art. 146 del TRLPI de 1996.

(4) Sobre la etapa liberal (en especial, para la legislación a que nos referimos, Restauración borbónica –1875/1931) hay una amplísima bibliografía histórica. En general, para las fuentes bibliográficas históricas, consúltese la *Revista del Centro de Estudios Históricos Internacionales*, que dirigió Vicens Vives, y el Índice Histórico español (IHE) de la Universidad de Barcelona, desde 1953, web Les publicacions de la Universitat de Barcelona, publicacions.ub.es. Una síntesis y referencia a esta bibliografía puede consultarse en ESDAILE, Charles, *La etapa liberal: 1808-1898*, Tomo 17 de la *Historia de España*, dirigida por John Lynch, Editorial Crítica, S.L., edición El País, 2007, pp. 472 a 478. También, el clásico de Raymon Carr, *España 1808-2008*, edición revisada y actualizada por Juan Pablo Fusi, Ariel Historia, 2009, 1.ª edición en 1969 en la Colección Horas de España, con un interesante ensayo bibliográfico, págs. 700 a 716, el Volumen XI sobre *La Restauración –De la Regencia a Alfonso XIII–* escrito por MONTERO, F. y TUSELL, J. de la *Historia de España* dirigida por HERNÁNDEZ ALIQUES, J., editorial Espasa, 1997, pp. 481 a 486 y el Volumen VI de la *Historia de España de Alfaguara* dirigida por ARTOLA, M, titulado *La burguesía conservadora (1874-*

bien cierto es que estas propiedades comprenden los derechos de autor (5).

La estrecha relación entre estas propiedades y el sistema económico se manifiesta hasta nuestros días, en los que la propiedad intelectual en la Unión Europea, que abarca también a nuestra propiedad industrial, se muestra como uno de los muchos elementos del Mercado Único, que se rige por los principios de libre competencia y libre circulación de mercancías, capital y trabajo o servicios, necesitado de armonización legislativa entre los países miembros de la Unión (6).

Se puede decir que su función económica, más que cualquier otra como la moral, es el factor predominante en la legislación y debe considerarse a la hora de la interpretación de las normas. De ahí, la exigencia de ánimo de lucro y perjuicio de tercero en el tipificación penal de las conductas lesivas de estos derechos, a partir del Código Penal de 1995, como se analizará posteriormente, lo que descarta la protec-

---

1931), por MARTÍNEZ CUADRADO, M, Alianza Universidad, 1.ª ed. de 1973, 7.ª ed. de 1981, pp. 552 a 583. Desde el punto de vista económico, es imprescindible la obra de VICENS VIVES, J. *Historia económica de España*, Vicens Universidad, 1.ª edición de 1958, 9.ª edición de 1972, pp. 561 a 676. Desde el punto de vista jurídico, véase TOMAS Y VALIENTE, F. *Manual de Historia del Derecho Español*, Tecnos, 1.ª ed. de 1979, 14.ª reimpression 2006, que corresponde a la 4.ª ed. de 1983, pp. 537 ss.

(5) Un sector doctrinal muy crítico con la actual regulación enfatiza sobre la diferencia entre el concepto derecho de autor y el de propiedad intelectual, defendiendo el primero frente al segundo (cfr. web Bufete Almeida [http://www.bufetalmeida.com/Carlos Sánchez Almeida](http://www.bufetalmeida.com/Carlos_Sánchez_Almeida)) en base a que la propiedad está reconocida en el art. 17 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 mientras que los derechos de autor lo están en el art. 27.2 del mismo texto, pero, con independencia de comprender el planteamiento, lo bien cierto es que en nuestro ordenamiento jurídico no existe protección de los derechos de autor al margen de la propiedad intelectual. Por otro lado, es necesario indicar que existe una fuerte corriente de opinión en contra de la propiedad intelectual, véase, entre otros muchos, el link <http://www.liberalismo.org/articulo/329/69/propiedad/intelectual/>, que publica el artículo de Stephan KINSELLA «Contra la propiedad intelectual», publicado en *Journal of Libertarian Studies*, Volumen 15, núm. 2 (Primavera 2001) y el artículo de Enrique PASQUEL, «Una visión crítica de la propiedad intelectual. Por qué eliminar las patentes, los derechos de autor y el subsidio estatal a la producción de información», publicado en *Revista de Economía y Derecho*, Vol. 1, Núm. 3 (Invierno 2004), que curiosamente resalta su propio copyright, enlace desde el link <http://es-es.facebook.com/pages/Copyright/106538642715961?v=wiki>

(6) Véase HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ DEL VALLE, M.ª I., «La propiedad intelectual y la CEE», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 112, de mayo de 1994, pp. 93 a 100. En la materia que estamos tratando, véase epígrafe de este trabajo sobre síntesis de la normativa nacional europea armonizada.

ción del derecho moral del autor si no tiene esta traducción patrimonial (7).

Volviendo a los aspectos históricos, para conocer de donde venimos, donde estamos y a donde vamos, en un estudio diacrónico de la materia, recordaremos que en plena Restauración borbónica, bajo el reinado de SM El Rey D. Alfonso XII y gobierno de D. Arsenio Martínez Campos (8), se dicta la primera Ley de Propiedad Intelectual que data de 10 de enero 1879 (9), antes incluso de la publicación de nuestro Código Civil, aprobado por el Real Decreto de 4 de julio 1889 (10), el cual ya disponía en su art. 10.4 la ley nacional e internacional como normas aplicables a estas propiedades, como veremos *infra*.

La propiedad industrial, como acto de comercio, tuvo su referente normativo en el Código de Comercio, aprobado por Real Decreto de 22 de agosto 1885 (11). El 16 de mayo de 1902 se dicta la primera Ley de Propiedad Industrial (12) y, posteriormente, se aprueba por Real Decreto-ley de 26 de julio de 1929 el Estatuto de la Propiedad Industrial, cuyo Texto refundido se aprobó por Real Orden de 30 de abril de 1930 y ratificado con fuerza de Ley por la de 16 de septiembre de 1931 (13).

---

(7) En el mismo sentido, la totalidad de la doctrina. Véase, entre otros, FARRÉ DÍAZ, E. en *Comentarios al Código Penal*, coordinador CRUZ DE PABLO, J.A., Dykinson, 2008, p. 991; LÓPEZ BARRA DE QUIROGA, J. en *Comentarios al Código Penal* (2007) dirigidos por CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., p. 2143.

(8) Era Ministro de Gracia y Justicia, D. Saturnino Álvarez Bugallal

(9) Gaceta de Madrid núm. 12, de 12 de enero 1879

(10) Gaceta núm. 206, de 25 de julio 1889. Ya bajo la Regencia de SM La Reina Madre D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Cristina de Harsburgo y Lorena (SM El Rey D. Alfonso XIII) y gobierno del liberal Sagasta, siendo Ministro de Gracia y Justicia, D. José Canalejas Méndez.

(11) Gaceta 16 de octubre 1885. Bajo la Regencia de SM La Reina Madre D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Cristina de Harsburgo y Lorena (SM El Rey D. Alfonso XIII) y gobierno del conservador Cánovas del Castillo, siendo Ministro de Gracia y Justicia, D. Francisco Silvela le Vielleuze.

(12) Ya bajo el reinado de SM El Rey D. Alfonso XIII, que con 16 años se le otorgó la de mayoría de edad en ese año, y del gobierno liberal de Sagasta, siendo Ministro de Gracia y Justicia, D. Juan Montilla y Adán, que fue Fiscal del Tribunal Supremo desde el 11 de marzo de 1901 al 15 de marzo de 1902.

(13) En 1929 y 1930 nos encontramos en las postrimerías del reinado de SM El Rey Alfonso XIII, durante la Dictadura de Primo de Rivera (13 de septiembre de 1923-28 de enero de 1930) y la Dictablanda del General Dámaso Berenguer, que se hizo cargo del gobierno a partir del 28 de enero de 1930. En 1931, ya estamos en la II República, que se proclamó el 14 de abril, siendo en esas fechas Presidente del Gobierno provisional D. Niceto Alcalá-Zamora hasta el 14 de octubre de 1931, en el que tras su dimisión se nombró a D. Manuel Azaña. El 10 de diciembre de 1931,

En la legislación internacional, también sobre la misma época, empiezan a protegerse estas propiedades. El 20 de marzo de 1883 se firma el Convenio de París para la protección de la propiedad industrial, al que le sigue en fecha 14 de abril de 1891 el Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas y en 6 de noviembre de 1925, el Arreglo de La Haya sobre depósito internacional de dibujos y modelos industriales. El 9 de septiembre de 1885 se aprueba el Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas.

Sin perjuicio de hacer una referencia más amplia después sobre esta normativa, puede decirse que la legislación internacional sobre la materia ha sido y es coetánea a la nacional, formando con ésta el conjunto normativo protector de estas propiedades, que exceden del ámbito estrictamente nacional desde sus orígenes, por lo que bien puede hablarse de la internacionalización de la protección de la propiedad intelectual e industrial.

En la actualidad, los delitos contra la propiedad intelectual e industrial (14), tras la reforma operada por la Ley Orgánica 10/1995 en el Código Penal (15), dejaron definitivamente de ser tipos pena-

---

Alcalá-Zamora fue elegido Presidente de la República, cargo en el que se mantuvo hasta el 17 de abril de 1936, volviendo a sustituirle Azaña.

(14) Ubicados en los arts. 270 a 272 (Delitos relativos a la propiedad intelectual), Sección 1.ª, y arts. 273 a 277 (Delitos relativos a la propiedad industrial), Sección 2.ª y en arts. 287 y 288, Disposiciones comunes, Sección 4.ª del Capítulo XI (De los Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y los consumidores) del Título XIII (Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico) del Libro II (Delitos y sus penas) del CP 95. La reforma penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio («BOE» núm. 152, de 23 de junio), que entra en vigor el 23 de diciembre 2010, en relación con estos delitos añade un párrafo segundo al apartado 1 del art. 270 (artículo único sexagésimo noveno) –penalidad en distribución al por menor–, modifica los apartados 1 y 2 del artículo 274 (artículo único septuagésimo) y los arts. 287 (artículo único septuagésimo quinto) y 288 (artículo único septuagésimo sexto), éste último en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas introducida en el nuevo art. 31 bis (artículo único cuarto).

(15) Para una consulta de comentarios colectivos sobre estos delitos, véanse por orden cronológico de publicación los siguientes, que se citan por su Director y/o Coordinador/a: CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. *Código Penal Comentado con concordancias y jurisprudencia*, ed. Bosch, 2004, pp. 841 a 876; SÁNCHEZ MELGAR, J. *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*, ed. Sepín, 2006, pp. 1589 a 1624; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C (Director) y LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo (Coordinador). *Comentarios al Código Penal*, Tomo 3, ed. Bosch, ed. 2007, p. 2138 a 2207; QUINTERO OLIVARES, G. (Director) y MORALES PRATS, Fermín (Coordinador), *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, p. 846 a 967; CRUZ DE PABLO, J.A. *Comentarios al Código Penal*, grupo Difusión, ed. 2008, p. 989 a 1064; y RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Director) y MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coordina-

les en blanco (16) pero contienen unos elementos normativos que obligan al estudio de las normas extrapenales reguladoras de estas propiedades, tanto en el ámbito nacional como en el internacional y comunitario, ya que como se afirma en la Circular de la FGE 1/2006, sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, es necesario acudir a esa normativa extrapenal para poder delimitar sus elementos normativos en relación con las conductas típicas, sujetos pasivos titulares de los derechos vulnerados y concurrencia del requisito de falta de autori-

---

dora), *Código Penal comentado y con Jurisprudencia*, La Ley, 3.ª ed. 2009, pp. 890 a 915. Aunque de fecha antigua (1998) también puede consultarse *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, vol. VII, Madrid, 1998, dedicado a la Propiedad Intelectual e Industrial junto con otra materia. Entre la bibliografía específica sobre la materia más reconocida se encuentra sobre los delitos contra la propiedad intelectual la monografía de MIRÓ LLINARES, *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, 2003 y sobre la propiedad industrial, PAREDES CASTAÑÓN, *La protección penal de las patentes e innovaciones tecnológicas*, 2001; MORENO Y BRAVO, *Delitos contra la propiedad industrial*, 1999; GUINARTE CABADA, *Los delitos contra la propiedad industrial*, 1988 y SEGURA GARCÍA, *Derecho Penal y propiedad industrial*, 1995, citadas por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Delitos contra la propiedad intelectual e industrial. Especial atención a la aplicación práctica en España» (2009).

(16) MIR PUIG, S. concibe la ley penal en blanco como «toda proposición jurídica que fije expresamente la consecuencia jurídica y deje la determinación del contenido del supuesto de hecho a cargo de otras leyes, reglamentos o actos de la administración», en *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, PPU, 1990, pp. 38 a 42. El abandono de la técnica de norma penal en blanco en estos delitos parece adelantarse a la reforma de 1995 por la Ley Orgánica 6/1987, ya que como recuerda la CFGE 2/1989, de 20 de abril, precisiones sobre algunos aspectos de la formulación típica y la responsabilidad civil en los delitos contra la propiedad intelectual tras la Ley Orgánica 6/1987, de 11 de noviembre, «Los tipos penales que hasta ahora protegían la propiedad intelectual eran abiertos, al modo de normas penales en blanco a integrar por disposiciones extrapenales contenidas básicamente en la Ley de Propiedad Intelectual de 10-1-1879 y en su Reglamento de 3-9-1880. La estricta tipicidad no sólo era normativa sino que incluso la penalidad se establecía por remisión a otras figuras del delito. Tipos, pues, irregulares, porque tanto los elementos o caracteres del delito como la penalidad había que buscarlos fuera de ello. En el Código Penal de 1932 se configura como delito patrimonial incluido en la sección de la estafa consistente en la enajenación, arrendamiento o gravamen de bienes inmuebles fingiéndose dueño (art. 525). Lo mismo acontecía en el Código Penal de 1944 para los que cometieran alguna defraudación en la propiedad intelectual (art. 533). Para el Código Penal revisado en 1963 (art. 534), aparte de incluirse en una sección propia, la denominación es infracción derechos de autor y la pena asignada es autónoma o no referida a la delitos análogos. En el nuevo texto (se refiere al modificado por LO 6/87) la tipicidad es directa y, en lo esencial, descriptiva...». En el mismo sentido, FARRÉ DÍAZ, E. en *Comentarios al Código Penal*, coordinador CRUZ DE PABLO, J.A., Dykinson, 2008, p. 990, con cita de la STS -2.ª- 876/2001, de 19 de mayo en p. 1002.

zación de los mismos respecto de las conductas de explotación realizadas por el infractor (17).

Recuérdese que el art. 10.4 del Código Civil dice que «Los derechos de propiedad intelectual e industrial se protegerán dentro del territorio español de acuerdo con la ley española, sin perjuicio de lo establecido por los convenios y tratados internacionales en los que España es parte» (18).

Ahora bien, con carácter previo, para un correcto análisis desde la perspectiva constitucional, es conveniente subrayar que los derechos de propiedad intelectual e industrial, objeto de protección jurídica, en cuanto derechos de propiedad privada, tienen su plasmación constitucional en el art. 33.1 CE, el cual *reconoce el derecho a la propiedad privada*, si bien es necesario también recordar que el

---

(17) V. gr. en los delitos contra la propiedad intelectual, los verbos del art. 270.1 CP *reproducir, plagiar, distribuir o comunicar públicamente* no pueden ser interpretados de forma vulgar, ya que el TRLPI (RDlegis 1/1996, modificado por Ley 23/2006), da una interpretación legal a los mismos en su Libro I, Título II, Capítulo III, bajo el concepto derecho moral de autor –en relación al plagio– (arts. 14 a 16), derecho de explotación (art. 17), la reproducción (art. 18), la distribución (art. 19) y la comunicación pública (art. 20), así como su transformación (art. 21). También se regulan otros derechos (art. 24), la duración, límites y salvaguardia de otras disposiciones legales viene regulada en el Título III del Libro I del TR (arts. 26 a 40), el dominio público en el Título IV (art. 41), la transmisión derechos en el Título V (arts. 42 a 85), las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales en el Título VI (arts. 86 a 94), los programas de ordenador en el Título VII (arts. 93 a 104). El Libro II del TR abarca otros derechos de propiedad intelectual (artistas, intérpretes y ejecutantes –arts. 105 a 132–) y de la protección sui generis de las bases de datos (arts. 133 a 137). De igual modo, el concepto de *obra literaria, artística o científica y el de titular de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o cesionarios* habrá que integrarlo con lo dispuesto en el Libro I del TR relativo a los derechos de autor (arts. 1 a 16) relativo al sujeto, objeto y contenido, complementado con el Libro IV (Del ámbito de aplicación de la ley –arts. 163 a 167–. *Mutatis mutandi* lo mismo hay que decir de los delitos contra la propiedad industrial, en relación con el concepto de *titular de patente o modelo de utilidad, modelo o dibujo industrial o artístico o topografía de un producto semiconductor* del art. 273.1 o *titular de un derecho de propiedad industrial registrado conforme a la legislación de marcas* del art. 274.1 o *material vegetal de reproducción o multiplicación de una variedad vegetal protegida conforme a la legislación sobre protección de obtenciones vegetales o denominación de una variedad vegetal protegida* del art. 274.3.º y 4.º CP, que nos lleva a la legislación específica relacionada en este estudio, a la que nos remitimos.

(18) Según redacción dada conforme al Decreto 1836/1974, de 31 de mayo («BOE» núm. 163, de 9 de julio). Téngase en cuenta que el art. 9.5 CC afirma que: «Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el «Boletín Oficial del Estado».

apartado 2.º del mismo artículo 33 CE afirma que «La función social de estos derechos delimitará su contenido de acuerdo con las leyes».

En relación con ello, en cuanto algunos de estos derechos gravitan sobre obras «culturales» (19), hay que destacar que el art. 44.1 CE establece que «Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho», lo que obliga a combinar el derecho a la propiedad intelectual e industrial y su función social, reconocido en la Sección 2.ª (De los derechos y deberes de los ciudadanos) del Capítulo 2.º (Derechos y libertades) del Título I (De los derechos y deberes fundamentales) CE con el acceso a la cultura de todos, que situado en el Capítulo 3.º (De los principios rectores de la política social y económica) del Título I CE se constituye en uno de los principios rectores de la política social y económica, que informa la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos *ex art.* 53.3 CE (20).

Visto lo anterior, puede decirse que los derechos de propiedad intelectual e industrial, a diferencia de otros derechos de propiedad privada, tienen un claro límite derivado de su función social en el derecho al acceso a la cultura de todos, que están obligados a promover los poderes públicos, aspecto éste que debe considerarse de importancia en el análisis del marco legal de los delitos contra estas propiedades, tanto en la normativa internacional, comunitaria como la nacional.

Por ejemplo, en el ámbito de la propiedad intelectual, el régimen jurídico de la copia privada sin ánimo de lucro comercial y sin autorización del titular o cesionario del derecho a la propiedad intelectual *ex art.* 31.2 y 161.1.a) del TRLPI, tal vez tendría su marco legal en este contexto constitucional en el que al tiempo que se protege la propiedad intelectual (*cfr.* art. 33.1 y 2 CE) se promueve el acceso a la cultura (art. 44.1 CE), como veremos después, si bien esa copia

---

(19) Véase el monográfico de la revista de ciencias sociales SISTEMA 215 y 216, de mayo 2010, titulado *Cultura, Arte e Industria*.

(20) La Declaración Universal Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 en su art. 27 dice: «1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora». En similares términos este precepto se reproduce en el art. 15 del Pacto Internacional derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU aprobado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 y ratificado por España el 27 de abril de 1977 («BOE» núm. 103, de 30 de abril de 1977).

privada presupone su acceso legal (21), que es discutible concurra en las famosas copias realizadas a través de Internet por el sistema P2P de intercambio de archivos, verdadero campo de batalla de incontables polémicas e inabarcables opiniones, más o menos cualificadas (22).

---

(21) Entre los límites de los derechos de explotación de una obra, pertenecientes a sus titulares, el art. 31.2 del TRLPI destaca la vinculación de la copia privada «a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de utilización colectiva o lucrativa»

(22) Así, sólo una interpretación del concepto de ánimo de lucro en su vertiente comercial, como hace la CFGE 1/2006, permite no considerar punibles estas conductas, ya que es evidente que el usuario de este intercambio de archivos obtiene un lucro derivado del impago del canon establecido al acceso legal de la obra. En el fondo, estamos ante un problema que tiene su origen una práctica generalizada de la población difícil de criminalizar, en las facilidades que produce Internet y la imposibilidad de su control por los poderes públicos, el cual obligará a continuar en el camino de búsqueda de soluciones alternativas que permitan un equitativo equilibrio entre los derechos de autor y sus cesionarios (productores, distribuidores, etcétera) y los derechos de los usuarios de la red, como son el establecimiento de gravámenes a los soportes digitales o a los mismos medios tecnológicos empleados, que puedan repercutir en los titulares de los derechos de autor y no tanto en las copias de las obras. Sobre este particular, téngase en cuenta que la Audiencia Provincial de Barcelona en fecha 31 de octubre 2008 planteó la cuestión prejudicial en Asunto C-457/08 (DOUE C/19-12 de 24 de enero 2009) sobre la interpretación que debe darse al término «compensación equitativa» previsto en el art. 5.2.b) de la Directiva 2001/29/CE relativa a la armonización determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, transpuesta por Ley 23/2006, ante el canon por copia privada establecido por el Estado español cuando se adquieren aparatos y soportes de reproducción digital para finalidades ajenas a la copia privada, estimada recientemente por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas al considerarse que dicho canon digital incumple las directivas comunitarias cuando empresas, instituciones y profesionales usen dispositivos de grabación para sus propios fines pero no en relación con los particulares (Fuente: noticia de prensa del 22 de octubre 2010). Por otra parte, véase como opinión muy cualificada la de NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., a la que hacemos referencia en el epígrafe 6 de este trabajo al tratar esta materia desde la perspectiva constitucional, a raíz de la Ley de Economía Sostenible, que pretende reforzar las medidas de protección de la propiedad intelectual en el ámbito de la sociedad de la información, modificando la Ley 34/2002, el TRLPI (1996 modificado en 2006) y la LJCA (Ley 29/98). Dicha Ley ha sido fuertemente cuestionada al pretender esa de mayor protección mediante una potenciación de las competencias asignadas a la Comisión de Propiedad Intelectual que se crea dentro del Ministerio de Cultura, reemplazando a la Comisión Mediadora y Arbitral de Propiedad Intelectual del texto vigente, otorgándole la facultad de interrumpir la prestación de los servicios o de retirar los contenidos que lesionan los referidos derechos. Ver Informe al Anteproyecto de la FGE (10 de febrero 2010) link [http://www.fiscal.es/cs/Satellite?buscador=0&c=Page&cid=1240559967925&codigo=FGE\\_&language=es&newPagina=2&pagename=](http://www.fiscal.es/cs/Satellite?buscador=0&c=Page&cid=1240559967925&codigo=FGE_&language=es&newPagina=2&pagename=)



Desde la perspectiva extrapenal, anotamos sucintamente a pie de página cual es el marco protector de estas propiedades en el Derecho Procesal Civil y Mercantil, tanto en relación con la propiedad intelectual (23) como a la industrial (24), por cuanto que la protección penal

---

PFiscal%2FPPage%2FFGE\_buscadordArchivoDocument. No aparece publicado el informe del CGPJ en su página web.

(23) Como recuerda la doctrina, las demandas que se susciten en materia de propiedad intelectual se resolverán por los cauces del juicio ordinario, siempre que no versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad. Si la demanda incluyera únicamente pretensión de reclamación de cantidad, se tramitará por el procedimiento que le corresponda en función de la cuantía que se reclame (art. 249.1.4.º LECv). El art. 138.I de la Ley de Propiedad Intelectual relaciona las acciones que el titular de los derechos reconocidos en dicho texto puede instar, en concreto, *el cese de la actividad ilícita del infractor y exigir la indemnización de los daños materiales y morales causados*, que se desarrollan en los arts. 139 (cese de la actividad ilícita) y 140 (indemnización por daños y perjuicios), *sin perjuicio de otras acciones que le correspondan*. La reforma del citado art. 138 LPI por la Ley 19/2006, de 5 de junio (por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios), que prevé que el titular de los derechos reconocidos en la LPI pueda *instar la publicación o difusión, total o parcial, de la resolución judicial o arbitral en medios de comunicación a costa del infractor*. La LECv elimina los procesos en materia de propiedad intelectual como procesos especiales (art. 142 LPI), convirtiéndolos en procesos declarativos ordinarios de la LECv que se tramitan por el cauce del juicio ordinario. Esto no obsta a que existan especialidades no sólo en la LPI, sino también en la propio LECv. Los Juzgados de lo Mercantil son competentes objetivamente para conocer de estos procesos en aplicación del artículo 86 ter LOPJ. En la determinación de la competencia territorial, se aplica el fuero especial del artículo 52.1.11.ª LECv, sin que quepa pacto de sumisión expresa ni se admite acto alguno de sumisión tácita (art. 54 LECv). Las particulares, igualmente, se presentan con respecto a la legitimación activa (arts. 138 y 150 LPI) y pasiva (se amplía a los intermediarios tras la reforma de la Ley 19/2006 en los términos del artículo 138.III LPI), a las diligencias preliminares (arts. 256 ss LECv., que introduce medidas específicas a raíz de la modificación introducida por la Ley 19/2006), al aseguramiento de la prueba (art. 297 LECv), a la prueba por documentos (art. 328 LECv) y a las medidas cautelares (arts. 141 LOPI y 727 LECv), básicamente. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. y RODRÍGUEZ TIRADO, A. en la obra colectiva *Derecho Procesal Civil I*, Tórculo ediciones, Santiago de Compostela, 2007, pp. 487 a 488.

(24) Las demandas que se susciten en materia de propiedad industrial se ventilan como juicio ordinario, siempre que no versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad. Si únicamente se incluyera pretensión de reclamación de cantidad, se tramitarán por el procedimiento que les corresponda en función de la cuantía que se reclame (art. 249.1.4.º LECv). La Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección jurídica del Diseño Industrial prevé en su art. 52 la posibilidad de que los titulares de los derechos reconocidos por la misma ejerciten acciones civiles y penales contra quienes lesionen su derecho y exigir las medidas necesarias para su salvaguardia. Se refiere a las acciones por violación del diseño registrado, que se destacan particularmente en el artículo 53. Ha de tenerse en cuenta las especialidades que se introducen respecto a la determinación de daños y perjuicios que pueda reclamarse por violación del diseño registrado (art. 54 y 55). Los arts. 53 y 55 ha sido modificados por la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que

debe considerarse la *ultima ratio* en la protección de estos derechos, como es propio de todo el Derecho Penal (25).

se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios. También podrá ejercitarse la acción de nulidad del diseño registrado con las especialidades previstas en los arts. 65 ss Ley 20/2003, que básicamente, se centran en la determinación de la legitimación y en los efectos de la sentencia que declare la nulidad del registro del diseño. La Disposición Adicional Primera de la Ley 20/2003 se remite a la Ley de Patentes (Ley 11/1986, de 20 de marzo) en lo relativo al ejercicio de acciones y a la adopción de medidas provisionales y cautelares en todo aquello que sea incompatible con lo previsto en la misma. Los arts. 62 ss. de la Ley de Patentes y los arts. 40 ss. de la Ley de Marcas (Ley 17/2001, de 7 de diciembre) perfilan el contenido de las acciones a ejercitar. También podrá ejercitarse la pretensión declaración de nulidad de la patente o del registro de la marca, marcas colectivas y de garantía y nombres comerciales (arts. 112 ss. Ley Patentes, 51 ss. Ley Marcas). La Ley 19/2006 ha modificado puntualmente los arts. 63, 66, 129.1, 134, 135 (nuevo contenido) y 139.1, y deroga el art. 128 Ley Patentes, y los arts. 41 y 43 Ley Marcas. Al igual que ocurre en materia de competencia desleal, a pesar desaparecer estos procesos como especiales y configurarse en la LECv como declarativos ordinarios ventilados como juicio ordinario, sin embargo, se encuentran diversas especialidades en su tramitación: práctica de diligencias de *comprobación* (art. 129.1 Ley Patentes), acto de conciliación (arts. 140 ss. Ley Propiedad Intelectual (RD legislativo 1/1996, de 12 de abril), legitimación (arts. 124 y 127 Ley Patentes y art. 5 Ley Marcas, además se amplía la legitimación pasiva al incluir a los intermediarios respecto del ejercicio determinadas acciones –arts. 63.3 Ley Patentes y 41.3 Ley Marcas), reconvencción (art. 126 Ley Patentes), actuaciones especiales (art. 127.2 Ley Patentes), medidas cautelares (arts. 133 ss. Ley de Propiedad Intelectual y art. 727.9.º LECv). Estas mismas especialidades son aplicables a los procesos en materia de marcas en todo aquello que no sea incompatible con su naturaleza (D.A. 1.ª Ley Marcas). Como especialidades comunes en los procesos de propiedad industrial cabe destacar: Los Juzgados de lo Mercantil son competentes objetivamente para conocer de los procesos en materia de propiedad industrial en aplicación del art. 86 ter LOPJ. Ello supone que la atribución al Juez de Primera Instancia del art. 125 Ley Patentes ha de entenderse realizada a aquellos juzgados. En la determinación de la competencia objetiva, en materia de patentes y marcas, se aplica el fuero especial del art. 52.1.13.º LECv, que, a su vez, se remite a la legislación especial (art. 125 Ley Patentes y D.A. 1.ª Ley Marcas). No cabe pacto de sumisión expresa ni se admite acto alguno de sumisión tácita (art. 54 LECv). La Ley 19/2006 incorpora nuevas diligencias específicas respecto del ejercicio de acciones por infracción de un derecho de propiedad industrial (arts. 256.1.7.º y 8.º, 259, 261 LECv). Asimismo, se incorporan medidas concretas para el aseguramiento de la prueba (art. 297 LECv) o en la prueba por documentos en lo que respecta a la exhibición de documentos (art. 328.3 LECv). PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. y RODRÍGUEZ TIRADO, A. en la obra colectiva *Derecho Procesal Civil I*, Tórculo ediciones, Santiago de Compostela, 2007, pp. 485 a 487.

(25) Sobre el principio de intervención mínima en el Derecho Penal, JESCHECK, en su clásico *Tratado derecho Penal* (Traducción de MIR PUIG y MUÑOZ CONDE), editorial Bosch, Barcelona, 1981, volumen primero, p. 5, afirma: «Puesto que la Constitución, según constante jurisprudencia, pretende garantizar en general la libertad humana de actuación (BVerfGE, 6, 32,(36 s), el Derecho Penal únicamente puede imponer limitaciones cuando ello resulte indispensable para la protección de la Sociedad. En cierto modo, la norma penal representa la “ultima ratio” del instrumental del que dispone el legislador (BVerfGE, 39, 1 (47)». En p. 11 de la misma obra, los traductores, aplicando

Así las cosas, se hace necesario, al menos, enumerar estas normas extrapenales para centrarnos después en el objeto de este trabajo cual es el estudio de las exigencias que la normativa internacional y comunitaria impone a nuestra legislación en la interpretación de estos tipos penales.

Con carácter nacional, la normativa legal básica (26), a la que añadimos algunos textos antipiratería, sobre los derechos de la propiedad intelectual e industrial, por orden cronológico, es la siguiente:

## A) Propiedad intelectual

### 1) Ley de 10 de enero 1879, de Propiedad Intelectual (27).

---

estas reflexiones al Derecho español, también afirman que: «El Derecho Penal debe estar guiado por el principio de intervención mínima, ya que sus intervenciones en la esfera de los derechos de la persona son las más graves que permite el Ordenamiento jurídico. El Derecho Penal sólo debe intervenir, por tanto, en aquellos casos de ataques muy graves a bienes jurídicos muy importantes y siempre que sean insuficientes las otras barreras protectoras que deparan el Orden social y las demás ramas del Ordenamiento jurídico. En la medida que estas barreras sean suficientes para cumplir esta función protectora podrá prescindirse del Derecho Penal». Véase también, RODRÍGUEZ PADRÓN, Celso, «El bien jurídico protegido y el principio de intervención mínima en los delitos contra la propiedad industrial», Jornadas Consejo de octubre 2009, donde a raíz de las absoluciones producidas en los casos conocidos como «top manta» critica la aplicación de este principio por la judicatura al entender, correctamente, que es un principio dirigido al legislador, debiéndose regir los jueces por el principio de legalidad. No obstante, hay que señalar que las actitudes judiciales benévolas con este fenómeno, eco de su escaso rechazo social, ha determinado que la reforma del CP operada por L.O. 5/2010, que entrará en vigor el 23 de diciembre 2010, rebaje considerablemente la penalidad en estas conductas (sólo permite penas de multa y trabajos en beneficio de la comunidad y no de prisión) así como su transmutación a falta si el beneficio no excede 400 euros (cfr. el nuevo párrafo segundo que se añade al apartado 1 del art. 270 CP).

(26) Tan sólo reseñamos las leyes básicas y no la amplísima normativa desarrollado. Para una consulta completa de toda esta normativa véanse las siguientes recopilaciones legislativas, donde se recoge exhaustivamente la misma: a) Propiedad intelectual: MARTÍNEZ ESPÍN, P. *Código de Propiedad Intelectual*, con jurisprudencia, 1.ª ed. Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2009, 1422 páginas; *Legislación sobre Propiedad Intelectual*, ed. Tecnos, preparada por GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, PÉREZ DE CASTRO, bajo la dirección de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 8.ª edición (2008), 765 páginas. B) Propiedad industrial: MORRAL SOLDEVILLA, R. *Legislación de Marcas, Patentes y Diseño Industrial*, Civitas Thomson Reuters Pamplona, 2009, 916 páginas.

(27) Gaceta de Madrid núm. 12, de 12 de enero 1879. Vigente en cuanto contempla situaciones y relaciones jurídicas reguladas por esta Ley que perduran al amparo de las Disposiciones Transitorias de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual y que subsisten en la distintas Disposiciones del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996 (cfr. *Legislación sobre Propiedad Intelectual*, ed. Tecnos, citada). Se cita como primera norma sobre propiedad intelectual la Ley de Propiedad Literaria de 10 de junio 1847. El texto de esta ley puede consultarse en Propiedad Intelectual. Documentación preparada para la tramitación

2) Real Decreto de 24 de julio 1889. Código Civil (arts. 1.5, 10.4 y 1969) (28).

3) Ley 16 de diciembre de 1954. Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento (arts. 45 a 51) (29). De la hipoteca de la propiedad intelectual e industrial.

4) Ley 14/1966, de 18 de marzo. Prensa e imprenta (30).

5) Ley 9/1975, de 12 de marzo. Régimen especial para la promoción, producción y difusión libros (arts. 27 a 32) (31).

6) Art. 109.1 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual (32).

7) Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (33) (Incorpora la Directiva 96/9/CE, de 11 de marzo, del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Protección jurídica de Bases de Datos, según la Ley 5/1998, de 6 de marzo), modificado por Ley 23/2006, de 7 de julio (34), que transpone la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo 2001, relativa a la armonización determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (35).

8) Ley 5/1998, de 6 de marzo. Incorporación al Derecho Español de la Directiva 96/9/CE, de 11 de marzo del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre Protección Jurídica de las bases de datos (36), que se realiza mediante la modificación del TRLPI 1996.

9) Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (arts. 50, 51, 52.1.13.º, 249.1.4.º, 256.1.7.º, 8.º y 9.º) (37).

---

del Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual. BOCG núm. 184-1, de 1 de febrero de 1986. Madrid, p. 55 ss. Fuente: Miró Llinares (2003), p. 43.

(28) Gaceta núm. 206, de 25 de julio 1889.

(29) «BOE» núm. 352, de 18 de diciembre.

(30) «BOE» núm. 67, de 19 de marzo. Ver STS –1.ª– 13 de diciembre de 1990 sobre derecho de réplica ante un medio de difusión escrito.

(31) «BOE» núm. 63, de 14 de marzo, rect. «BOE» núm. 154, de 28 de junio

(32) «BOE» núm. 275, de 17 de noviembre de 1987). El art. 109.1 LPI 1987, que dice: «El productor tiene respecto de sus fonogramas el derecho exclusivo de autorizar su reproducción directa o indirectamente, la distribución de copias de aquéllos y la comunicación pública de unos u otras», fue declarado vigente por la STS 3.ª, de 1 de marzo 2001.

(33) «BOE» núm. 97, de 22 de abril de 1996

(34) «BOE» núm. 162, de 8 de julio 2006.

(35) DO núm. L 167, de 22 de junio 2001; corrección de errores en DO núm. L 6, de 10 de enero 2002.

(36) «BOE» núm. 57, de 7 de marzo.

(37) «BOE» núm. 352, de 18 de diciembre.

10) Ley 34/2002, de 11 de julio. Servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (38), incorpora la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico (Directiva sobre el comercio electrónico) e incorpora parcialmente la Directiva 98/27/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, al regular, de conformidad con lo establecido en ella, una acción de cesación contra las conductas que contravengan lo dispuesto en esta Ley.

11) Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (39) (art. 86 bis y 86 ter.2 a), según redacción dada por Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio para la reforma concursal (40).

12) Ley 19/2006, de 5 de junio. Amplía los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen las normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios (dispos. transis., derog. y finales) (41), transpone la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual (42).

13) Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine (43).

14) Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio de una obra de arte original (44).

## B) Propiedad industrial (45)

### b.1) Normas comunes

1) Real Decreto, de 22 de agosto 1885. Código Comercio (arts. 2, 50, 57 y 942 a 944) (46).

(38) «BOE» núm. 166, de 12 de julio; rect. «BOE» núm. 187, de 6 de agosto.

(39) «BOE» núm. 157, de 2 de julio, corrección errores en «BOE» núm. 264, de 4 de noviembre).

(40) «BOE» núm. 164, de 10 de julio.

(41) «BOE» núm. 134, de 6 de junio.

(42) DO núm. L 157, de 30 de abril de 2004; versión corregida en DO núm. L 195, de 2 de junio de 2004; corrección de errores en DO núm. L 351, de 26 de noviembre de 2004 y núm. L 204, de 4 de agosto de 2007.

(43) «BOE» núm. 132, de 29 de diciembre.

(44) «BOE» núm. 310, de 25 de diciembre.

(45) Además de las que ya se han referido en el apartado Propiedad Intelectual comunes a ésta, v.gr. Código Civil, Ley de Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, LECv. Véase el número 49 de *Estudios derecho Judicial*, monográfico sobre Propiedad Industrial, editado por el CGPJ y ANDEMA, 2004.

(46) Gaceta núms. 298 a 328, del 16 de octubre al 24 de noviembre de 1885.

2) Estatuto de la Propiedad Industrial, aprobado por Real Decreto-ley de 26 de julio de 1929, cuyo Texto refundido se aprobó por Real Orden de 30 de abril de 1930 (47) y ratificado con fuerza de Ley por la de 16 de septiembre de 1931.

3) Ley 17/1975, de 2 de mayo, sobre creación del Organismo autónomo «Registro de la Propiedad Industrial» (48).

4) Real Decreto 1270/1997, de 24 de julio, por el que se regula la Oficina Española de Patentes y Marcas (49).

5) Orden ITC/915/2005, de 4 de abril, por la que se crea un registro telemático en la Oficina Española de Patentes y Marcas (50).

### b.2) *Marcas y Nombres comerciales*

Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (51), transpuso la Directiva 89/104/CEE del Consejo de 21 de diciembre de 1988, sobre armonización de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas, si bien esta Directiva ha quedado derogada por la 2008/95/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008 (52).

### b.3) *Patentes y Modelos de utilidad*

Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes (53). Su Exposición de Motivos señala que se recoge el derecho europeo de patentes representado por el Convenio de Munich de 5 de octubre 1973 sobre Patente Europea, y el Convenio de Luxemburgo sobre Patente Comunitaria de 15 de diciembre 1975. Ha sido modificada por Ley 10/2002, de 29 de abril (54), para la incorporación al Derecho español de la Directiva 98/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas (55).

---

(47) Gaceta núm. 127, de 7 de mayo de 1930

(48) «BOE» núm. 107, de 5 de mayo. Actualmente, integrado en la Oficina Española de Patentes y Marcas, bajo la denominación BOPI, dependiente del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. Véase nota 1.

(49) «BOE» núm. 208, de 30 de agosto.

(50) «BOE» núm. 87, de 12 de abril.

(51) «BOE» núm. 294, de 8 de diciembre.

(52) DOUE, serie L, núm. 299, de 8 de noviembre 2008.

(53) «BOE» núm. 73, de 26 de marzo.

(54) «BOE» 103, de 30 de abril 2002.

(55) DOCE 213/1998, de 30 de julio.

b.4) *Diseño y dibujos y modelos industriales*

Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial (56). Transpone la Directiva 98/71 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre 1998, sobre protección jurídica de dibujos y modelos (57).

b.5) *Otros*

1) Ley 11/1988, de 3 de mayo, para la protección jurídica de la topografía de los productos semiconductores. Incorpora Directiva 87/54/CEE, de 16 de diciembre, del mismo nombre (58).

2) Ley 3/2000, de 7 de enero, de régimen jurídico de la protección de obtenciones vegetales (59). Cfr. Convenio Internacional para la protección de las obtenciones vegetales de 2 de diciembre de 1961, aprobado en el seno de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV), suscrito y ratificado por el Reino de España, y en la Ley 12/1975, de 12 de marzo, de protección de obtenciones vegetales revisado en sucesivas ocasiones; las reformas introducidas por los Convenios de 10 de noviembre de 1972 y el 23 de octubre de 1978 fueron incorporadas al ordenamiento jurídico nacional, sin embargo, el Convenio de 19 de marzo de 1991 introdujo novedades que contempla esta ley. También, téngase en cuenta que la Unión Europea se ha dotado de un sistema de protección propio mediante el Reglamento (CE) 2100/94, del Consejo, de 27 de julio, relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, si bien reconocer a los Estados miembros el derecho a «conceder derechos de propiedad nacionales sobre las variedades vegetales», aunque prohíbe expresamente la doble titularidad derechos, nacionales y comunitarios. El Estado español opta por el establecimiento de un sistema de protección propio, aunque armonizado con la normativa comunitaria.

3) Ley 24/2003, de 10 de julio, de la viña y el vino (60), de importancia en punto a las denominaciones de origen y clasificación de los vinos. Cfr. Reglamento (CEE) 822/1987, del Consejo de 16 de marzo 1987 y el Reglamento (CE) 1493/1999, de 17 de mayo, que establece la Organización Común del Mercado (OCM) del Vino.

---

(56) «BOE» núm. 162, de 8 de julio.

(57) DOCE serie L, núm. 289, de 28 de octubre 1998.

(58) «BOE» núm. 108/1998, de 5 de mayo.

(59) «BOE» núm. 8/2000, de 10 de enero.

(60) «BOE» núm. 165, de 11 de julio 2003.

4) Real Decreto 1573/1985, de 1 de agosto, sobre la definición y ordenación de las denominaciones genéricas y específicas de productos alimentarios.

5) Real Decreto 728/1988, de 8 de julio, sobre las normas a las que deben ajustarse las denominaciones de origen, específicas o genéricas de productos agroalimentarios no vinícolas.

6) Orden del Ministerio de Agricultura, de 25 de enero 1994, que incorpora al derecho interno el Reglamento CEE 2081/92 del Consejo, de 14 de julio, relativo a la protección de las indicaciones geográficas y denominaciones de origen.

### C) Textos antipiratería propiedad intelectual e industrial (61)

1) Real Decreto 1224/2005, de 13 de octubre, por el que se crea y regula la Comisión Intersectorial para actuar contra las actividades vulneradoras de los derechos de propiedad industrial (62).

2) Plan Integral del Gobierno para la disminución y eliminación de las actividades vulneradoras de la propiedad intelectual (2005) (63).

Enumeradas las normas nacionales básicas, veamos a continuación las normas internacionales y comunitarias (64) y las exigencias que para la normativa española imponen esas normas, al objeto de la aplicación de los tipos penales, previa una breve referencia sobre la eficacia de estas normas en nuestro ordenamiento jurídico.

## 2. NOCIONES GENERALES SOBRE LA EFICACIA DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL Y COMUNITARIA Y LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

Antes del estudio de la normativa internacional y comunitaria, es necesario exponer brevemente unas nociones generales sobre la eficacia de esta normativa en España.

---

(61) Se publica en el link [http://www.mcu.es/propiedadInt/docs/planAntipirateria\\_PI.pdf](http://www.mcu.es/propiedadInt/docs/planAntipirateria_PI.pdf)

(62) «BOE» 28 de octubre 2005, corrección de errores «BOE» 3 de noviembre de 2005. La Memoria de sus actividades en 2005/2006 puede encontrarse en el link <http://www.mcu.es/publicaciones/docs/MemoriaPI2006.pdf>

(63) «BOE» 26 de abril 2005. En el contexto de este Plan se dictó la CFGE 1/2006. Véase el folleto editado por el Ministerio de Cultura en 2008 titulado *Manual de Buenas Prácticas para la persecución de los delitos contra la Propiedad Intelectual*. Contiene DVD con el mismo título.

(64) En la materia que estamos tratando, véase epígrafe de este trabajo sobre síntesis de la normativa nacional europea armonizada.



Como dice el ya mencionado art. 10.4 del Código Civil, «los derechos de propiedad intelectual e industrial se protegerán dentro del territorio español de acuerdo con la ley española, sin perjuicio de lo establecido en por los convenios y tratados internacionales en los que España es parte».

Por un lado, los tratados y convenios internacionales como normativa internacional son Derecho Público Internacional (65) y sus disposiciones se rigen por las normas relativas a los Tratados Internacionales que se concretan en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969; el Decreto 801/1972, de 24 de marzo, sobre ordenación de la actividad de la administración del Estado en materia de tratados internacionales, los arts. 10.2, 56, 63.2, 64, 93, 94, 95, 96 y 97 de la Constitución española de 1978 y art. 1.5 del Código Civil.

La norma constitucional básica sobre la eficacia jurídica de los Tratados internacionales es el art. 96.1 CE el cual dispone que éstos cuando son válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales derecho internacional.

Hay que recordar que el art. 1.5 del Código civil establece que las normas jurídicas contenidas en los Tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado.

Así las cosas, sólo tendrán eficacia en España los tratados y convenios internacionales ratificados (66), a los que haremos referencia en el apartado siguiente en materia de propiedad intelectual e industrial.

---

(65) Sin perjuicio que contengan normas derecho Internacional Privado, como las relativas a la propiedad intelectual e industrial.

(66) El Tribunal Constitucional, en otra materia, como es la de la responsabilidad penal del menor, ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre la eficacia de la normativa internacional en España en el mismo sentido, al expresar en su Pleno, en el Fundamento Jurídico 5.º de su importante Sentencia núm. 36/1991, de 14 de febrero («BOE» 18.03.1991, ponente Excmo. Sr. D. Francisco Rubio Llorente), que declaró la inconstitucional de varios preceptos de la vieja legislación de Tribunales Tutelares de Menores aprobada por Decreto de 11 de junio de 1948, lo siguiente: «... Antes de entrar en el análisis de este problema conviene precisar, sin embargo, cuáles son las disposiciones internacionales que hemos de tomar en cuenta para acatar el mandato del art. 10.2 de la CE, pues no todas las mencionadas en las cuestiones son Tratados o Acuerdos internacionales ratificados por España. Así sucede con las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Justicia de Menores de 29 de noviembre de 1985, también llamadas Reglas de Beijing (o de Pekín, en el anterior sistema de transcrip-

Por otro lado, en cuanto a la normativa comunitaria (67), su vigencia no se rige por los mismos parámetros que los expuestos para la normativa internacional universal (68).

En efecto, la cesión parcial de soberanía española que supuso la firma de los Tratados comunitarios *ex art. 93 CE* cambia sustancialmente la problemática de la eficacia del derecho comunitario en España, ya que, propiamente, si bien es un Derecho extra nacional no puede calificarse sin más derecho Internacional, dado que los órganos comunitarios, en virtud de los Tratados comunitarios, tienen *potestas* para legislar sobre materias comunitarias con vigencia en los Estados miembros, en determinados casos.

---

ción) o con la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 17 de septiembre de 1987 (R-87-20). Tanto aquéllas como ésta expresan una doctrina generalmente aceptada en el correspondiente ámbito y que, seguramente, debe inspirar la acción de nuestros poderes públicos, pero no vinculan al legislador ni pueden ser tomadas en consecuencia como referencia para resolver sobre la constitucionalidad de la Ley. Las disposiciones a tomar en consideración son, por lo tanto, las contenidas en el Pacto Internacional derechos Civiles y Políticos y en la Convención de Roma, así como, autorizados por el principio «iura novit curia», las que recoge la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por las Naciones Unidas en 20 de noviembre de 1989 e incorporada a nuestro ordenamiento en 31 de diciembre de 1990, una Convención que, como es claro, en razón de su fecha, no pudo ser aducida como parte de nuestro ordenamiento por los Jueces proponentes».

(67) Recuérdese que la Unión Europea se rige por lo que fueron sus Tratados básicos constitutivos: Tratado CECA de 18 de abril de 1951, que expiró el 23 de julio de 2002, Tratados de Roma CEE y Euratom de 25 de marzo de 1957 y sus modificaciones posteriores, Acta Única Europea de 28 de febrero 1986 y el Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastrich el 7 de febrero de 1992, cuya versión consolidada oficial fue publicada en el DOUE de 30 de marzo de 2010 C/81/13. Puede consultarse en el siguiente link <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0013:0046:ES:PDF>. Con posterioridad, hay que tener en cuenta el Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997 y el de Niza de 26 de febrero de 2001. Para una información oficial completa de estos Tratados véase el link [http://europa.eu/legislation\\_summaries/institutional\\_affairs/treaties/treaties\\_eec\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_eec_es.htm), si bien no actualizada ya que la información se actualizó el 10 de julio de 2007, por lo que no está incluido el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 a que hace referencia el link [http://europa.eu/legislation\\_summaries/institutional\\_affairs/treaties/lisbon\\_treaty/index\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/lisbon_treaty/index_es.htm), en vigor desde el 1 de diciembre de 2009 y que sustituyó al frustrado proyecto de Constitución Europea o Tratado constitucional de 28 de octubre de 2004.

(68) Aunque un poco antiguo, véase DOLZ LAGO, M.J. «Eficacia jurídica del derecho comunitario europeo para la integración normativa de los tipos penales en blanco del derecho español», publicado en la Revista *Noticias de la Unión Europea* núm. 112, de mayo de 1994, editorial CISS, pp. 29 a 52. En la misma revista, GONZÁLEZ RIVAS, J.J. «La eficacia del derecho comunitario en la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia», pp. 53 a 63. Con mucha anterioridad, entre los primeros estudios sobre la cuestión, DE MIGUEL ZARAGOZA, J. «Nota sobre la incidencia del Derecho Comunitario en el Derecho Penal Español», en *Boletín de información del Ministerio de Justicia* núm. 1.310, 5 de mayo de 1983, pp. 3 a 13.

Vigencia que depende del instrumento jurídico comunitario utilizado (v. gr. Reglamentos y Directivas) (69), según el cual serán necesarias o no, también bajo ciertas condiciones, normas nacionales de trasposición de dicha legislación comunitaria, como ocurre con las Directivas y no con los Reglamentos, los cuales se aplican directamente (70).

Además, el Derecho comunitario suele ser un derecho armonizador de las legislaciones de los Estados miembros para garantizar las libertades comunitarias (libre circulación de mercancías, capital y trabajo), con objeto de constituir el Mercado Único.

La complejidad de estas materias es notable. Trataremos de simplificar.

Como es sabido, el Derecho comunitario se caracteriza por las notas de primacía, aplicabilidad directa y efecto directo (71).

---

(69) No olvidamos como fuentes del Derecho comunitario derivado las Decisiones, las Recomendaciones, los Dictámenes, los actos atípicos (reglamentos internos...), los actos no previstos en los Tratados (resoluciones, declaraciones, programas del Consejo, comunicaciones generales de la Comisión), los Acuerdos externos de las Comunidades, el derecho complementario (convenios internacionales) y las fuentes no escritas (principios generales del Derecho y la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia). Cfr. RUIZ-JARABO COLOMER, D. *Las fuentes del Derecho Comunitario*, ponencia inédita, 1992. En la materia que estamos tratando, véase epígrafe de este trabajo sobre síntesis de la normativa nacional europea armonizada.

(70) El art. 189 Tratado de Roma de 5 de marzo 1957 señala: «Para el cumplimiento de su misión, el Consejo y la Comisión adoptarán reglamentos y directivas, tomarán decisiones, formularán recomendaciones y emitirán dictámenes, en las condiciones previstas en el presente Tratado. El reglamento tendrá alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro. La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios. La decisión será obligatoria en todos sus elementos para todos sus destinatarios. Las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes».

(71) MOLINA DEL POZO, C, en su *Manual derecho de la Comunidad Europea*, editorial Trivium, Madrid, 1990, (2.<sup>a</sup> ed.) pp. 338 a 343, define estas características indicando que la primacía hace prevalecer el derecho comunitario sobre cualquier norma nacional, la aplicabilidad directa viene a significar que el derecho comunitario forma parte, automáticamente, del derecho interno de los Estados miembros y el efecto directo supone la posibilidad de que la norma comunitaria pueda ser invocada por los particulares, creando para ellos obligaciones y derechos. Sobre estas características, téngase en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que marca las mismas en la Sentencia de 15 de julio 1964, Costa c/ENEL, Rec. 1964, en punto a la primacía y aplicabilidad directa, y la Sentencia van Gend en Loos, Rec. 1963, en relación con el efecto directo. Para un desarrollo de estas cuestiones consúltese la obra referida.

En el proceso de Adhesión de España a las Comunidades Europeas hay que recordar los siguientes hitos legislativos:

– Decisión del Consejo de las Comunidades Europeas de 11 de junio 1985, sobre la Adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa a la CECA.

– Tratado de Lisboa y Madrid de 12 de junio 1985, relativo a la adhesión del Reino de España y República Portuguesa a la EURATOM, por el que ambos se convierten en miembros de la CEE y de la EURATOM y partes en los Tratados constitutivos de dichas Comunidades, tal como han sido modificados o completados (art. 1.1). Las condiciones de admisión y las adaptaciones de los Tratados constitutivos de dichas Comunidades figuran en el Acta conjunta al presente Tratado; las disposiciones de dicha Acta, relativas a la CEE y a la EURATOM, serán parte integrante del presente Tratado (art. 2.2). Las disposiciones relativas a los derechos y obligaciones de los Estados miembros, así como los poderes y competencias de las Instituciones Comunitarias contenidas en los Tratados de referencia, se aplicarán con respecto al presente Tratado (art. 1.3).

– La Ley Orgánica de 2 de agosto 1985 de autorización para la adhesión de España a las Comunidades Europeas, por la que se autorizó la ratificación por España del Tratado (CEE y EURATOM) y Decisión anterior (CECA).

– Ley de Bases delegación al Gobierno de 27 de diciembre 1985, para la aplicación del Derecho de las Comunidades Europeas.

En conclusión, el Derecho comunitario fue recibido en España de la siguiente forma: el «primario» en base a los arts. 93 al 96 de la vigente Constitución a través de los arts. 1 y 2 del Acta de Adhesión de 12 de junio 1985; el «derivado», mediante el cauce que señalan los arts. 2, 392, 396 y 397, referidos. En consecuencia, producida la adhesión, todas las disposiciones de los Tratados originarios-fundacionales, así como los actos en vigor, emanados de las Instituciones de las Comunidades, serán de aplicación en España en idénticas condiciones que se venían aplicando en los demás Estados miembros en la fecha de la adhesión, con las excepciones hechas en el Acta (72).

---

(72) Véase NAVARRO HERNAN, M. *Práctica procesal civil, constitucional y comunitaria*. Madrid, 1987, pp. 641 a 726.

Para finalizar esta síntesis, cabe recordar que las Directivas no transpuestas en plazo legal por el Estado miembro, tienen eficacia vertical, es decir, el particular las puede invocar frente al Estado (73) pero no inversa, el Estado no las puede invocar ante el particular (74).

En el orden penal, no cabe duda que el Derecho comunitario puede integrar tipos penales en blanco (75) y también configurar los elementos normativos de los delitos, como sucede en el ámbito de la protección penal de las propiedades intelectual e industrial.

### 3. NORMATIVA INTERNACIONAL UNIVERSAL

Tanto en este apartado como en el siguiente, vamos a enunciar la normativa y anotar a continuación las exigencias que se establecen para nuestra legislación e interpretación de los tipos penales.

#### A) Propiedad intelectual

1) Convenio de 14 de julio de 1967, que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual e Instrumento de ratificación de 12 de mayo de 1969 (76).

2) Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas de 9 de septiembre de 1886, con última revisión en París el 24 de julio de 1971 e Instrumento de ratificación de 2 de julio de 1973 (77).

3) Convenio de 29 de octubre de 1971, para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas, ratificado por España (78).

---

(73) Cfr. Sentencia Marshall de 26 de febrero de 1986 (as 152/84, Rec. p. 736), dictada a instancia de la Court of Appeal inglesa, que pidió la interpretación de la Directiva 76/207 del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo, si bien en la Sentencia Franz Grad, de 6 de octubre de 1970 (as. 9/70), Rec. p. 825) ya se deduce la invocabilidad de la directiva por los particulares del efecto directo.

(74) Cfr. Sentencia Pretore di Salò de 11 de junio de 1987 (as. 14/84, Rec. p. 2565).

(75) Para la consulta de uno de los primeros trabajos sobre esta materia, con referencia a las primeras sentencias de la Sala Segunda del TS, véase DOLZ LAGO, M.J. «Eficacia jurídica del derecho comunitario europeo...», citado (mayo 1994).

(76) «BOE» núm. 26, de 30 de enero de 1974.

(77) «BOE» núm. 81, de 4 de abril 1974 y núm. 260, de 30 de octubre de 1974.

(78) «BOE» núm. 215, de 7 de septiembre de 1974.

4) Convención Universal de Ginebra sobre Derechos de Autor de 6 de septiembre de 1952, revisada en París el 24 de julio de 1971 e Instrumento de ratificación de 7 de marzo de 1974 (79).

5) Convención Internacional de Roma sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, de 26 de octubre de 1961, e Instrumento de ratificación de 2 de agosto de 1991 (80).

6) Convenio de Bruselas de 21 de mayo de 1974, sobre la distribución de señales portadoras de programas transmitidos por satélite (81).

7) Tratado de 20 de abril de 1989. Registro Internacional de Obras audiovisuales («Tratado sobre Registro de Películas») (82).

8) Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio y Acuerdos anejos, entendimiento relativo a los compromisos en materia de servicios financieros y Acuerdo sobre contratación pública, hechos en Marrakech el 15 de abril de 1994 (Anexo 1C: Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio), e Instrumento de ratificación dado en Madrid a 30 de diciembre de 1994 (83).

9) Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor (Conferencia Diplomática sobre ciertas cuestiones derecho de autor y derechos conexos), Ginebra, 2 a 20 de diciembre de 1996 (84).

10) Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre interpretación o ejecución y fonogramas (Conferencia Diplomática sobre ciertas cuestiones derecho de autor y derechos conexos), Ginebra, 2 a 20 de diciembre de 1996 (85).

## B) Propiedad industrial

### a) Normas comunes

1) Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial, del 20 de marzo de 1883, revisado en Bruselas el 14 de noviembre de 1900, en Washington el 2 de junio de 1991, en La Haya el 6 de

(79) «BOE» núm. 13, de 15 de enero de 1975.

(80) «BOE» núm. 273, de 14 de noviembre de 1991.

(81) No consta ratificación.

(82) No consta ratificación.

(83) «BOE» núm. 20, de 24 de enero de 1995.

(84) Aprobado en nombre de la Comunidad Europea por la Decisión (2000/278/CE) (DO núm. L 89, de 11 de abril de 2000). Pendiente de ratificar.

(85) Aprobado en nombre de la Comunidad Europea por la Decisión (2000/278/CE) (DO núm. L 89, de 11 de abril de 2000). Pendiente de ratificar.

noviembre de 1925, en Londres el 2 de junio de 1934 y en Lisboa el 31 de octubre de 1958, hecho en Estocolmo el día 14 de julio de 1967 (86).

2) Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC) de 1994 (87).

b) *Marcas y nombres comerciales*

1) Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas, de 14 de abril de 1891 (88).

2) Protocolo concerniente al Arreglo de Madrid, relativo al Registro Internacional de Marcas, adoptado en Madrid el 27 de junio de 1989 (89).

3) Reglamento común del Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas y del Protocolo concerniente a ese Arreglo (90).

4) Arreglo de Niza relativo a la Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de Marcas de 15 de junio de 1957, revisado en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y en Ginebra el 13 de mayo de 1977 (91).

5) Clasificación internacional de productor y servicios para el Registro de Marcas, establecida en virtud del Arreglo de Niza el 15 de junio de 1957 (92).

6) Tratado sobre Derecho de Marcas, hecho en Ginebra el 27 de octubre de 1994 (93).

7) Reglamento del Tratado sobre el Derecho de Marcas, hecho en Ginebra el 27 de octubre de 1994 (94).

8) Tratado de Singapur sobre Derecho de Marcas, hecho en Singapur el 27 de marzo de 2006 (95).

9) Reglamento del Tratado de Singapur sobre Derecho de Marcas, hecho en Singapur el 27 de marzo 2006 (96).

---

(86) «BOE» núm. 28, de 1 de febrero de 1974.

(87) «BOE» núm. 20 –suplemento– de 24 de enero de 1995; corrección de errores en «BOE» núm. 33, de 8 de febrero de 1995.

(88) «BOE» núm. 147, de 20 de junio de 1979.

(89) «BOE» núm. 276, de 18 de noviembre de 1995.

(90) No publicado en el BOE, en vigor el 1 de septiembre de 2008, aprobado por la OMPI.

(91) «BOE» núm. 65, de 16 de marzo de 1979.

(92) Véase Orden de 26 de noviembre de 1966 por la que se dispone la aplicación de la clasificación internacional de marcas («BOE» núm. 287, de 1 de diciembre de 1966).

(93) «BOE» núm. 41, de 17 de febrero de 1999.

(94) «BOE» núm. 41, de 17 de febrero de 1999.

(95) «BOE» núm. 108, de 4 de mayo de 2009.

(96) «BOE» núm. 108, de 4 de mayo de 2009.

c) *Patentes y modelos de utilidad*

1) Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT) elaborado en Washington el 19 de junio de 1970, enmendado el 2 de octubre 1979 y modificado el 3 de febrero de 1984 y 3 de octubre de 2001 (97).

2) Reglamento del Tratado de Cooperación en materia de Patentes de 19 de junio de 1970 (98).

3) Arreglo de Estrasburgo relativo a la Clasificación Internacional de Patentes, de 19 de junio de 1971 (99).

4) Tratado de Budapest sobre Reconocimiento Internacional del Depósito de Microorganismos a los fines del procedimiento en materia de patentes, hecho en Budapest el 28 de abril de 1977 (100).

5) Reglamento del Tratado de Budapest sobre Reconocimiento Internacional del Depósito de Microorganismos a los fines del procedimiento en materia de patentes, hecho en Budapest el 28 de abril de 1977 (101).

6) Convenio sobre concesión de Patentes Europeas, hecho en Munich el 5 de octubre de 1973 (102).

d) *Diseño y dibujos y modelos industriales*

1) Arreglo de La Haya sobre depósito internacional de dibujos y modelos industriales, de 6 de noviembre de 1925, revisado en Londres el 2 de junio de 1934 (103).

2) Acta Adicional al Arreglo de La Haya sobre depósito internacional de dibujos y modelos industriales, de 6 de noviembre de 1925, revisado en Londres el 2 de junio de 1934 (104).

3) Acta de Ginebra del Arreglo de La Haya relativo al Registro Internacional de Dibujos y Modelos Industriales, de 2 de julio de 1999 (105).

---

(97) «BOE» núm. 267, de 7 de noviembre de 1989.

(98) «BOE» núm. 267, de 7 de noviembre de 1989.

(99) «BOE» núm. 1, de 1 de enero de 1976.

(100) «BOE» núm. 88, de 13 de abril de 1981.

(101) «BOE» núm. 88, de 13 de abril de 1981.

(102) «BOE» núm. 234, de 30 de septiembre de 1986.

(103) «BOE» núm. 114, de 23 de abril 1956; corrección de errores en «BOE» núm. 189, de 7 de julio. La adhesión de España tuvo lugar el 20 de diciembre de 1955, con efecto a partir de 2 de marzo de 1956.

(104) «BOE» núm. 226, de 20 de septiembre de 1969.

(105) «BOE» núm. 297, de 12 de diciembre de 2003.



4) Reglamento del Acta de Ginebra del Arreglo de La Haya relativo al Registro Internacional de Dibujos y Modelos Industriales, de 2 de julio de 1999 (106).

5) Arreglo de Locarno que establece una Clasificación Internacional para los Dibujos y Modelos Industriales, hecho en Locarno el día 8 de octubre de 1968 (107).

#### *Otros*

Convenio Internacional para la protección de las Obtenciones vegetales de 2 de diciembre de 1961, aprobado en el seno de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV), suscrito y ratificado por España, revisado en 10 de noviembre 1972, 23 de octubre de 1978 y 19 de marzo de 1991. Se complementa por Ley 3/2000, de 7 de enero, de régimen jurídico de la protección de Obtenciones Vegetales (108).

#### *Textos antipiratería*

1) Convenio de París de 1889, arts. 2.3.º, 6 bis, 9, 10 y 10 ter.

2) ADPIC's. Acuerdo sobre aspectos de los derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio. Parte III. «Observancia de los derechos de propiedad intelectual» (109).

## 4. NORMATIVA COMUNITARIA EUROPEA (110)

Como indica Hernández Fernández del Valle (111), «la armonización comunitaria de los derechos de autor (denominación “comunitaria

---

(106) «BOE» núm. 297, de 12 de diciembre de 2003.

(107) «BOE» núm. 275, de 16 de noviembre de 1973.

(108) «BOE» 8/2000, de 10 de enero.

(109) «BOE» suplemento núm. 20, de 24 de enero de 1995, rect. «BOE» 8 de febrero de 1995. Link [http://www.oepm.es/cs/Satellite?c=Normativa\\_C&cid=1150897366781&classIdioma=\\_es\\_es&pagename=OEPMSite%2FNormativa\\_C%2FtplContenidoHTML](http://www.oepm.es/cs/Satellite?c=Normativa_C&cid=1150897366781&classIdioma=_es_es&pagename=OEPMSite%2FNormativa_C%2FtplContenidoHTML).

(110) Puede encontrarse a través del siguiente link [http://europa.eu/legislation\\_summaries/internal\\_market/businesses/intellectual\\_property/index\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/intellectual_property/index_es.htm). Nuestro agradecimiento a Juan Antonio García Jabaloy, miembro nacional de España en EUROJUST, que nos ha facilitado también información legislativa sobre esta materia de los Estados miembros de la UE, en concreto, de Eslovenia, Finlandia, Hungría, Irlanda, Italia, Malta, Portugal, República Checa, Alemania, Lituania, Austria, Estonia, Francia y Luxemburgo.

(111) «La propiedad intelectual y la CEE», citada.

ria” de nuestra propiedad intelectual) es una de las consecuencias directas de la implantación del Mercado interior europeo, objetivo central del Acta Única Europea, nombre que recibió aquel Tratado desde 1987 y por el que se reformaba, por primera vez en profundidad, el derecho primario o constitucional de la Comunidad Europea».

Siguiendo a esta autora, si bien actualizando las referencias legislativas que ella dejó en 1994, podemos señalar las fases del proceso de armonización en esta materia, que llevó a cabo la Comisión. Este proceso estuvo marcado por dos etapas:

La primera, consistente en el lanzamiento en 1988 de un Libro Verde [COM (88) 172 final] con una exposición de los problemas y alternativas de solución en materia derechos de autor y afines.

La segunda, se materializó en un programa legislativo específico en este campo, publicado en de enero 1991, resultado de los debates e intercambio de opiniones celebrados con los sectores interesados acerca del contenido del Libro Verde. El citado programa de trabajo de la Comisión [Documento COM (90) 584 final de 17 de enero de 1991] constituyó un compendio de las orientaciones y principales cuestiones que la CEE abordaría en materia derechos de autor y derechos afines en la perspectiva de la puesta en marcha del Mercado Interior.

Dicho programa recogía en el anexo las seis propuestas legislativas a adoptar por la CEE en este campo:

- Una Decisión sobre la ratificación y aplicación por los Doce de los Convenios de Berna (actualizado por el Acta de París de 1971) y de Roma de 1961.
- Una Directiva sobre armonización del tiempo de protección. Aprobada por Directiva 1993/98/CEE, de 29 de octubre de 1993 del Consejo derogada por Directiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006.
- Una Directiva sobre derechos de alquiler y de préstamo. Aprobada por Directiva 92/100/CEE, de 19 de noviembre de 1992 derogada por Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre 2006.
- Una Directiva sobre la copia privada de sonido y de grabaciones audiovisuales (112).

---

(112) Consultada la página web oficial de la UE, no consta ninguna Directiva aprobada con este nombre, si bien la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información afecta a la reprografía.

- Una Directiva sobre derechos de autor y afines en la radiodifusión por satélite y retransmisión por cable. Aprobada por Directiva 93/83/CEE, de 27 de septiembre de 1993.
- Una Directiva sobre la armonización de la protección de bases de datos. Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996.

También se añadía la protección de los programas de ordenador, que ya se incluía en el Libro Blanco sobre Mercado interior, que se aprobó por Directiva 91/250/CEE, de 14 de mayo de 1991 derogada por Directiva 2009/24/CE de 23 de abril de 2009, del Parlamento Europeo y del Consejo.

Por último, junto a este repertorio de propuestas legislativas, el programa de trabajo publicado por la Comisión en 1991 identificaba otras cuatro áreas de interés específico sobre las que debía profundizarse para determinar si debían o no ser merecedoras de propuestas de Directivas armonizadas por la entonces CEE. Eran las siguientes: –el derecho moral, –la reprografía, –el derecho de participación («droit de suite») y –la gestión colectiva de los derechos de autor y afines.

Sobre estas últimas materias, la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, transpuesta por Ley 23/2006, de 7 de junio, por la que se modifica el TRLPI (1996), afecta a la reprografía –arts. 3 a 6– y la Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de septiembre de 2001, reguló el derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original y ha sido transpuesta por Ley 3/2008, de 23 de diciembre, a nuestro ordenamiento interno.

Veamos ahora la relación de este derecho comunitario con sus vigencias y concordancias.

## **A) Propiedad intelectual**

1) Directiva 2009/24/CE, de 23 de abril de 2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre protección jurídica de programas de ordenador (113). Deroga a la Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre protección jurídica de programas de ordenador (114), que en su día fue transpuesta por Ley 16/1993, de 23 de

---

(113) DO núm. 111, de 5 de mayo.

(114) DO núm. L 122, de 17 de mayo 1991.

diciembre (115), la cual, a su vez, fue derogada por TRLPI aprobado por Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril.

2) Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual (versión codificada) (116). Deroga la Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, del mismo nombre, que fue transpuesta por Ley 43/1994, de 30 de diciembre.

3) Directiva 1993/98/CEE, de 29 de octubre de 1993 del Consejo. Armonización del plazo de protección del derecho de autor y determinados derechos afines (117). Transpuesta por Ley 27/1995, de 11 de octubre (118), si bien esta Ley fue derogada por TRLPI aprobado por Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril. En la actualidad, téngase en cuenta la Directiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre 2006, relativa al plazo de protección del derecho de autor y determinados derechos afines (versión codificada) (119).

4) Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable (120). Incorporada por Ley 28/1995, de 11 de octubre (121), si bien esta Ley fue derogada por TRLPI aprobado por Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril.

5) Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo 1996, sobre protección jurídica de las bases de datos (122).

6) Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de julio 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) (123). Transpuesta por Ley 34/2002, de 11 de julio. Servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (124).

7) Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización determinados

---

(115) «BOE» núm. 307/1993, de 24 de diciembre.

(116) DO núm. L 372, de 27 de diciembre de 2006.

(117) DO L núm. 290, de 24 de noviembre.

(118) «BOE» 245/1995, de 13 de octubre.

(119) DO núm. L 372, de 27 de diciembre de 2006.

(120) DO núm. L 248, de 6 de octubre de 1993.

(121) «BOE» núm. 245, de 13 de octubre de 1995.

(122) DO núm. L 77, de 27 de marzo de 1996.

(123) DO L núm. 178, de 17 de julio de 2000.

(124) «BOE» núm. 166, de 12 de julio; rect. «BOE» núm. 187, de 6 de agosto.

aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (125). Transpuesta por la Ley 23/2006, de 7 de junio, por la que se modifica el TRLPI aprobado por Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril (126).

Influye en el tema del agotamiento comunitario del derecho de distribución. Se rechaza la posibilidad de admitir el agotamiento internacional del derecho de marca fuera del territorio comunitario (Directiva 89/104, de 21 de diciembre de 1988, para marcas). Ver conducta típica art. 270.2 CP –importación– (comentario CFGE 1/2006 –JP Sala 1.<sup>a</sup> TS– y doctrinales). También inciden en la misma materia Directiva 92/100 CEE, de 19 de noviembre.

También es citada esta Directiva en la conducta típica del art. 270.3.º CP vulneración de dispositivos para la protección de programas de ordenador y obras.

8) Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de septiembre de 2001 relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original (127). Transpuesta por Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original (128).

9) Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual (129). Transpuesta por la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplía los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la ejecución de los reglamentos comunitarios (130).

10) Reglamento (CE) núm. 1891/2004, de 21 de octubre de 2004, de la Comisión. Adopta las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) núm. 1383/2003, de 22 de julio de 2003, relativo a la intervención de las autoridades aduaneras en los casos de mercancías sospechosas de vulnerar determinados derechos de propiedad intelectual y a las medidas que deben tomarse respecto de las mercancías que vulneren esos derechos (131).

---

(125) DO núm. L 167, de 22 de junio de 2001; corrección de errores en DO núm. L 6, de 10 de enero de 2002.

(126) «BOE» núm. 162, de 8 de julio.

(127) DO núm. 272, de 13 de octubre de 2001.

(128) «BOE» núm. 310, de 25 de diciembre de 2008.

(129) DO núm. L 157, de 30 de abril de 2004; versión corregida en DO núm. L 195, de 2 de junio 2004; corrección de errores en DO núm. L 351, de 26 de noviembre de 2004 y núm. L 204, de 4 de agosto de 2007.

(130) «BOE» núm. 134, de 6 de junio de 2006.

(131) DO L núm. 328, de 30 de octubre.

## B) Propiedad industrial

### a) Normas comunes

1) Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, hecho en Roma el 25 de marzo de 1957 [arts. 2, 3.a) y h), 28 a 30] (132).

2) Reglamento (CE) núm. 1383/2003, del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo a la intervención de las autoridades aduaneras en los casos de mercancías sospechosas de vulnerar determinados derechos de propiedad intelectual y a las medidas que deben tomarse respecto de las mercancías que vulneren esos derechos (133).

3) Reglamento (CE) núm. 1891/2004, de la Comisión, de 21 de octubre de 2004, por el que se adoptan las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) núm. 1383/2003, del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo a la intervención de las autoridades aduaneras en los casos de mercancías sospechosas de vulnerar determinados derechos de propiedad intelectual y a las medidas que deben tomarse respecto de las mercancías que vulneren esos derechos (134).

### b) Marcas y nombres comerciales

1) Directiva 2008/95/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre 2008 (135), sobre armonización de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas. Deroga la Directiva 89/104/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, sobre la misma materia (136), que fue transpuesta por Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (137).

2) Reglamento (CE) núm. 207/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009, sobre marca comunitaria (138). Deroga el Reglamento (CE) 40/94, del Consejo, de 20 de diciembre, sobre la misma materia (139).

3) Reglamento (CE) núm. 2868/95, de la Comisión, de 13 de diciembre de 1995, por el que se establecen normas de ejecución del Reglamento (CE) núm. 40/94 del Consejo sobre la marca comunitaria (140).

---

(132) «BOE» núm. 1, de 1 de enero de 1986.

(133) DOUE, serie L, núm. 196, de 2 de agosto.

(134) DOUE, serie L, núm. 328, de 30 de octubre.

(135) DOUE, serie L, núm. 299, 8 de noviembre de 2008.

(136) DOCE, serie L, núm. 40, de 11 de febrero de 1989.

(137) «BOE» núm. 294, de 8 de diciembre.

(138) DOCE serie L, núm. 78, de 24 de marzo.

(139) DOCE, serie L, núm. 11, de 14 de enero.

(140) DOCE serie L, núm. 303, de 15 de diciembre.

4) Reglamento (CE) núm. 216/96, de la Comisión, de 5 de febrero 1996, por el que se establece el procedimiento de las Salas de Recurso de la Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, diseños y modelos) (141).

c) *Patentes (142) y modelos de utilidad*

(141) DOCE serie L, núm. 28, de 6 de febrero.

(142) Según la página oficial de la Unión Europea, link [http://europa.eu/scad-plus/glossary/community\\_patent\\_es.htm](http://europa.eu/scad-plus/glossary/community_patent_es.htm), En de julio de 2000, la Comisión Europea propuso la creación de una patente comunitaria, con objeto de dar a los inventores la posibilidad de obtener una patente única legalmente válida en toda la Unión Europea. El carácter unitario de la patente comunitaria permitiría reducir considerablemente la carga de las empresas y el coste de obtención de una patente. Con ello se espera reactivar la competitividad europea y fomentar la innovación. El sistema de la patente comunitaria tendría las siguientes ventajas: simplificación de la protección de las invenciones en todo el territorio comunitario merced a un procedimiento único, y expedición de las patentes por una división de la Oficina Europea de Patentes de Múnich; importante reducción de los costes necesarios para patentar, especialmente los relacionados con la traducción y la presentación; una de mayor seguridad jurídica, gracias al establecimiento de un sistema único y centralizado de resolución de litigios ante un Tribunal de la Patente Comunitaria. El sistema propuesto permitiría suprimir los obstáculos derivados del sistema de patente europea, existente desde 1973. En efecto, la patente europea sólo es unitaria hasta que es expedida, pasando entonces a desdoblarse en tantas patentes nacionales como países designados en la solicitud. Una vez expedida, la patente comunitaria está sujeta a las leyes nacionales, y ninguna instancia común permite armonizar la jurisprudencia a nivel europeo. Sin embargo, el objetivo de la patente comunitaria no es sustituir los sistemas nacionales y el sistema europeo, sino añadirse a ellos. Los inventores seguirán teniendo la libertad de elegir el tipo de protección de patente que más les convenga. La creación de un sistema de patente comunitaria sigue siendo una cuestión delicada, ya que, hasta ahora, este expediente sigue bloqueado en el Consejo de Ministros. El principal punto discordante es la cuestión de la traducción de las reivindicaciones de la patente. Por consiguiente, no hay ningún elemento que permita prever cuándo podría estar por fin disponible la patente comunitaria. Sobre la patente comunitaria, en Wikipedia <http://es.wikipedia.org/wiki/Patente> puede leerse: todos los miembros de la UE han firmado el Convenio de la Unión de París para la protección de la propiedad intelectual (20 de marzo de 1883) y el acuerdo TRIPS (*Trade-Related aspects of Intellectual Property rights*), o, por sus siglas en español, ADPIC, Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio) el 15 de abril de 1994. La patente europea se basa en el Convenio sobre la Patente Europea (CPE o Convenio de Múnich) de 1973. El CPE concede derechos en tantos países como lo desee el solicitante. Esto dota de una gran flexibilidad. El CPE no proporciona un tribunal a nivel europeo sino que los tribunales nacionales son los que han de resolver los problemas que surjan. Nada impide a diferentes tribunales dirimir las solicitudes que se les hagan de diferente forma. El CPE estableció la Oficina Europea de Patentes para gestionar las patentes europeas. El 24 de julio de 1997 la Comisión Europea presentó el *Libro Verde sobre la patente comunitaria y el sistema de patentes en Europa*<sup>2</sup>. Como resultado del debate iniciado por este papel la comisión desarrolló una comunicación para el Consejo Europeo, el Parlamento Europeo y el Comité Económico y Social sobre

este Libro Verde. En esta comunicación la Comisión propuso diferentes iniciativas y legislación sobre la patente comunitaria. El 5 de julio de 2000 la Comisión presentó una propuesta para una regulación del Consejo sobre la patente comunitaria [COM(2000) 412 final]. El Consejo desea que esta propuesta se apruebe lo antes posible pero no parece fácil. Existe un procedimiento unificado que permite solicitar de manera centralizada una patente, cuya tramitación posterior puede dar lugar potencialmente a un conjunto de patentes en muchos países, es el denominado procedimiento PCT. El procedimiento PCT puede continuarse directamente como solicitud de patentes nacionales o como solicitud europea ante la Oficina Europea de Patentes. PCT significa Tratado de cooperación en materia de patentes. La patente comunitaria. El sistema de patente comunitaria propuesta por la Comisión debe convivir con los sistemas en uso (los sistemas nacionales y el CPE). La coherencia entre estos sistemas se consigue gracias a la adhesión de la UE al Convenio de Múnich. La OEP será la organización que se encargue de examinar las patentes y conceder la patente comunitaria. La OEP seguiría haciendo el mismo trabajo de siempre. Las principales características de la patente comunitaria son unidad y autonomía. Solo se pueden conceder, transmitir, revocar o expirar para toda la comunidad y sólo pueden estar sujetas a la legislación propuesta y al derecho general de la UE. El CPE regulará el procedimiento de concesión de la patente y los requisitos de patentabilidad de esta patente comunitaria. Esta patente es, en definitiva, una patente europea en el sentido del Convenio de Múnich en la que el área de aplicación es la comunidad al completo. A día de hoy, el coste medio de una patente europea (para ocho países) es, aproximadamente, EUR 30.000. El coste de la traducción se lleva sobre el 39% del total. La propuesta de la comisión trata de reducir el coste de la patente reduciendo el coste de la traducción y del procedimiento. Para reducir el coste de la traducción la propuesta requiere la traducción de toda la petición de patente a una sola lengua de las de trabajo del OEP y dos traducciones adicionales de las reivindicaciones a las otras dos. Así, traducir una patente completa a todos los idiomas comunitarios costaría unos 17.000 €, a las tres lenguas de la OEP, 5.100 €, y, según la propuesta de la comisión, 2.200 €. Está claro que es mucho más barato. Otra propuesta de la comisión es igualar el coste de los procedimientos con los de los principales socios comerciales. La patente europea es tres veces más cara que la japonesa y casi cinco veces más cara que la estadounidense. Como es la OEP quien examina las patentes y sus tarifas vienen fijadas por el Convenio de Múnich la Comisión no puede cambiarlas. Pero si que puede modificar los costes de renovación y lo hace acercando la patente europea a la japonesa y la estadounidense. Para resolver los problemas legales que surjan alrededor de las patentes la Comisión propone la creación de un Tribunal Comunitario sobre Propiedad Intelectual. De esta forma se conseguiría la uniformidad en la legislación y la jurisprudencia. El nacimiento de la patente comunitaria está siendo muy difícil. Un asunto tan importante como es la propiedad industrial no es fácilmente dejado de lado por los Estados miembros. Aunque la Comisión está trabajando duro para conseguir la aprobación de la propuesta, aún no se ha conseguido. Por otro lado, en comentario de actualidad, Según el diario *Expansión*, link <http://www.expansion.com/2010/05/06/juridico/1273181427.html>, España bloquea el proyecto de un sistema unificado en la UE por sus exigencias lingüísticas. Un estudio de Bruegel asegura que un modelo único ahorraría 650 millones de euros a las empresas al año. La patente comunitaria no verá la luz durante la Presidencia española de la UE. España ha fracasado en su compromiso de que culminara este proyecto durante su liderazgo de la Unión. Y también es un desengaño para la Comisión Europea, que confiaba en que las responsabilidades de la Presidencia rotatoria rebajaran las exigencias del Gobierno de Zapatero



sobre la presencia del español en las patentes. Ni siquiera se ha conseguido impulsar el proceso, que ahora está de nuevo bloqueado. Así lo explican fuentes próximas a la negociación, que auguran que la patente comunitaria tampoco estará lista durante la próxima Presidencia belga. Ni siquiera se va a tratar el asunto en el próximo Consejo de Competitividad los días 25 y 26 de mayo. Estas fuentes detallan que el bloqueo tiene tres frentes: los cambios que supone el Tratado de Lisboa, el problema lingüístico y el sistema judicial. Así, el Reglamento que validó el Consejo el pasado de diciembre requiere ahora el acuerdo del Parlamento, y luego volverá al Consejo. «La CE confió en que la Presidencia española lo presentaría en este semestre, pero requería un acuerdo previo con España que ha sido imposible», lamentan estas fuentes. El tercer asunto es el sistema jurisdiccional, que tiene sobre la mesa el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidades Europeas. Hay prevista una vista el 18 de mayo sobre el tema, que tampoco se despejará durante la Presidencia española. En diciembre se acordó un sistema de tribunales que tendrían competencia exclusiva en patentes, uno central y varios regionales. En España habrá, previsiblemente, uno o dos. Y se crearán en un periodo de cinco años. El nuevo bloqueo de la patente comunitaria llega en plena crisis. Bruno Pottelsberghe, senior fellow de Bruegel y profesor de la Universidad Libre de Bruselas, recuerda en su informe *Europe Should Stop Taxing Innovation* que la patente comunitaria ahorraría 250 millones de euros a las empresas y que, al contrario de lo que se cree, las Oficina Europea y las nacionales también se beneficiarían, con 43 millones de euros y 78 millones de euros, respectivamente. Además, el ahorro en traducciones y litigios supondría 400 millones más para las empresas, un total de 650 al año. «La creación de un modelo de patente europea único requiere un sistema de traducción sólo del inglés, el fin de las patentes nacionales, acabar con la actual patente europea, tasas más bajas para compañías jóvenes e innovadoras y una reorganización radical de la Oficina Europea», asegura el informe. «Como consecuencia, el sistema es en la práctica un impuesto sobre la innovación, e impide que emerja un mercado integrado para invenciones y tecnologías en el principio del proceso de innovación», afirma. Respecto al idioma, Bruegel entiende que «el bloqueo viene de países que rehúsan validar patentes publicadas en otra lengua, y alegan que esto sería una gran desventaja para el emprendedor local». Este argumento le parece «falso». Por su parte, Manuel Bermúdez Caballero, abogado experto en Derecho Comunitario de SJ Berwin, ha preparado un informe sobre la patente comunitaria en el que explica que «el proyecto está maduro pero el camino no está exento de dificultades». De esta forma, detalla que construir el sistema de litigación de patentes fuera del Tratado de Lisboa hará que deba empezar de nuevo el proceso de ratificación de los Estados y podría requerir un referéndum en Dinamarca». Sobre el Reglamento de la patente, recuerda que debería acompañarse de una Regulación complementaria sobre la traducción, que ni siquiera se ha redactado y requerirá unanimidad en el Consejo». Y concluye que, a pesar de las esperanzas que se pusieron en la Presidencia Española, ésta «ha manifestado de forma informal que no aceptará una máquina de traducción simultánea o sólo tres idiomas. El comisario de Mercado Interior Michel Barnier se enfrenta a un largo proceso». Los siete pecados capitales de la fragmentación del modelo son Coste: Una patente europea que se mantiene durante 10 años en sólo 6 países es 4 veces más cara que en EE.UU. o Japón. Si se quiere proteger en todos los países de la UE, el coste es 20 veces de mayor que en EEUU, según Bruegel. Baja Calidad: La de mayoría de las oficinas regionales reconoce patentes independientemente de la Oficina Europea. La consecuencia es que hay estándares de calidad heterogéneos. Complejidad: Registrar y proteger patentes en muchos países es complicado, sobre todo para emprendedores e innovadores. Incerti-

1) Convenio sobre concesión de Patentes Europeas, hecho en Munich el 5 de octubre de 1973 (143).

2) Reglamento (CE) núm. 816/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, sobre la concesión de licencias obligatorias sobre patentes relativas a la fabricación de productos farmacéuticos destinados a la exportación a países con problemas de salud pública (144).

3) Reglamento CEE núm. 1768/1992, de 18 de junio, de creación de un certificado complementario de protección de los medicamentos (145).

4) Reglamento (CE) núm. 1610/96 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 1996, por el que se crea un certificado complementario de protección para los productos fitosanitarios (146).

5) Directiva 98/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas (147). Transpuesta por Ley 10/2002, que modifica la Ley 11/1986, de Patentes (148).

6) Reglamento (CE) núm. 510/2006 del Consejo, de 20 de marzo de 2006, sobre la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios (149), que derogó mediante su art. 19 el Reglamento CEE 2081/92, del Consejo, de 14 de julio, relativo a la protección de las indicaciones geográficas y denominaciones de origen de los productos agrícolas (150), referido en Orden del Ministerio de Agricultura de 25 de enero de 1994. Téngase en cuenta que el Reglamento derogado fue modificado por Reglamento (CE) núm. 1726/98 de la Comisión, de 22 de julio de 1998, que modifica el Reglamento (CEE) núm. 2037/93 por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CEE) núm. 2081/92 del Consejo relativo a la protección

---

dumbre: Las patentes de inventos con un valor de mercado alto son objeto de litigación, en Europa, a menudo, en varios países a la vez y con resultados divergentes. Escasa Coherencia: Es posible hacer importaciones paralelas a través de los países en que no está protegida la patente. Además, hay incoherencias temporales en validaciones entre las oficinas nacionales y la europea. Falta de Coordinación: Hay muy poca, si hay alguna, en política de patentes. Debilidad Negociadora: El sistema europeo de patentes no tiene un único representante en las negociaciones internacionales.

(143) «BOE» núm. 234, de 30 de septiembre de 1986.

(144) DOUE, serie L, núm. 157, de 9 de junio.

(145) DO L 182 de 2.7.1992, p. 1/5.

(146) DOCE, serie L, núm. 198, de 18 de agosto.

(147) DOCE núm. 213/1998, de 30 de julio.

(148) «BOE» núm. 103, de 30 de abril 2004.

(149) DOUE 93/2006, de 31 de marzo de 2006.

(150) DOCE 208/1992, de 24 de julio.

de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios, en el que se regula el símbolo comunitario en la etiqueta del producto agrícola o alimenticio (151).

7) Directiva 87/54/CEE, de 16 de diciembre (152), para la protección jurídica de la topografía de los productos semiconductores. Incorporada por Ley 11/1988, de 3 de mayo, del mismo nombre (153).

d) *Diseño y dibujos y modelos industriales*

1) Directiva 98/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre 1998, sobre la protección jurídica de los dibujos y modelos (154). Transpuesta por Ley 20/2003, de 7 de julio, de protección jurídica del diseño industrial (155).

2) Reglamento (CE) núm. 6/2002 del Consejo, de 12 de diciembre 2001, sobre dibujos y modelos comunitarios (156).

3) Reglamento (CE) núm. 2245/2002, de la Comisión, de 21 de octubre de 2002, de ejecución del Reglamento (CE) núm. 6/2002 del Consejo, de 12 de diciembre de 2001, sobre dibujos y modelos comunitarios (157).

*Textos antipiratería*

1) Libro Verde la Comisión de las Comunidades Europeas para la Lucha contra la piratería y la usurpación de la Marca en el Mercado Interior (1998) (158).

2) Normativa aduanera. Reglamento (CE) núm. 1383/2003, del Consejo de 22 de julio de 2003 relativo a la intervención de las autoridades aduaneras en los casos de mercancías sospechosas de vulnerar determinados derechos de propiedad intelectual y a las medidas que

---

(151) DOCE 224/1998, de 11 de agosto.

(152) DO L 24 de 27.1.1987.

(153) «BOE» núm. 108/1998, de 5 de mayo.

(154) DOCE serie L, núm. 289, de 28 de octubre de 1998.

(155) «BOE» núm. 162, de 8 de julio.

(156) DOCE, serie L, núm. 3, de 5 de enero de 2002, corrección de errores en DOCE, serie L, núm. 179, de 9 de julio.

(157) DOCE, serie L, núm. 341, de 17 de diciembre.

(158) Link [http://www.oepm.es/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=MDT-Type&blobheadervalue1=inline%3B+filename%3DLibroVerde\\_Pirateria.pdf&blobheadervalue2=abinary%3B+charset%3DUTF-8&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1150475263412&ssbinary=true](http://www.oepm.es/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=MDT-Type&blobheadervalue1=inline%3B+filename%3DLibroVerde_Pirateria.pdf&blobheadervalue2=abinary%3B+charset%3DUTF-8&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1150475263412&ssbinary=true).

deben tomarse respecto de mercancías que vulneren esos derechos (159).

3) Resolución del Consejo de 25 de septiembre de 2008 sobre un plan europeo global de lucha contra la falsificación y la piratería (160).

4) Resolución del Consejo de 16 de marzo de 2009, sobre un plan de acción aduanero de la Unión Europea para luchar contra la vulneración de los derechos de propiedad intelectual e industrial, para los años 2009 a 2012 (161).

5) Observatorio Europeo de Falsificación y Piratería, inaugurado el 2 de abril de 2009, en el seno de la Comisaría de Mercado Interior. Constituye una plataforma consagrada a la recogida de datos, la sensibilización, el diálogo y el intercambio de puntos de vista y de mejores prácticas por lo que se refiere a la aplicación de los derechos de propiedad intelectual entre empresas y Gobiernos (162).

---

(159) Link [http://www.oepm.es/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=MDT-Type&blobheadervalue1=inline%3B+filename%3DReglamento13832003\\_Pirateria.pdf&blobheadervalue2=abinary%3B+charset%3DUTF-8&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1150475263373&ssbinary=true..](http://www.oepm.es/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=MDT-Type&blobheadervalue1=inline%3B+filename%3DReglamento13832003_Pirateria.pdf&blobheadervalue2=abinary%3B+charset%3DUTF-8&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1150475263373&ssbinary=true..)

(160) DO C 253 de 4.10.2008, p. 1.

(161) DO C 71 de 25.3.2009 p. 1.

(162) Su tercera reunión se celebró el pasado 10 de junio de 2010 en Madrid, bajo la Presidencia Española de la Unión Europea. Información sobre la misma en el link [http://www.oepm.es/cs/OEPMSite/contenidos/Noticias/Observatorio2010/Nota\\_Resumen\\_Observatorio.pdf](http://www.oepm.es/cs/OEPMSite/contenidos/Noticias/Observatorio2010/Nota_Resumen_Observatorio.pdf). Sus conclusiones fueron las siguientes: 1) La Comisión asumirá la tarea definir las funciones del Observatorio para que se instituya en institución central de diálogo, intercambio de información y lucha coordinada contra la piratería. 2) La necesidad de avanzar en convergencia en lo que se refiere a las medidas adoptadas en esta materia en los distintos países de la Unión Europea en aras a unificar criterios preventivos, de análisis y de acción y facilitar así la lucha conjunta contra la piratería. Se ha comentado en este punto la conveniencia de crear de una base de datos común para centralizar la información y agilizar la toma de medidas a adoptar. 3) La importancia de las campañas de comunicación y sensibilización, e intensificar los esfuerzos en el sector de población comprendido entre los 16 y 24 años, mediante campañas educativas e iniciativas originales, tales como la promovida por el Parlamento Europeo, mediante concursos y premios para llegar al público más joven y expuesto a esta actividad. En este punto mencionar la campaña promovida por la Oficina Española de Patentes y Marcas «yo soy original, no compro falsificaciones.» 4) Ahondar en un enfoque horizontal de la política de la lucha contra la piratería en consonancia con sus repercusiones multidisciplinarias. 5) Continuar con los esfuerzos en formación de todos aquellos Cuerpos responsables de la aplicación de las acciones y normativa en esta materia. 6) El doble enfoque preventivo y reactivo de las medidas necesarias, poniendo énfasis en el primero de ellos. 7) La importancia de la innovación constante como instrumento en la lucha contra la piratería y el necesario apoyo, en especial a las Pymes, para su fomento. 8) Finalmente mencionar, la vocación de apertura internacional del Foro, siendo conveniente el acercamiento en todos los niveles, bilateral/multilateral para hacer frente a un amenaza creciente. En

6) Resolución del Consejo de 1 de marzo de 2010, sobre el respeto de los derechos de propiedad intelectual en el Mercado Interior (163). Cita como instrumentos comunitarios adoptados para luchar contra la infracción de los derechos de propiedad intelectual en particular las siguientes tres Directivas y Reglamento, enunciados anteriormente: Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, Reglamento (CE) núm. 1383/2003, del Consejo de 22 de julio de 2003 relativo a la intervención de las autoridades aduaneras en los casos de mercancías sospechosas de vulnerar determinados derechos de propiedad intelectual y a las medidas que deben tomarse respecto de mercancías que vulneren esos derechos, Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información y la Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre protección jurídica de programas de ordenador.

### *Internet*

Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (164).

efecto, y a la luz de los estudios realizados y expuestos en la Reunión el pasado 10 de junio por los distintos representantes de países, instituciones y sector privado, la Piratería supone una amenaza social y económica con enormes efectos devastadores para la sociedad en su conjunto, que además encuentra una vía fácil como consecuencia de la Nuevas Tecnologías. Una amenaza poco visible aún para el ciudadano por tratarse de daños intangibles, y que por ello necesita de campañas de sensibilización y de esfuerzos coordinados por parte de la Comunidad Internacional. En esta dirección, el Observatorio está realizando importantes avances, pero como se ha comentado en la reunión, esto sólo es un comienzo a partir del cual hay que avanzar en diálogo, cooperación, sensibilización y armonización.

(163) Link [http://www.oepm.es/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=MDT-Type&blobheadervalue1=inline%3B+filename%3DDOUE\\_56\\_Resolucion\\_PI\\_MercadoInterior\\_Pirateria.pdf+&blobheadervalue2=abinary%3B+charset%3DUTF-8&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1150484731910&ssbinary=true](http://www.oepm.es/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=MDT-Type&blobheadervalue1=inline%3B+filename%3DDOUE_56_Resolucion_PI_MercadoInterior_Pirateria.pdf+&blobheadervalue2=abinary%3B+charset%3DUTF-8&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1150484731910&ssbinary=true).

(164) Diario Oficial Unión Europea (DOUE) 337/2009, de 18 de diciembre de 2009.

## 5. SÍNTESIS DE LA NORMATIVA NACIONAL EUROPEA ARMONIZADA

En el presente epígrafe haremos referencia a las leyes nacionales que han transpuesto las diferentes Directivas dictadas sobre propiedad intelectual (e industrial) en la Unión Europea (165), ya que recuérdese que los Reglamentos comunitarios son directamente aplicables y no requieren transposición a las leyes de los Estados miembros.

También, haremos una referencia a las Directivas todavía no transpuestas, el plazo de la transposición y sus efectos.

### a) *Propiedad intelectual*

– Ley 16/1993, de 23 de diciembre (166), por la que se transpone la Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo 1991, sobre protección jurídica de programas de ordenador (167), si bien esta Ley fue derogada por TRLPI aprobado por Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril y la Directiva 2009/24/CE, de 23 de abril, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre protección jurídica de programas de ordenador (168), todavía no transpuesta, derogó a la anterior Directiva.

– Ley 43/1994, de 30 de diciembre, incorpora la Directiva 92/100/CEE del Consejo de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, derogada por Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de noviembre 2006, citada.

– Ley 27/1995, de 11 de octubre (169), transpuso la Directiva 1993/98/CEE, de 29 de octubre 1993 del Consejo. Armonización del plazo de protección del derecho de autor y determinados derechos afines (170), si bien esta Ley fue derogada por TRLPI aprobado por Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril.

– Ley 28/1995, de 11 de octubre (171), transpuso la Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre 1993, sobre coordinación determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión.

---

(165) En la Unión Europea la denominación propiedad intelectual también comprende la industrial.

(166) «BOE» núm. 307/1993, de 24 de diciembre.

(167) DO núm. L 122, de 17 de mayo de 1991.

(168) DO núm. 111, de 5 de mayo de 2009.

(169) «BOE» núm. 245/1995, de 13 de octubre.

(170) DOL núm. 290, de 24 de noviembre.

(171) «BOE» núm. 245, de 13 de octubre de 1995.

sión vía satélite y de la distribución por cable (172), si bien esta Ley fue derogada por TRLPI aprobado por Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril.

– Ley 5/1998, de 6 de marzo (173). Incorporación al Derecho Español de la Directiva 96/9/CE, de 11 de marzo del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre Protección Jurídica de las bases de datos (174).

– Ley 34/2002, de 11 de julio. Servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (175). Incorpora la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico (Directiva sobre el comercio electrónico) e incorpora parcialmente la Directiva 98/27/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, al regular, de conformidad con lo establecido en ella, una acción de cesación contra las conductas que contravengan lo dispuesto en esta Ley.

– Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la ejecución de los reglamentos comunitarios (176) que transpone la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual (177).

– Ley 23/2006, de 7 de junio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril (178), que transpone la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo 2001, relativa a la armonización determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (179).

---

(172) DO núm. L 248, de 6 de octubre de 1993.  
(173) «BOE» núm. 57, de 7 de marzo de 1998.  
(174) DO núm. L 77, de 27 de marzo de 1996.  
(175) «BOE» núm. 166, de 12 de julio; rect. «BOE» núm. 187, de 6 de agosto.  
(176) «BOE» núm. 134, de 6 de junio de 2006.  
(177) DO núm. L 157, de 30 de abril de 2004; versión corregida en DO núm. L 195, de 2 de junio de 2004; corrección de errores en DO núm. L 351, de 26 de noviembre 2004 y núm. L 204, de 4 de agosto de 2007.  
(178) «BOE» núm. 162, de 8 de julio de 2006.  
(179) DO núm. L 167, de 22 de junio de 2001; corrección de errores en DO núm. L 6, de 10 de enero de 2002.

– Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original (180). Transpone Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de septiembre de 2001 relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original (181).

b) *Propiedad industrial*

– Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes (182). Su Exposición de Motivos señala que se recoge el derecho europeo de patentes representado por el Convenio de Munich de 5 de octubre de 1973 sobre Patente Europea, y el Convenio de Luxemburgo sobre Patente Comunitaria de 15 de diciembre de 1975.

– Ley 11/1988, de 3 de mayo, para la protección jurídica de la topografía de los productos semiconductores. Incorpora Directiva 87/54/CEE, de 16 de diciembre, del mismo nombre (183).

– Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (184) que transpuso la Directiva 89/104 CEE del Consejo, de 21 de diciembre 1988 sobre armonización de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas, posteriormente derogada por Directiva 2008/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2008 (185).

– Ley 10/2002, que modifica la Ley 11/1986, de 20 de marzo de Patentes (186), por la que se incorpora la Directiva 98/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas (187).

– Ley 20/2003, de 7 de julio, de protección jurídica del diseño industrial (188), que transpuso la Directiva 98/71 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1998, sobre protección jurídica de los dibujos y modelos (189).

---

(180) «BOE» núm. 310, de 25 de diciembre de 2008.

(181) DO núm. 272, de 13 de octubre de 2001.

(182) «BOE» núm. 73, de 26 de marzo.

(183) «BOE» núm. 108/1998, de 5 de mayo.

(184) «BOE» núm. 294, de 8 de diciembre.

(185) DOUE, serie L, núm. 299, de 8 de noviembre de 2008.

(186) «BOE» núm. 103, de 30 de abril de 2004.

(187) DOCE núm. 213/1998, de 30 de julio.

(188) «BOE» núm. 162, de 8 de julio.

(189) DOCE serie L, núm. 289, de 28 de octubre de 1998.



## 6. CRITERIOS NORMATIVOS INTERNACIONALES Y COMUNITARIOS EN LA INTERPRETACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

Tras la exposición de la legislación internacional y comunitaria sobre la propiedad intelectual e industrial, debidamente sistematizada y concordada, vamos a resumir en este epígrafe los criterios de ésta que influyen en la interpretación de los tipos penales españoles, algunos de ellos tratados en la doctrina de la FGE en sus más recientes Circulares sobre la materia, la núm. 2/1989, de 20 de abril y 1/2006 (190), si bien con diferente sistemática.

- a) *La asimilación del autor convencional extranjero no comunitario ni residente (191) al nacional, a efectos de sujetos pasivos protegidos, en virtud de los Convenios de Berna para protección de obras literarias y artísticas de 9 de septiembre 1986 y la Convención Universal de Ginebra de 6 de noviembre 1952, sobre derechos de autor (192)*

Como indica la CFGE 2/1989, de 20 de abril, sobre algunos aspectos de la formulación típica y la responsabilidad civil en los delitos contra la propiedad intelectual tras la Ley Orgánica 6/1987, de 11 de

---

(190) Memoria FGE 1990 (FGE, D. Leopoldo Torres Boursault), pp. 391 a 440 y Memoria FGE 2007 (FGE, D. Cándido Conde-Pumpido Tourón) No hay que olvidar que en la Memoria de 1931, en tiempos de la II República, siendo Fiscal General de la República D. José Franchy y Roca, se publica la Circular de 27 de junio 1931, sobre disposiciones aplicables en materia de propiedad industrial, examinándose entonces la Ley de Propiedad Industrial de 16 de mayo 1902 y estableciéndose la conclusión siguiente: la enumeración que en los artículos de naturaleza penal se hace a las marcas, patentes, modelos, etcétera, no tienen carácter limitativo, pero sí puramente enunciativo y abarca, por tanto, todos y cualesquiera modalidades de la propiedad industrial.

(191) Los residentes están plenamente protegidos como los nacionales en virtud de las disposiciones del TRLPI 1996, ya sean autores [art. 145.1.a)], productores intérpretes o ejecutantes (art. 146.2.a) o entidades de radiodifusión (art. 148.1), mientras que los no residentes (autores, productores de fonogramas, grabaciones audiovisuales, realizadores de meras fotografías y editores de obras inéditas) están protegidos respecto de las obras publicadas por primera vez en territorio español o dentro de los 30 días siguientes a que lo hayan sido en otro país, pero con ciertas restricciones si no existe trato de reciprocidad [arts. 145.1.b y 174.1.b)]. También los artistas intérpretes o ejecutantes ostentan los mismos derechos que los españoles cuando la interpretación se efectúe en territorio español o sea grabada en un fonograma o en un soporte audiovisual o se incorpore a una emisión de radiodifusión protegidas por la Ley [art. 146.2, b), c), d)], sin que en este caso haya restricciones.

(192) Ver CFGE 2/1989, MFGE 1990, p. 413.

noviembre, al estudiar la situación de los extranjeros titulares derechos de autor y conexos, después de afirmar que el derecho moral del autor es reconocido cualquiera que sea la nacionalidad del titular *ex art. 145.2 Ley 22/1987* (193), «con relación al derecho de autor ofrecen una particular importancia los siguientes instrumentos internacionales: el Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas de 9-9-1986, cuya última revisión es de 24-7-1971, y la Convención Universal de Ginebra de 6-11-1952 sobre derechos de autor, revisada también en París el 24-7-1971. Ambos Convenios establecen el principio de asimilación al nacional del autor convencional por virtud del cual este último se beneficia de la protección que nuestra Ley concede a los autores españoles, incluso de aquellos derechos que no le estén reconocidos en la legislación del país de origen de la obra (art. 5.4 del Convenio de Berna y arts. II y IV de la Convención Universal de Ginebra), con la salvedad del plazo de duración del derecho (art. 7.8 del Convenio de Berna y IV.4 de la Convención de Ginebra. En orden a los derechos conexos España sólo tiene ratificado el Convenio de 29-10-1971 para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas, por lo que la protección específica de los extranjeros artistas, productores de obras audiovisuales, entidades de radiodifusión y editores de obras inéditas caídas en el dominio público, se rigen por las disposiciones de la legislación española».

El actual TRLPI 1996, modificado por Ley 23/2006, al regular el ámbito de aplicación de esta Ley equipara a los españoles los nacionales de países miembros de la Unión Europea en su art. 163.1, manteniendo la referencia a los Convenios internacionales en el apartado 3.º del mismo precepto, al indicar que «En todo caso, los nacionales de terceros países gozarán de la protección que les corresponda en virtud de Convenios y Tratados internacionales en los que España sea parte y, en su defecto, estarán equiparados a los autores españoles cuando éstos, a su vez, lo estén a los nacionales del país respectivo».

b) *Criterios comunitarios ante las descargas ilegales en Internet de obras literarias, artísticas o científicas protegidas* (194)

La CFGE 1/1986, sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, al tratar las conductas de lesión de los derechos de propiedad intelectual a través

---

(193) Actualmente, art. 163.5 TRLPI (1996 modificada por Ley 23/2006).

(194) Véase Resolución del Consejo de 1 de marzo de 2010 sobre el respeto a los derechos de propiedad intelectual en el mercado interior (DOUE de 6 de marzo de 2010/C 56/01).

de los medios de la sociedad de la información, en especial, Internet (195), concluye lo siguiente:

«La colocación de obras protegidas en Internet así como la utilización de sistemas de intercambio de archivos para la obtención de dichas obras, está incardinada en el concepto amplio del derecho exclusivo de comunicación pública que se define en el vigente art. 20 del texto refundido de la LPI. En el Proyecto de Ley de modificación del texto refundido de la LPI, expresamente se incorpora en el art. 20.2 apartado i), como modalidad específica del derecho de comunicación “la puesta a disposición del público de obras por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija (196).”

Quienes colocan en un sitio de Internet una obra protegida sin la autorización de su titular o los usuarios de un sistema Peer to Peer de intercambio de archivos, realizan una conducta de comunicación pública no autorizada, e infringen el derecho exclusivo del titular; dicha infracción es susceptible de ser denunciada y reparada mediante el ejercicio de las correspondientes acciones de carácter civil, pero en principio, y salvo que por las circunstancias concurrentes se acredite lo contrario, no concurre en los mismos el elemento subjetivo del ánimo de lucro que exige el tipo penal. El elemento del ánimo de lucro debe ser interpretado, no en el sentido amplio de obtención de cualquier tipo de ventaja, utilidad o beneficio, sino en el sentido estricto de “lucro comercial”.

En cuanto a la conducta del que se limita a bajarse de la Red una obra para su disfrute personal, no realiza un acto de comunicación, sino una copia privada, sin que concurra tampoco el elemento subjetivo de ánimo de lucro en el sentido estricto de lucro comercial.

El principio de intervención mínima que rige en derecho penal debe ser tenido en cuenta para criminalizar tan sólo las conductas que lesionan más gravemente los bienes jurídicos. Es por ello, que en los supuestos en los que en la infracción del derecho exclusivo del titular del derecho de propiedad intelectual, sólo concurre un ánimo de obtener una ventaja de carácter individual o personal, pero no un lucro comercial, la respuesta a la vulneración del derecho debe hacerse desde el ámbito de protección civil.

---

(195) Véase también LÓPEZ DE BARJA DE QUIROGA, J., «La protección penal de los programas de ordenador», publicado en *Revista del Poder Judicial*, núm. 88, primer trimestre 2009, CGPJ, pp. 11 a 54, que aborda esta problemática, comparando los criterios de la FGE.

(196) Incorporado con la misma redacción mediante la Ley 23/2006, de 7 de julio, citada.

La interpretación del elemento subjetivo del ánimo de lucro, como lucro comercial viene avalada por dos argumentos: por un lado, el que en el ámbito del derecho comunitario el tratamiento de los derechos de propiedad intelectual e industrial es homogéneo, debiendo tener presente que en el Código Penal, los tipos delictivos de los derechos de propiedad industrial exigen un ánimo de lucro comercial o industrial, por otro lado, en la Propuesta de Directiva y decisión Marco del Parlamento y del Consejo, presentada por la Comisión el 12-7-2005, sobre medidas penales para asegurar el respeto de los derechos de propiedad intelectual, se contempla en su art. 3 la obligación de los Estados Miembros de considerar delito «todas las infracciones intencionales de los derechos de propiedad intelectual a escala comercial.» (197)

A mayor abundamiento, Narváez Rodríguez, A. (198), al estudiar las descargas ilegales de páginas web, desde la perspectiva constitucional y los derechos de protección de datos, a raíz del Proyecto de Ley de Economía sostenible de marzo 2010 (199), con cita de normativa comunitaria como la Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas [Diario Oficial Unión Europea (DOUE) 337/2009, de 18 de diciembre de 2009] y referencia a la STJUE de 29 de enero de 2008: Caso Promusicae. (Cuestión prejudicial: Art. 12 Ley 34/2002 en relación con Directivas 2000\31, 2001\29, 2004\48

---

(197) No nos consta todavía que se haya dictado esta Directiva sobre medidas penales para asegurar el respeto de los derechos de propiedad intelectual, a la vista de la Resolución del Consejo de 1 de marzo 2010, sobre el respeto de los derechos de propiedad intelectual en el mercado interior, citada, que invita a la Comisión a que estudie la conveniencia de presentar una propuesta modificada de Directiva sobre medidas penales destinadas a luchar contra la falsificación y la piratería.

(198) Conferencia impartida en el CEJ 2010, no publicada, sobre «Descargas ilegales de páginas web: problemas constitucionales», en el Curso: *Derecho a la Información, libertad de expresión y sus límites. Madrid del 24 al 26 de mayo de 2010*, a quién le agradecemos que nos haya proporcionado su presentación en power point.

(199) Véase nota 19. Entre la bibliografía reciente sobre este Proyecto Ley, véase ALMAGRO NOSETE, J., «Consideraciones procesales del proyecto de Ley sobre “antipiratería” informática», y DAMIÁN MORENO, Juan, «Consideraciones en torno al procedimiento previsto para el cierre de páginas web», ambos publicados en el diario LA LEY, año XXXI, núm. 7455, miércoles 28 de julio 2010.

y 17.2 y 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE), llega a las siguientes conclusiones: 1) La normativa UE no obliga a los Estados miembros a imponer el deber de comunicar datos personales a los prestadores del servicio con objeto de proteger los derechos de autor en un procedimiento civil. 2) Si el Estado miembro acuerda extender este régimen a los procedimientos civiles, debe procurar un justo equilibrio entre los derechos en juego (prop. intelectual vs protecc. datos personales). 3) Al justo equilibrio ha de llegarse utilizando el principio de proporcionalidad.

También con cita de normativa comunitaria, en base a la Directiva 2009/140/CE del Parlamento y del Consejo, de 25 de noviembre (modificó la Directiva 2002/21/CE, introduciendo un apartado 3 bis en el art. 1.º), complementada por el Reglamento 1211/2009, de 25 de noviembre, que creó el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (ORECE), este autor afirma que:

– Las medidas adoptadas por los Estados miembros para regular el acceso o uso a los servicios de la sociedad de la información deberá respetar los derechos del CEDH.

– Las medidas que restrinjan estos derechos deberán ser adecuadas, proporcionadas y necesarias en una sociedad democrática.

– El procedimiento de restricción deberá reunir las exigencias del artículo 6 CEDH y respetar los derechos a la presunción de inocencia, a la vida privada y a la tutela judicial efectiva.

c) *La vulneración de dispositivos técnicos protectores de programas de ordenador o cualquier otra obra ex art. 270.3 CP –Directiva 91/250, de 14 de mayo– derogada por Directiva 2009/24/CE –arts. 95 a 104 LPI– y Directiva 2001/29/CE –Ley 23/2006, arts. 160 y 161 TRLPI*

En esta materia, hay que tener en cuenta la Directiva 2009/24/CE, de 23 de abril 2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre protección jurídica de programas de ordenador (200). Deroga a la Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo 1991, sobre protección jurídica de programas de ordenador (201), que en su día fue transpuesta por Ley 16/1993, de 23 de diciembre (202), la cual, a su vez, fue derogada por TRLPI aprobado por Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril Directiva 2009/24/CE.

(200) DO núm. 111, de 5 de mayo.

(201) DO núm. L 122, de 17 de mayo 1991.

(202) «BOE» núm. 307/1993, de 24 de diciembre.

Estas Directivas han condicionado la legislación nacional ya que, como afirmaba la CFGE 1/2006 refiriéndose a la Directiva 91/250/CEE, «tras la reforma llevada a cabo por la LO 15/2003, la respuesta que desde el derecho penal se da en los supuestos de eliminación o supresión de los mecanismos de protección de las obras, es más amplia y extensa que la dispensada desde el ámbito de la protección civil de los derechos, puesto que el actual art. 270.3 sanciona un ámbito de mayor de conductas que la vigente LPI en su art. 102 c), la cual en correspondencia con el art. 7.1 c) de la Directiva Comunitaria 91/250/CEE, sólo contempla las conductas de «circulación y tenencia» de los medios de eliminación o neutralización de los mecanismos de protección, y en cuanto al objeto protegido sólo los programas de ordenador, y además exige que la tenencia o puesta en circulación se realice con “finés comerciales”, mientras que el art. 270.3, no exige expresamente ese elemento subjetivo; por último el art. 102 c) exige que los mecanismos de eliminación o supresión de los dispositivos de protección tengan ese «único uso» mientras que el art. 270.3, sólo exige que estén destinados específicamente a ese fin».

En cuanto a los medios de elusión de la protección de los programas de ordenador y otras obras, la Ley 23/2006, mediante la modificación del TRLPI de 1996, transpuso la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo, relativa a la armonización determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, ya citada, regulando en el art. 160 del TRLPI las medidas tecnológicas: actos de elusión y actos preparatorios y en el art. 161 del mismo texto legal los límites a la propiedad intelectual y medidas tecnológicas, a los que hay que remitirse en la interpretación del tipo penal.

d) *La problemática del agotamiento o extinción comunitaria del derecho de distribución a efectos de la interpretación del concepto de importación en los delitos contra la propiedad intelectual (art. 270.2 CP) e industrial (art. 274.1 CP) (203)*

Los derechos de explotación inherentes a estas propiedades conllevan el derecho a distribución *ex art. 19 TRLPI* y, por ello, se sancionan penalmente conductas de importación no autorizadas.

---

(203) Obsérvese que cuando entre en vigor la reforma del CP operada por LO 5/2010, de 22 de junio, en fecha 23 de diciembre de 2010, será punible toda importación de productos que afecten a derechos de propiedad industrial debidamente registrados conforme a la legislación de marcas y con conocimiento del registro, con fines industriales o comerciales, aunque provengan de Estados miembros de la Unión Europea, al suprimirse la salvedad contenida hasta esa reforma en el art. 274.1 CP, que reseñamos en este apartado.

Ahora bien, tanto el art. 270.2 CP como el art. 274.1 CP, relativos respectivamente, a la propiedad intelectual e industrial, establecen la salvedad derivada de la importación de los referidos productos (tanto de origen lícito como ilícito) de un Estado perteneciente a la Unión Europea, determinando que no serán punibles estas conductas cuando aquellos sea hayan adquirido directamente del titular de los derechos en dicho Estado o con su consentimiento.

Esta salvedad ha venido a incorporar a nuestro ordenamiento el criterio comunitario del agotamiento o extinción comunitario del derecho de distribución, de tal forma que no es posible extender este agotamiento si la importación procede un tercer país.

En efecto, en este sentido, la CFGE 1/2006, concluye lo siguiente:

«El derecho exclusivo de distribución de los titulares se agota en el ámbito comunitario con la primera venta efectuada por el titular o con su consentimiento. El agotamiento comunitario del derecho de distribución se establece en las Directivas 92/100/CEE, de 19 de noviembre, relativa a los derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual y en la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo, relativa a la armonización determinados aspectos de los derechos de autor y de los derechos afines en la sociedad de la información. En aplicación de esta normativa comunitaria el Texto Refundido de la LPI, incorpora el agotamiento comunitario del derecho de distribución en el art. 19.2, respecto de los titulares derechos de autor y en los arts. 109.2, 117.2, 123.2 y 126.1 e), respecto de los titulares derechos afines o conexos.

El legislador de la reforma de la LO15/2003, ha querido zanjar los problemas de interpretación que la anterior redacción del art. 270.2 dejaba abiertos, y ha tipificado expresamente en dicho artículo, las importaciones de los objetos, tanto lícitos como ilícitos, realizadas en el ámbito internacional extracomunitario, sin consentimiento del titular del derecho de distribución, dado que no existe el agotamiento internacional del derecho.»

e) *El requisito de la confundibilidad en los delitos contra la propiedad industrial (bien jurídico protegido y en relación con los signos distintivos –art. 274.1 CP–)*

El requisito de la confundibilidad, que se trata en la CFGE 1/2006, tanto al examinar el bien jurídico protegido de los delitos contra la propiedad como en el análisis del art. 274.1 CP en relación con los signos distintivos, ha de interpretarse conforme a la normativa comunitaria.

Como indica la CFGE 1/2006 en sus conclusiones,

«Desde el punto de vista del derecho positivo debemos tener en cuenta que el legislador en el tipo penal del art. 274, relativo a los signos distintivos, incorpora expresamente el requisito de confundibilidad, sin duda, porque la función esencial y característica de los signos distintivos es identificar el origen o procedencia empresarial del producto o servicio al que está incorporado el signo distintivo. La incorporación al tipo penal del requisito de confundibilidad se corresponde con la descripción que en el art. 34.2 la Ley de Marcas 17/2001, de 7 de diciembre, se hace del contenido del derecho, descripción que además se corresponde con la normativa comunitaria, en concreto con el art. 5.1 de la Directiva del Consejo 89/104, de 21 de diciembre de 1988, de armonización de las legislaciones de los Estados Miembros en materia de marcas (204).

---

(204) Téngase en cuenta que esta Directiva posteriormente ha sido derogada por Directiva 2008/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre 2008, ya citada, sin que esta derogación afecte a lo indicado *supra*, al indicarse en el preámbulo de la Directiva en el punto 11 lo siguiente: «La protección conferida por la marca registrada, cuyo fin es primordialmente garantizar la función de origen de la marca, debe ser absoluta en caso de identidad entre la marca y el signo y entre los productos o servicios. La protección debe cubrir igualmente los casos de similitud entre la marca y el signo y entre los productos o servicios. Es imprescindible interpretar la noción de similitud en relación con el riesgo de confusión. El riesgo de confusión, cuya apreciación depende numerosos factores y, en particular, del conocimiento de la marca en el mercado, de la asociación que de ella pueda hacerse con el signo utilizado o registrado, del grado de similitud entre la marca y el signo y entre los productos o servicios designados, debe constituir la condición específica de la protección. La regulación de los medios de prueba del riesgo de confusión y, en particular, la carga de la prueba, debe corresponder a las normas nacionales de procedimiento, que no deben ser objeto de aproximación por la presente Directiva». Posteriormente, desarrollado en el art. 5 de la misma Directiva, con el siguiente tenor literal: «Derechos conferidos por la marca 1. La marca registrada confiere a su titular un derecho exclusivo. El titular estará facultado para prohibir a cualquier tercero el uso, sin su consentimiento, en el tráfico económico: a) de cualquier signo idéntico a la marca para productos o servicios idénticos a aquellos para los que la marca esté registrada; b) de cualquier signo que, por ser idéntico o similar a la marca y por ser idénticos o similares los productos o servicios designados por la marca y el signo, implique un riesgo de confusión por parte del público; el riesgo de confusión comprende el riesgo de asociación entre el signo y la marca. 2. Cualquier Estado miembro podrá asimismo disponer que el titular esté facultado para prohibir a cualquier tercero el uso, sin su consentimiento, en el tráfico económico, de cualquier signo idéntico o similar a la marca para productos o servicios que no sean similares a aquellos para los que esté registrada la marca, cuando esta goce de renombre en el Estado miembro y con la utilización del signo realizada sin justa causa se pretenda obtener una ventaja desleal del carácter distintivo o del renombre de la marca o se pueda causar perjuicio a los mismos. 3. Podrá en especial prohibirse, cuando se cumplan las condiciones anunciadas en los apartados 1 y 2: a) poner el signo en los productos o en su presentación;



La valoración del alcance del «juicio de confundibilidad» o riesgo de confusión, debe hacerse teniendo en cuenta la regulación comunitaria, en concreto, la Directiva 89/104 y el Reglamento del Consejo 40/94, de 20 de diciembre de 1993 (205), sobre marca comunitaria, y la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea [TJCE (206)].

En todo caso, deberá tenerse en cuenta que conforme a la legislación comunitaria y la doctrina del TJCE, a cuyo tenor debe interpretarse la legislación interna, en los casos de marcas renombradas, o cuando no siendo marcas renombradas se trata de signos idénticos para productos idénticos a aquellos para los que está registrado el signo, la protección del derecho exclusivo es absoluta y no requiere de apreciación del juicio de confundibilidad, el cual vendrá en aplicación, en los supuestos de marcas no renombradas y tratándose de supuestos de signos similares y respecto de productos o servicios similares. En estos casos, el juicio de confundibilidad debe efectuarse desde un plano objetivo de comparación de la semejanza o diferencia entre los signos y productos, en orden a valorar la posibilidad de identificación del origen empresarial y de la garantía de calidad de los productos; sólo partiendo del planteamiento de la aptitud objetiva de los signos usurpados para producir confusión, puede tener alguna relevancia la valoración adicional de otros factores secundarios relativos a las circunstancias concretas en las que se ofrecen los productos (lugar de venta, precio, etc.).

---

b) ofrecer productos, comercializarlos o almacenarlos con dichos fines y ofrecer o prestar servicios con el signo; c) importar productos o exportarlos con el signo; d) utilizar el signo en los documentos mercantiles y la publicidad. 4. Cuando, con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de las normas necesarias para dar cumplimiento a la Directiva 89/104/CEE, la legislación de dicho Estado miembro no permitiera prohibir el uso de un signo en las condiciones contempladas en el apartado 1, letra b), o en el apartado 2, no podrá invocarse el derecho conferido por la marca para impedir que se siga usando dicho signo. 5. Los apartados 1 a 4 no afectan a las disposiciones aplicables en un Estado miembro y relativas a la protección contra el uso de un signo que tenga lugar con fines diversos a los de distinguir los productos o servicios, cuando con el uso de dicho signo realizado sin justa causa se pretenda obtener un aprovechamiento indebido del carácter distintivo o del renombre de la marca o se pueda causar perjuicio a los mismos».

(205) Téngase en cuenta que este Reglamento fue derogado por el Reglamento (CE) núm. 207/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009, sobre marca comunitaria, ya citado, sin que esta derogación afecte a lo indicado *supra*.

(206) Se refiere a la sentencia del TJCE de 12 de noviembre de 2002, caso C-206/2001 «Arsenal Football Club», en la cual se establece el alcance del derecho exclusivo del titular de la marca reconocido en el art. 5, apartado 1, letra a) de la Directiva 89/14/CEE.

En definitiva, los Sres. y Sras. Fiscales deberán tener en cuenta en orden a la determinación del bien jurídico protegido en los delitos contra los derechos de propiedad industrial, que el bien jurídico directamente protegido es el derecho de exclusividad del titular registral, siendo la lesión de este derecho la que determina la relevancia penal de la conducta. El legislador no ha incorporado al tipo penal el requisito del error del consumidor, ni ha incluido estos delitos en la sección dedicada a los delitos contra el mercado y los consumidores; la protección del interés del consumidor es tan sólo un fin mediato en estos tipos delictivos.»

- f) *La protección del diseño industrial de modelos y dibujos comunitarios en territorio español y marca comunitaria registrados en la Oficina de Armonización del Mercado Interior (OAMI) de Alicante (ex art. 273.3 CP y 274.1 CP)*

El concepto comunitario de diseño industrial ha sustituido la anterior terminología de modelo y dibujo industrial (207).

Como afirma la CFGE 1/2006:

«La regulación nacional específica de los modelos y dibujos industriales y de los dibujos artísticos se encontraba hasta hace poco en el Estatuto de la Propiedad Industrial, de 26 de julio de 1929, sin embargo la nueva Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial (en adelante LDI), deroga expresamente los artículos del Estatuto que permanecían en vigor relativos a los modelos y dibujos industriales y artísticos.

La nueva Ley nacional cuya plena entrada en vigor se ha producido el 9 de julio de 2004, ha sustituido la terminología de modelo y dibujo industrial por la de “diseño industrial”; esa equivalencia es mencionada expresamente en la Exposición de Motivos de la LDI y además se confirma si se tiene en cuenta que la definición de diseño que establece esta Ley en su art. 1.2 es igual que la que aparece en la Directiva 98/71/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 13 de octubre de 1998, sobre protección jurídica de los dibujos y modelos. La LDI define el diseño y la Directiva los modelos y/o dibujos como «la apariencia de la totalidad o de una parte de un producto que se deriva de las características y en particular, de las líneas, contornos, colores, forma, textura o materiales del producto en sí o de su ornamentación.»

Conforme a esta definición el dibujo o modelo es la apariencia externa de un producto industrial o artesanal o de su embalaje, si bien

---

(207) En el mismo sentido, DE URBANO CASTRILLO, E., en *Comentarios al Código Penal* (2007), dirigidos por Conde-Pumpido Tourón, C. p. 2162.

quedan excluidos los productos informáticos [art. 1.2 b)] de la LDI), así como los productos semiconductores que tienen una regulación específica. La distinción tradicional entre el dibujo y el modelo radica en que el dibujo es bidimensional y el modelo tridimensional.

En cuanto al ámbito de protección, como señala la Exposición de Motivos de la LDI, el objeto de protección del diseño es ante todo: «el valor añadido por el diseño del producto, desde el punto de vista comercial, prescindiendo de su nivel estético o artístico o de su originalidad».

La protección de este derecho de propiedad industrial exige la inscripción registral, que se efectuará en la Oficina Española de Patentes y Marcas y que supone un derecho exclusivo de titular del registro para su utilización, con la consiguiente facultad de prohibición a terceros sin su consentimiento.

En cuanto a las conductas típicas la LO 10/95, equiparó respecto a los modelos y dibujos industriales y artísticos, las conductas típicas con las que se describen en el caso de infracción del derecho de patente en art. 273.1.

También puede protegerse un diseño industrial sobre modelos y dibujos comunitarios en territorio español, por aplicación de lo dispuesto en el ámbito de la Unión Europea por el Reglamento CE núm. 6/2002 del Consejo, de 12 de diciembre de 2001, sobre modelos y dibujos comunitarios (en adelante RDMC), los cuales conviven con los modelos y dibujos protegidos a nivel nacional en los Estados Miembros por sus respectivas leyes nacionales, sin embargo, debe destacarse que conforme al RDMC hay dos modalidades de protección comunitaria, el dibujo o modelo comunitario registrado y el modelo o dibujo comunitario no registrado, para la protección del registrado debe presentarse la correspondiente solicitud ante la Oficina de Armonización del Mercado Interior (OAMI), con sede en Alicante, y es el único que puede ser objeto de protección penal, dado que el art. 273.3 del Código Penal exige la inscripción como elemento típico por remisión al art. 273.1.»

Por lo que respecta a la marca comunitaria, recuérdese que el Reglamento (CE) núm. 207/2009 del Consejo, de 26 de febrero 2009, regula la misma y que este Reglamento derogó al anterior Reglamento (CE) 40/94, del Consejo sobre la misma materia, teniendo igual protección penal la marca comunitaria que la nacional (208).

En definitiva, la exigencia normativa del necesario registro de los derechos de propiedad industrial determina que también estén prote-

---

(208) En el mismo sentido, FARRÉ DÍAZ, E., en *Comentarios al Código Penal*, coordinador Cruz de Pablo, J. A., Dykinson, 2008, p. 1018.

gidos los modelos y dibujos comunitarios en territorio español y marca comunitaria registrados en la Oficina de Armonización del Mercado Interior (OAMI) con sede en Alicante (209).

Será, por tanto, la normativa comunitaria reguladora de este Registro, un elemento condicionante de la aplicación de la norma penal, así como toda la normativa comunitaria ya citada en el epígrafe correspondiente relativa a diseño y dibujos y modelos industriales y marcas.

En cuanto a la marca internacional, es necesario su inscripción en el Registro Internacional de Marcas (cfr. Arreglo de Madrid de 1891, ya citado) (210).

g) *El concepto de patente internacional y europea como objeto de protección además de la nacional (art. 273.1 CP)*

La normativa tanto internacional como comunitaria a que se ha hecho referencia en los epígrafes correspondientes, obliga a interpretar que son objeto de protección no sólo las patentes nacionales sino también las internacionales y europea debidamente registradas (211).

Como se recoge en nota a pie de página en el epígrafe de normativa comunitaria europea relativa a patentes y modelos de utilidad, la implantación de una patente comunitaria todavía no está resuelta, perviviendo las patentes nacionales con la europea en virtud del Convenio sobre Patente Europea o Convenio de Munich de 1973.

---

(209) Recuérdese que el art. 86 bis, 4.º de la LOPJ, añadido por el art. 2 LO 8/2003, de 9 de julio, vigente desde el 11 de julio 2003, dice lo siguiente: «*Los juzgados de lo mercantil de Alicante tendrán competencia, además, para conocer, en primera instancia y de forma exclusiva, de todos aquellos litigios que se promuevan al amparo de lo previsto en los Reglamentos números 40/94, del Consejo de la Unión Europea, de 20 de diciembre de 1993, sobre la marca comunitaria, y 6/2002, del Consejo de la Unión Europea, de 12 de diciembre de 2001, sobre los dibujos y modelos comunitarios. En el ejercicio de esta competencia dichos Juzgados extenderán su jurisdicción a todo el territorio nacional, y a estos solos efectos se denominarán Juzgados de Marca Comunitaria.*»

(210) En el mismo sentido, VALLE MUÑIZ, J. M., en *Comentarios al Código Penal*, dirigidos por Quintero Olivares, citado, p. 880.

(211) En el mismo sentido, FARRÉ DÍAZ, E., en *Comentarios al Código Penal*, coordinador Cruz de Pablo, J. A., Dykinson, 2008, p. 1010, quién considera que no están comprendidos en el concepto de patente el «certificado complementario de protección para los medicamentos» establecido en el Reglamento del Consejo núm. 1768/92, de 18 de junio, en vigor en España desde el 18 de diciembre de 1997, al entender que es una figura complementaria de la patente de procedimientos y productos farmacéuticos, que se expide dado que el largo proceso de concesión de ésta hace muy corta la vida de la patente al computarse su plazo desde la solicitud. En contra, Martínez-Buján.

La CFGE 1/1986, sobre este particular decía:

«A nivel comunitario cabe hacer una referencia a la patente comunitaria; los diferentes sistemas nacionales de patentes fueron armonizados de hecho a través de la conclusión de diversos instrumentos internacionales, entre los que cabe señalar el Convenio sobre la concesión de Patentes Europeas o Convenio de Múnich del año 1973 del que son parte todos los Estados Miembros. En este Convenio se regula un procedimiento único de concesión de patente europea, siendo la Oficina Europea de Patentes la que concede la patente, que inmediatamente se convierte en una patente nacional de acuerdo con los Estados que hayan sido designados, quedando sujeta desde la concesión a las normas nacionales en materia de patentes. La Comisión ha presentado una propuesta de un Reglamento del Consejo de patente comunitaria, documento COM (2000) 412 final, que completará el Convenio de Múnich, y que implica que la patente comunitaria será concedida por la Oficina Europea como patente europea en la que se designa el territorio de la Comunidad en vez de cada uno de los Estados miembros; concedida la patente comunitaria se aplicará el Reglamento de la Comunidad. Conforme a la propuesta de Reglamento la patente comunitaria tendrá carácter autónomo y se regirá por el Reglamento y el Derecho Comunitario, sin perjuicio, de la aplicación de los derechos nacionales en materia de responsabilidad penal y competencia desleal. A los efectos de resolución de litigios se ha decidido por los Estados Miembros que serán resueltos por un Tribunal común con sede en Luxemburgo si bien hasta el año 2010, ese Tribunal coexistirá con las instancias nacionales.»

h) *La protección de la topografía de los productos semiconductores (art. 273.3 CP)*

Para esta protección ha sido decisiva también la normativa comunitaria.

La CFGE 1/2006, recuerda:

«En cuanto a la topografía de productos semiconductores, debe decirse que su regulación se encuentra en la Ley 11/1988, de 3 de mayo, para la Protección Jurídica de los Productos Semiconductores, que se promulgó en cumplimiento de la Directiva 87/54 CEE del Consejo, de 16 de diciembre de 1986, sobre protección jurídica de la topografía de los productos semiconductores, y que otorga a estos una protección similar a la de las patentes.

El objeto de protección no es el producto semiconductor en sí mismo considerado sino “la topografía”, es decir, el diseño de la

estructura y disposición de los diversos elementos y capas que componen un circuito electrónico integrado ya que de dicha estructura y de la disposición de los denominados chips depende la funcionalidad del circuito. La razón de la protección está en que el diseño del circuito es difícil y costoso, pero su reproducción no tiene ningún problema (art. 1.2 de la Ley 11/1988).»

i) *La protección internacional y comunitaria de las obtenciones vegetales ex art. 274.3 CP*

La legislación internacional y comunitaria sobre esta materia ha sido decisiva en la promulgación de la norma nacional reguladora de la misma que es la Ley 3/2000, de 7 de enero, de régimen jurídico de la protección de obtenciones vegetales (212). Debe confrontarse el Convenio Internacional para la protección de las obtenciones vegetales de 2 de diciembre de 1961, aprobado en el seno de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV), suscrito y ratificado por el Reino de España, y en la Ley 12/1975, de 12 de marzo, de protección de obtenciones vegetales revisado en sucesivas ocasiones; las reformas introducidas por los Convenios de 10 de noviembre de 1972 y el 23 de octubre de 1978 fueron incorporadas al ordenamiento jurídico nacional, sin embargo, el Convenio de 19 de marzo de 1991 introdujo novedades que contempla esta ley. También, téngase en cuenta que la Unión Europea se ha dotado de un sistema de protección propio mediante el Reglamento (CE) 2100/94, del Consejo, de 27 de julio, relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, si bien reconocer a los Estados miembros el derecho a «conceder derechos de propiedad nacionales sobre las variedades vegetales», aunque prohíbe expresamente la doble titularidad derechos, nacionales y comunitarios. El Estado español opta por el establecimiento de un sistema de protección propio, aunque armonizado con la normativa comunitaria (213).

En parecidos términos, la CFGE 1/2006 sobre este particular señala: «A nivel nacional esta regulación está constituida por la Ley 3/2000, de 7 de enero, de régimen jurídico de la protección de obtenciones vegetales (en adelante LPOV), que a su vez supone la adaptación de la legislación española al Derecho Internacional unificado en la materia, constituido por el Acta de 19 de marzo de 1991 del Convenio Internacional para la protección de obtenciones vegetales,

(212) «BOE» núm. 8/2000, de 10 de enero.

(213) En el mismo sentido, MORÓN LERMA, E., en *Comentarios al Código Penal* (2008), dirigidos por Quintero Olivares, citado, pp. 884 ss.

en vigor desde el 24 de abril de 1998, y al Derecho comunitario, representado por el Reglamento CE 2100/94 del Consejo, de 27 de julio, relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, y la Directiva 98/44 CE, del Parlamento Europeo y el Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de invenciones biotecnológicas».

- j) *La noción comunitaria denominación de origen e indicación geográfica del art. 275 CP y la exclusión penal de las denominaciones genéricas (ex art. 2 RD 1573/1985)*

Lo que se entienda por denominación de origen e indicación geográfica viene dado por la normativa comunitaria (214), ya que como dice la CFGE 1/2006, «A la hora delimitar las dos categorías utilizadas por el tipo penal en el art. 275 “denominaciones de origen e indicaciones geográficas”, se deberá tener en cuenta que ambas se corresponden con la asunción por el legislador penal de la terminología incorporada por el Reglamento CEE 2081/92, del Consejo, de 14 de julio, relativo a la protección de las indicaciones geográficas y denominaciones de origen de los productos agrícolas que fue incorporado al ordenamiento interno por Orden del Ministerio de Agricultura de 25 de enero de 1994. Dicho Reglamento crea dos niveles de protección: las denominaciones de origen, en las que la cualidad o característica del producto depende en exclusiva del medio geográfico, y las indicaciones geográficas en las que concurrirían además otros factores. Deben, por tanto, considerarse actualmente excluidas de protección penal las denominaciones genéricas a las que se refiere el art. 2 del RD 1573/1985 que dispone que “se entiende por denominación genérica la calificación aplicable a los productos que tienen caracteres comunes o especiales debido a su naturaleza, a los sistemas de producción empleados o a los procedimientos de transformación, elaboración y fabricación”».

Esto no obstante, en relación con la normativa comunitaria citada en la CFGE, es necesario actualizarla indicando hay que resaltar que el Reglamento citado en la CFGE (215) ha sido derogado por el art. 19 del Reglamento (CE) núm. 510/2006 del Consejo, de 20 de marzo de 2006, sobre la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimentos (216).

---

(214) En el mismo sentido, VALLE MUÑIZ, J. M., en *Comentarios al Código Penal* (2008), dirigidos por Quintero Olivares, citado, p. 894.

(215) DOCE 208/1992, de 24 de julio.

(216) DOUE 93/2006, de 31 de marzo de 2006.

También es importante indicar que el Reglamento derogado fue modificado por Reglamento (CE) núm. 1726/98 de la Comisión, de 22 de julio de 1998, que modifica el Reglamento (CEE ) núm. 2037/93 por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CEE ) núm. 2081/92 del Consejo relativo a la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios, en el que se regula el símbolo comunitario en la etiqueta del producto agrícola o alimenticio (217).

k) *La responsabilidad civil y el decomiso*

Dado que la responsabilidad civil en estos delitos se rige por las disposiciones de la ley de Propiedad Intelectual, según dispone expresamente el art. 272.1 CP, es importante resaltar cómo el derecho comunitario (Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, ya citada) ha determinado la modificación del TRLPI 1996, mediante la Ley 19/2006, de 5 de junio, ya citada, por los que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios, indicándose en el Exposición de Motivos sobre la responsabilidad civil lo siguiente:

«Para reparar el perjuicio sufrido a causa de una infracción del derecho de propiedad intelectual o de propiedad industrial, la directiva configura dos módulos de cálculo de la indemnización por daños y perjuicios. El primero de estos módulos comprende, de forma acumulativa, las consecuencias económicas negativas que haya sufrido la parte perjudicada y también el daño moral. Alternativamente, esta indemnización podrá consistir en una cantidad a tanto alzado, basada en la remuneración que habría percibido el perjudicado si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual o industrial en cuestión. Además, en la determinación de la cuantía indemnizatoria han de considerarse los gastos realizados por el titular del derecho lesionado en la investigación para la obtención de pruebas razonables de la comisión de la infracción. La introducción de estos criterios y elementos implica modificar el artículo 140 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril; el artículo 66 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes; el artículo 43 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, y el ar-

---

(217) DOCE 224/1998, de 11 de agosto.



título 55 de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de protección jurídica del diseño industrial.»

En cuanto al decomiso (218), téngase en cuenta la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones judiciales decomiso (219), que incorporó al Derecho español la Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones decomiso (220) y la nueva redacción del art. 127 del CP operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que entrará en vigor el próximo 23 de diciembre de 2010, que en caso de organizaciones se extiende al patrimonio de todos los partícipes.

## 7. CONCLUSIONES

A la vista de los anteriores epígrafes pueden establecerse las siguientes conclusiones:

1. Tanto la normativa internacional como la comunitaria y nacional protegen las propiedades intelectual e industrial más en calidad de su función económica que de su aspecto moral, dada su conexión con el sistema económico capitalista desde los inicios de la era industrial (S. XIX) hasta nuestra era cibernética (S. XXI).

2. La normativa internacional y nacional protectora de estas propiedades desde su génesis está interrelacionada, destacándose que la normativa comunitaria europea ha determinado el desarrollo de la normativa nacional en el proceso de armonización de las legislaciones de los Estados miembros de la Unión Europea para el establecimiento del Mercado Único, bajo los principios de libre competencia y libre circulación de mercancías, capital y trabajo o servicios.

3. La protección penal de los derechos de propiedad intelectual e industrial es la *ultima ratio* en los medios de tutela de estas propiedades, siendo la tutela civil –mercantil– y administrativa el mecanismo más adecuado ante las infracciones de estos derechos cuando éstas no tienen la gravedad propia de las conductas penales.

4. La interpretación de los tipos penales relativos a los delitos contra la propiedad intelectual e industrial está sujeta a la normativa

---

(218) Véase CEREJO SOTO, A., «Nuevos instrumentos para el decomiso a partir de la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones judiciales decomiso», *La Ley*, año XXXI, núm. 7457, viernes 30 de julio de 2010.

(219) «BOE» núm. 61, de 11 de marzo de 2010.

(220) DO L 328 de 24.11.2006, pp. 59/78.

extrapenal reguladora de estas propiedades por contener dichos tipos numerosos elementos normativos, que hacen necesaria la aplicación de estas normas ajenas al Derecho Penal.

5. La aplicación de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial también está sujeta a los criterios hermenéuticos dimanantes de la interpretación de la normativa internacional y comunitaria europea realizada por los organismos competentes, v. gr. por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la interpretación de los instrumentos jurídicos comunitarios sobre la materia.

# La clandestinidad, la desobediencia y la falsedad como agravaciones específicas en los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente

ÁLVARO MENDO ESTRELLA

Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal. Universidad Católica de Ávila.  
Abogado

## RESUMEN

*El objeto del presente trabajo es el análisis de las tres primeras agravaciones del artículo 326 del Código penal es decir, las agravaciones de clandestinidad, desobediencia y falsedad en el ámbito de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. El precepto mencionado ha sido tratado en trabajos generales sobre la regulación de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, pero sin embargo no ha sido objeto habitual de atención en trabajos más específicos, lo que justifica el presente.*

*Comienza el artículo que se presenta con el análisis de algunas cuestiones generales sobre el precepto mencionado para pasar, posteriormente, a describir el estado de la cuestión, doctrinal y jurisprudencialmente, en relación a problemas interpretativos referentes tanto a la clandestinidad como a la desobediencia y falsedad, intentando el autor en cada uno de ellos ofrecer su posición al respecto y propuestas de futuro, huyendo así de una exposición estéril y simplemente descriptiva.*

*Palabras clave: Delito, medio ambiente, agravaciones, clandestinidad, desobediencia y falsedad.*

## ABSTRACT

*The aim of this document is to analyse the first three aggravations in article 326 of the Penal Code, more specifically, the aggravations of secrecy, disobedience and*

*falsity in the field of crimes against natural resources and the environment. The previously cited precept has been dealt with in more general essays on the regulation of crimes against natural resources and the environment, however it hasn't received special attention in more specific essays, which justifies this more detailed look into this very important matter.*

*The article that will be introduced starts with the analysis of some general issues regarding the a fore mentioned precept, subsequently, it will describe the current state of this affair, within doctrine and jurisprudence, in relation to the interpretative issues related to secrecy, disobedience and falsity. In each case the author tries to share their position regarding these matters and make proposals for the future, avoiding sterile explanations and simple descriptions.*

Key words: *Crime, environment, aggravations, secrecy, disobedience and falsity.*

SUMARIO: 1. Introducción y objetivos.–2. Consideraciones generales: 2.a) Aspecto subjetivo. 2.b) Concurrencia de dos o más agravaciones. 2.c) Problemas concursales.–3. La clandestinidad del 326.a).–4. La desobediencia del 326.b).–5. La falsedad del 326.c).

## 1. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS

Como reza el título del presente trabajo, se van a abordar en el mismo algunas cuestiones de interés referentes al subtipo agravado (1) del delito ecológico, previsto en el artículo 326 del Código penal, tarea que se llevará a cabo realizando una serie de consideraciones generales sobre este precepto para pasar después al análisis individualizado de las agravaciones contenidas en el mismo y que, quizás, plantean mayores problemas interpretativos, a saber: la clandestinidad, la desobediencia y la falsedad, previstas respectivamente en las letras a), b) y c) del mencionado precepto.

---

(1) Se trata, efectivamente, de un subtipo agravado y no autónomo por cuanto es necesario para su apreciación la concurrencia de los elementos del tipo básico. Así lo ha puesto de manifiesto un importante sector doctrinal. En este sentido LESMES SERRANOS, C., «Los nuevos delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», en LESMES SERRANOS, C. (et. al), *Derecho Penal Administrativo*, ed. Comares (Granada, 1997) p. 350, ZUBIRI DE SALINAS, F., «Delitos contra el medio ambiente», en BAJO FERNÁNDEZ, M. (Dir.), *Empresa y Derecho Penal (II)*, Cuadernos de Derecho Judicial, ed. CGPJ (Madrid, 1999), p. 109 o MESTRE DELGADO, E., «Delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente» en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, ed. Colex, 3.<sup>a</sup> edición (Madrid, 2005), p. 450.

Adviértase, desde este momento, que el presente trabajo se ha realizado teniendo en cuenta la nueva redacción del Código penal introducida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

## 2. CONSIDERACIONES GENERALES

Se inicia el precepto con el establecimiento de la pena que corresponderá cuando concurren las cualificaciones previstas en el mismo, si bien no distingue cuando sean más de una las concurrentes, extremo sobre el que volveremos más adelante. Así, «se impondrá la pena superior en grado, sin perjuicio de las que puedan corresponder con arreglo a otros preceptos de este Código, cuando en la comisión de cualquiera de los hechos descritos en el artículo anterior concorra alguna de las circunstancias siguientes...».

Debe destacarse en este punto que, con Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, se han acogido las reclamaciones doctrinales (2) que abogaban por la aplicación de las agravaciones específicas del 326 no sólo al 325 sino también a otros delitos del Capítulo como los previstos en el artículo 328 (ver art. 328.7 Código penal).

Dicho esto, se observará que la respuesta punitiva se moverá, en relación al tipo básico, en la horquilla de 5 años y un día a 7 años y 6 meses de prisión, 3 años y un día a 4 años y 6 meses de inhabilitación (*ex* art. 70.1.1.<sup>a</sup> CP) y una duración máxima de 30 meses de multa (art. 70.3.9.<sup>o</sup> en relación con el art. 50.3 CP).

Por lo que respecta ya a las principales dudas que, con carácter general, plantea este subtipo agravado, éstas tienen que ver con el aspecto subjetivo, la concurrencia de dos o más cualificaciones y con las situaciones concursales a que pueden dar lugar algunas de ellas, especialmente las previstas en las letras *b*) y *c*).

### 2.a) Aspecto subjetivo

En cuanto a las dudas que suscita el aspecto subjetivo, las mismas se reducen a dilucidar si es necesario para la apreciación de estas cua-

---

(2) Así DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Capítulo III, Título XVI, Libro II del nuevo Código Penal de 1995» en *Actualidad Penal*, núm. 14, 6 al 12 de abril de 1998, p. 298, denunciaba «el porqué de su aplicación sólo a los supuestos de contaminación y no al establecimiento de depósitos o vertederos u otras figuras delictivas que integran, junto con las primeras, los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente en el Derecho español».

lificaciones el dolo o pueden concurrir imprudentemente. Pues bien, en este punto la Doctrina se halla, una vez más, dividida. Algunos autores, decididamente, admiten sólo la forma dolosa; así Suárez González (3) afirma que «en el plano subjetivo se trata de comportamientos que sólo admiten la modalidad dolosa» y, más recientemente, Martínez-Buján Pérez (4) sostiene que «estos tipos cualificados son exclusivamente dolosos». Por su parte Boix Reig (5) admite la comisión imprudente cuando señala que «en cuanto al aspecto subjetivo en estos tipos agravados será también de aplicación el artículo 331» si bien ello con carácter general, pues reconoce que no será posible en las agravaciones previstas en las letras *b*), *c*) y *d*) dada la naturaleza de las mismas.

Personalmente me inclino por la primera opción, ya que si el dolo supone conocer y querer los elementos del tipo, el desconocimiento de los mismos, en este caso de alguna circunstancia cualificante, que sería lo que constituiría la imprudencia, es técnicamente inapreciable a tenor de lo dispuesto en el artículo 14.2 CP (6) según el cual «el error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación».

Tampoco será apreciable ninguna de estas cualificaciones en aquellos supuestos, por otra parte perfectamente imaginables en el ámbito delictivo que nos ocupa, en los que el autor de los hechos previstos y penados en el tipo básico conoce la concurrencia de alguna circunstancia cualificante pero no ha dependido de él, por no estarle atribuida dentro de la estructura empresarial a que pertenece, la inexistencia de autorización, la desobediencia de órdenes administrativas expresas o la aportación de información falsa, pues lo contrario supondría una clara vulneración del principio de culpabilidad ya que ninguna responsabilidad tiene el sujeto en la concurrencia de dichas agravaciones (7).

---

(3) SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J., «De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del Patrimonio histórico y el medio ambiente», en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, ed. Civitas (Madrid, 1997), p. 933.

(4) MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «Delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente», en VIVES ANTÓN, T. S. (et. al.), *Derecho Penal, parte especial*, ed. Tirant lo Blanch (Valencia, 2004), p. 747.

(5) BOIX REIG, J. y JAREÑO LEAL, A., «Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», en VIVES ANTÓN, T. (et. al.), *Derecho Penal, Parte Especial*, ed. Tirant lo Blanch, 3.<sup>a</sup> edición revisada y actualizada (Valencia, 1999), p. 645.

(6) Aplica también el artículo 14.2 CP al error sobre las cualificaciones del 326, BLANCO LOZANO, C., «Algunas aplicaciones de la teoría jurídica del delito a casos concretos de criminalidad ambiental», *La Ley*, 2000-5, pp. 1893-1894.

(7) Como señalan MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal, parte general*, ed. Tirant lo Blanch, 7.<sup>a</sup> ed. (Valencia, 2007), p. 91, «el principio de culpabilidad exige una concepción del sujeto del delito como un sujeto responsa-

## 2.b) Concurrencia de dos o más agravaciones

La solución que quepa dar a la concurrencia de dos o más agravaciones de las previstas en el artículo 326 es un problema no resuelto por el legislador que fácilmente podría haberse previsto. Algunos autores acuden a la solución del concurso de delitos, real o ideal, entre el subtipo agravado del 326 y el de desobediencia o falsedad en su caso (8). Esta solución no me parece acertada por insuficiente, en cuanto no resuelve aquellos supuestos en que concurren agravaciones que no pueden constituir otro delito tipificado en el Código; así, por ejemplo, si concurren la clandestinidad y el riesgo de deterioro irreversible o catastrófico.

---

ble...». Todo lo más podría apreciarse, si entendemos que se ha valido de tales circunstancias, la agravante prevista en el artículo 22.2 CP. Semejante problema se presenta en el ámbito de la participación cuando el partícipe conoce tales circunstancias pero su concurrencia en absoluto ha dependido de él. Al tratarse de agravaciones específicas deben sustraerse al régimen de comunicabilidad previsto en el artículo 65.1 y 2 para las agravantes genéricas; para resolver estas situaciones me parece acertada la solución que, con carácter general, propone MIR PUIG, S., *Derecho Penal, parte general*, ed. Reppertor, 8.ª ed. (Barcelona, 2009), p. 611, cuando afirma que «cuando se trate de verdaderos elementos típicos accidentales (porque no hagan variar la calificación del delito, sino sólo su gravedad), su comunicabilidad dependerá no del artículo 65, sino de una interpretación conforme al sentido material del elemento accidental correspondiente. Así, cuando afecte al *desvalor del resultado* podrá entenderse comunicable si se conoce, mientras que si se refiere a la *intención, motivación, actitud interna u otra causa personal* podrá considerarse intransferible». En el caso que venimos planteando parece que la desobediencia, obstaculización, falseamiento o no aportación de documentación obedecen a una actitud interna del autor.

No obstante, si entendiéramos que nos encontramos ante un delito especial, el régimen jurídico aplicable sería el previsto en el apartado 3.º del artículo 65 introducido por la LO 15/2003 y que, según la Doctrina, trata de dar respuesta a la responsabilidad del extraneus en los delitos especiales propios. Así, ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho Penal, parte general y parte especial*, ed. Tirant lo Blanch (Valencia, 2004), p. 312, donde afirman que «su ámbito de aplicación habrá de buscarse en las circunstancias especiales y sobre todo en los delitos especiales». Con más detalle TRILLO NAVARRO, J. P., «El extraneus y el nuevo artículo 65.3 del Código Penal» *Diario La Ley*, año XXVI, núm. 6217, 24 de marzo de 2005, [en línea], <http://authn.laley.net>.

(8) DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., *op. cit.*, p. 298, aboga por el concurso ideal cuando «concurran más de una circunstancia cualificante, integrando una de ellas el artículo 326 y aplicando la segunda, si tipificada expresamente en otro lugar del Código, en concurso ideal». Por su parte PRATS CANUT, J. M., «Análisis de algunos aspectos problemáticos de la protección penal del medio ambiente», en *Jornadas sobre la protección penal del medio ambiente*, 20-21 de octubre de 1990, CODA/AEDENAT, ed. Agencia de Medio Ambiente (Madrid, 1991), p. 77, abogaba ya por el concurso real cuando «una industria contaminante funcionare clandestinamente sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación de sus instalaciones y además hubiese aportado información falsa».

Por ello, y sin perjuicio de proponer una solución expresa por el legislador que aclare las cosas, creo que debe optarse por una solución genérica, válida para todas las situaciones y que, en consecuencia, vele por la seguridad jurídica; en este sentido creo que la respuesta debe buscarse sencillamente por la vía de la determinación judicial de la pena de manera que la acumulación de dos o más circunstancias permita al juzgador moverse en los límites superiores de la horquilla penológica a la que antes nos hemos referido. Como ya ha puesto de manifiesto Martínez-Buján Pérez (9) «la segunda circunstancia acumulada operará simplemente en el marco de las reglas de determinación de la pena, permitiendo imponer la pena en su mitad superior».

## 2.c) Problemas concursales

Para terminar con estas consideraciones generales sobre el artículo 326 CP debemos referirnos a las posibles situaciones concursales a que pueden dar lugar algunas de las cualificaciones previstas en el mismo, especialmente las recogidas en los apartados *b)* y *c)* con los delitos de desobediencia (art. 556 CP) o falsedades (art. 392 CP) respectivamente. De ello es consciente el propio legislador que, como hemos visto, prevé la imposición de la pena superior en grado «sin perjuicio de las que puedan corresponder con arreglo a otros preceptos de este Código», previsión cuyo fundamento se encuentra, para cierto sector doctrinal, en evitar el efecto privilegiante al que conducía la regulación anterior (10).

En consecuencia, el legislador ha previsto expresamente un concurso de delitos que ha sido ampliamente criticado por la Doctrina, no sin razón, en tanto en cuanto las cualificaciones aludidas no suponen

---

(9) *Op. cit.*, p. 747.

(10) Así DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «La reciente historia del delito ecológico: del artículo 347 bis al proyecto de nuevo Código Penal de 1994», en VALLE MUÑOZ, J. M.<sup>a</sup> (coord.), *La protección jurídica del medio ambiente*, ed. Aranzadi (Pamplona, 1997), p. 204, nos recuerda como «pronto llamó la atención el efecto privilegiante: los actos castigados podían constituir por sí mismo delito de desobediencia y, de no haberse previsto de manera expresa en el artículo 347 bis, habría que apreciarlos en concurso de delitos (y no en conflicto de normas) con el delito de contaminación ambiental». El mismo autor reitera más recientemente, «Delitos contra los recursos naturales...», *op. cit.*, p. 298, que «merece destacarse la fórmula introducida para evitar el efecto privilegiante (como sucedía en el Código penal anterior) de determinadas cualificaciones...». En el mismo sentido CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (dir.), *Código Penal, doctrina y jurisprudencia*, Tomo II, ed. Trivium, (Madrid, 1997), pp. 3254-3255.



mayor riesgo para el bien jurídico protegido que el previsto en el tipo básico, de manera que su finalidad no es otra que tutelar el buen funcionamiento de la Administración e incentivar el cumplimiento de obligaciones administrativas por parte de los ciudadanos, de forma que la aplicación del subtipo agravado en concurso con el correspondiente delito de desobediencia o falsedad, al tutelar un mismo bien jurídico, supondría una vulneración del *non bis in idem*.

Por tanto, dado que tales agravaciones «tan solo ponen de manifiesto una deslealtad para con las funciones de la Administración, y es justamente ése su ámbito de aplicación y no en relación a los delitos ambientales, pues sólo cumplen una función de reforzamiento de intereses propios de la Administración y no de efectiva tutela del ambiente» (11) parece que «la tesis del concurso de delitos no es aceptable, dado que la razón de la agravación no reside en un incremento del peligro del bien medio ambiente, sino en la realización de la información falsa, el hecho de la desobediencia o la actividad obstaculizadora» (12) por lo que «lo correcto hubiera sido apreciar un concurso de normas» (13).

Ante este panorama creo que no le falta razón a la Doctrina aludida, por lo que personalmente considero que se impone la imperiosa necesidad de reinterpretar tales cualificaciones dotándoles de un sentido estrictamente material, acorde con su naturaleza de agravaciones, que refleje un contenido de injusto superior al previsto en el tipo básico y sea así respetuoso con los principios de lesividad, culpabilidad y exclusiva protección de bienes jurídicos. Sólo de esta manera podrá aceptarse un concurso de delitos y dar por buena la expresa previsión del legislador (14); tal reinterpretación se llevará a cabo al

---

(11) PRATS CANUT, J. M. y MARQUÈS Y BANQUÉ, M., «De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, ed. Thomson Aranzadi, 5.<sup>a</sup> edición (Navarra, 2005), p. 1218.

(12) BOIX REIJ, J. y JAREÑO LEAL, A., *op. cit.*, p. 644.

(13) SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *op. cit.*, p. 933. Además de los autores citados en las dos notas anteriores también se suma a la aplicación de un concurso de normas, entre otros, LESMES SERRANOS, C., *op. cit.*, p. 354, en cuanto a los apartados b), c) y d) del 326.

(14) En este mismo sentido COLÁS TURÉGANO, A., «Algunas consideraciones sobre los delitos contra el medio ambiente en el Código Penal de 1995», en ORTS BERENGUER, E. (dir.), *Estudios Jurídicos: Libro Homenaje al profesor J. R. Casabó Ruiz*, ed. Universidad de Valencia (Valencia, 1997), pp. 440-441, quien advirtiendo igualmente de la posible vulneración del principio *non bis in idem*, considera que «distinta solución cabría adoptar caso que se asumiera que la razón de ser de las agravantes descritas en el artículo 326 fuera un incremento de riesgo para el equilibrio ecológico [...] en tal caso la mayor penalidad quizá respondiera a ese aumento del

hilo del análisis de cada una de las cualificaciones que vamos a tratar (*vid infra*). No obstante, y por lo que respecta a la agravación de desobediencia, la imposibilidad de encontrarle, como se verá, un significado material, nos llevará a proponer su desaparición, si bien mientras permanezca vigente creo que la posible concurrencia con el delito de desobediencia (art. 556) deberá ser resuelta mediante un concurso de normas a favor del artículo 326 (*ex art.* 8.1.º CP) (15) solución *contra legem* pero respetuosa con el principio constitucional de la prohibición del *bis in idem*.

Por otro lado, la relación concursal prevista por el legislador parece ser entendida por la mayor parte de nuestra Doctrina como ideal. Así, por todos, Conde-Pumpido Tourón manifiesta que «en el caso de que se incurra, por ejemplo, en falsedad de documentos oficiales o en falsedades no ideológicas de documentos privados, u otro tipo delictivo, no hay que estimarlos consumidos por la agravación, sino que «se aplicarán también las penas que puedan corresponder conforme a otros preceptos de este Código», en concurso ideal, como indica el párrafo primero» (16), si bien tal interpretación puede dar lugar, ante algunas hipótesis, a situaciones incongruentes seguramente no queridas por el legislador (17).

---

peligro para el bien jurídico protegido en el tipo básico, aceptándose en dicho caso recurrir a otras hipótesis delictivas de afectarse a otros bienes jurídicos, no produciéndose en este segundo supuesto una vulneración del principio constitucional en la medida que nos enfrentaríamos a un doble contenido de injusto».

(15) Así, ALMELA VICH, C., «El medio ambiente y su protección penal», *Actualidad penal*, núm. 2, 12-18 de enero de 1998, p. 34, quien expresamente defiende el concurso de normas en relación a la desobediencia pero no, sin embargo, en cuanto a la falsedad, para la que propone un concurso ideal de delitos.

(16) CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «De los delitos contra...», *op. cit.*, p. 3255. Igualmente ALMELA VICH, C., *op. cit.*, p. 34, en cuanto a la falsedad. Más recientemente MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *op. cit.*, p. 748.

(17) Piénsese que el delito de desobediencia del artículo 556 CP lleva aparejada una pena máxima de 1 año y el de falsedad documental del 392 de 3 años. De no existir los correspondientes subtipos agravados, deberían constituir un claro concurso real de delitos con el 325, lo que supondría una posible pena máxima de 6 años en el caso de la desobediencia y de 8 en el de la falsedad. Al existir los subtipos agravados, si entendemos que tales delitos han de constituir un concurso ideal con el 326, resultaría en abstracto una pena aplicable de 6 años y 3 meses a 7 años y 6 meses (mitad superior del 326, *ex art.* 77), en cuanto al concurso con la desobediencia, e igualmente en cuanto a la falsedad. Si se observa, en este último caso la pena a aplicar puede ser más leve (como mucho 7 años y 6 meses) que si no existiese el subtipo agravado (en cuyo caso podría llegar hasta 8 años) lo que no puede aceptarse fuese la idea del legislador. Por ello, quizás fuese más congruente la solución del concurso real entre el 326 y los correspondientes delitos de desobediencia o falsedad, solución que en todo caso arrojaría una posible pena máxima superior a la que podría aplicarse si no existiesen las cualificaciones (así, de hasta 8 años y 6 meses en cuanto a la desobediencia y

### 3. LA CLANDESTINIDAD DEL 326.a)

Establece la letra *a*) del artículo 326 que se impondrá la pena superior en grado cuando «la industria o actividad funcione clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones». Pues bien, tras la lectura de la norma acabada de reseñar, son principalmente dos las interrogantes que asaltan al intérprete y que mantienen dividida tanto a la Doctrina como a la jurisprudencia: ¿qué debe entenderse por clandestinidad? y ¿cuál es el alcance de las autorizaciones administrativas a las que se refiere el precepto? Analizaré, por orden, el estado de la cuestión en cuanto a ambas interrogantes e intentaré ofrecer, en la medida de lo posible, mi opinión al respecto.

Por lo que respecta a la primera cuestión el problema se reduce a adoptar una interpretación formal de clandestinidad, basada en una exégesis auténtica o, al contrario, a mantener una concepción material de clandestinidad. La primera opción, que consiste en identificar la clandestinidad con la ausencia formal de autorización, es avalada por un importante sector doctrinal, encontrando también sustento en diversas decisiones judiciales. Doctrinalmente, Muñoz Conde (18) ha afirmado tajantemente que «por clandestinidad debe entenderse la falta de autorización administrativa. Resulta por ello indiferente que la Administración tenga o no conocimiento de dicha actividad e incluso que la tolere».

Igualmente, Muñoz Lorente, en un trabajo específico (19), y acogiendo expresamente la doctrina sentada en la Sentencia del Tribunal

---

de 10 años y 6 meses en cuanto a la falsedad) y que nunca supondrá una pena inferior a la que pudiera arrojar el concurso real entre el 325 y la desobediencia o falsedad. Ya PRATS CANUT, J. M., «Análisis de algunos aspectos...», *op. cit.*, p. 77, estimaba que «tanto la falsedad o en su caso la coacción, son hechos diferenciables del delito medioambiental, y por lo tanto, deberían entrar en el capítulo del concurso real de delitos».

(18) MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, parte especial*, 16.ª ed. (Valencia, 2007) p. 577. En la misma dirección, ALMELA VICH, C., *op. cit.*, p. 33, cuando afirma que «concurrirá esta agravante cuando la industria o la actividad carezca de la correspondiente autorización, siendo irrelevante que la Administración tenga conocimiento o no de la misma, pues lo clandestino no es lo oculto a la Administración sino que es lo no autorizado». Del mismo modo COLÁS TURÉGANO, A., «Algunas consideraciones...», *op. cit.*, p. 441, para quien «la industria o actividad funcionará clandestinamente cuando carezca de la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus actividades»; o LESMES SERRANOS, C., según el cual «la clandestinidad no se refiere tanto al conocimiento de su existencia por la Administración como al hecho de haber obtenido o no las autorizaciones preceptivas».

(19) MUÑOZ LORENTE, J., «El delito ecológico: su carácter de delito permanente y la interpretación de la agravación de clandestinidad. Vertidos indirectos en el

Supremo de 5 de mayo de 1999, considera acertada la caracterización que el Alto Tribunal realiza «de la denominada agravante de clandestinidad, no como la realización de actividades secretas u ocultas sino, precisamente, como la ausencia de licencia para el desarrollo de esas actividades».

Desde la perspectiva forense son, curiosamente, la doctrina jurisprudencial tradicional y la más reciente las que avalan la interpretación formal o auténtica del concepto de clandestinidad (20). Dentro de la primera, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1994 identifica la clandestinidad con «el funcionamiento de la industria sin haber pedido u obtenido la debida autorización, aprobación o licencia...» (FJ 4.º); recientemente la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2005 (LJ 11186/2005) sienta con rotunda claridad que «en suma, el elemento de clandestinidad no se puede identificar como ocultación o secreto en el desarrollo de la actividad contaminante, sino con la carencia de las preceptivas autorizaciones o licencias exigidas sectorialmente para la protección del medio ambiente» (FJ 2.º).

No obstante, y como adelantábamos, también se ha ido abriendo hueco en nuestra Doctrina y jurisprudencia (21) una concepción material de clandestinidad que identifica la misma con el ocultamiento, secreto o desconocimiento de la industria o actividad por parte de la Administración. En este sentido, y como concluye Echarri Casi (22) refiriéndose a las autorizaciones a las que alude el 326.a), «la inexis-

---

suelo y subsuelo con riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas», en *Revista Mensual de Gestión Ambiental*, julio de 1999, p. 70, a quien sigue MESTRE DELGADO, E., «Delitos relativos a la Ordenación...», en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord), *Derecho Penal, parte especial*, 3.ª ed, *op. cit.*, p. 450, concluyendo que «la noción de funcionamiento clandestino utilizada en este precepto no equivale a la existencia de una industria oculta, encubierta, secreta o desconocida por la Administración, limitándose a significar la inexistencia de autorización o licencia administrativa previa».

(20) Además de las resoluciones reseñadas en el texto, la STS de 17 de mayo de 2003 establece que «la clandestinidad de una industria o actividad no debe identificarse con el carácter secreto u oculto en el sentido material, sino en el sentido jurídico que el propio precepto desarrolla de modo auténtico. Concretamente lo serían las empresas carentes de la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones». A dicha Sentencia se refiere ECHARRI CASI, F. J., «El subtipo agravado de clandestinidad en los delitos contra el medio ambiente», *Diario La Ley*, núm. 5848, Año XXIV, 12 de septiembre de 2003.

(21) Recientemente la STS de 30 de diciembre de 2008 (FJ 6.º), siguiendo la doctrina sentada por la STS de 4 de diciembre de 2002.

(22) ECHARRI CASI, F. J., «El subtipo agravado de clandestinidad...», *op. cit.* En la misma línea BOIX REIG, J., y JAREÑO LEAL, A., *op. cit.*, p. 643, al afirmar que «pese a las tendencias a equiparar clandestino con ausencia de autorización, es lo cierto que la idea de clandestinidad supone un plus que comporta la dificultad de

tencia de tales licencias no permite la agravación si documentalmente consta acreditado que la actividad industrial a la que se viene dedicando la empresa es conocida por la Administración correspondiente, por las relaciones con aquella mantenidas, relaciones que bien pudieran consistir en la presentación de un planteamiento de descontaminación gradual, un estudio de impacto medioambiental, o incluso por el conocimiento público de la actividad a la que se dedica la empresa. En definitiva, el conocimiento público de la actividad industrial no resulta compatible con la clandestinidad que agrava la conducta».

El fundamento de tal orientación doctrinal parece encontrarse en la ausencia en esta agravación, y también en otras del propio precepto, de un plus de desvalor respecto del tipo básico, argumentándose que tal agravación constituye, verdaderamente, un simple ilícito administrativo. Como dicen Serrano Gómez y Serrano Maillo (23) «en este supuesto del funcionamiento clandestino no parece que se añada al delito principal algo distinto de una mera infracción administrativa. Por ello ha de limitarse a los casos en que exista un contenido material, no sólo cuando la clandestinidad se deba a una mera falta de autorización por retrasos o por la falta de documentación irrelevante».

Del mismo modo algunas decisiones judiciales avalan una interpretación material de la clandestinidad. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2004, aludiendo a la interpretación auténtica o formalista antes expuesta, considera que «esa interpretación [...] no puede convertir las exigencias del tipo en algo puramente formal, pues ello sería contrario a las razones de la agravación, que se basan en la existencia de un mayor peligro para el medio ambiente al suprimir o dificultar seriamente las posibilidades de control de la Administración» continuando que en el caso que se enjuiciaba «la Administración, a pesar de la inicial pasividad municipal, conocía la existencia de la actividad y disponía de medios suficientes para controlar su funcionamiento [...] lo cual impide calificarlo como clandestino» (FJ 1.º).

Claramente también, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2002 y a pesar de carecer la industria enjuiciada de las licencias municipales de actividades industriales, considera que «la inexistencia de tales licencias no permite la agravación pues documentalmente consta acreditado que la actividad industrial a la que se

---

control de la actividad por parte de la Administración». Igualmente ZUBIRI DE SALINAS, F., *op. cit.*, pp. 110-111.

(23) SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAILLO, A., *Derecho Penal, parte especial*, Dykinson, 14.ª ed., Madrid, 2009, p. 653.

dedicaba la empresa había presentado un planteamiento de descontaminación gradual y el mismo había sido aprobado por el departamento correspondiente de la Generalitat de Catalunya, lo que supone el conocimiento público de la actividad industrial [...] extremos no compatibles con la clandestinidad que agrava la conducta» (FJ 4.º).

Por último, la Sentencia, también del Supremo, de 24 de mayo de 2003 pone de manifiesto cómo «el legislador ha seguido un criterio excesivamente formalista para configurar la agravante de clandestinidad. Parece que se quiere dar contenido agravatorio al incumplimiento de la normativa medioambiental relativo a la instalación y funcionamiento de industrias, sin otras connotaciones, lo que vaciaría de contenido y haría imposible la aplicación del derecho administrativo sancionador. El automatismo en la apreciación de la agravante, sería atentatorio al principio de culpabilidad. No obstante, conviene subrayar que la redacción del artículo 326.a) del CP distingue suficientemente entre la carencia de los preceptivos permisos y autorizaciones y el funcionamiento clandestino, que supone más bien, la ocultación o disimulo de las actividades contaminantes. Esta conducta es la que realmente supone un peligro añadido para el medioambiente ya que dificulta la búsqueda de las fuentes y la modificación de los defectos en las instalaciones» (FJ 5.º 5).

La segunda de las cuestiones que dejábamos planteada al inicio de este epígrafe era la relativa al alcance de las autorizaciones o aprobaciones a las que se refiere la agravación que comentamos. Esta interrogante, que al igual que la anterior mantiene dividida a la Doctrina y a la jurisprudencia, es ya tradicional en este ámbito, pero no por ello deja de estar latente. Como ha puesto de relieve Conde-Pumpido «al mantener la redacción anterior, el precepto no resuelve la polémica planteada en relación con la suficiencia de disponer de la autorización de las instalaciones, o bien la necesidad de disponer de la específica autorización...» (24).

Y como también expusimos cuando abordamos el concepto de clandestinidad, la resolución de esta segunda cuestión se reduce a una doble opción: «una primera entiende por clandestina la actividad de industrias que carecen de la autorización de funcionamiento por parte del Ministerio de Industria y de la preceptiva licencia municipal de actividades industriales. La otra incluye también los supuestos de carencia de autorización específicamente relacionada con el medio

---

(24) CONDE-PUMPIDO TOURON, C., «De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (dir.), *op. cit.*, p. 3255.

ambiente» (25). Estos son, y no otros, los términos del debate. Pues bien, la segunda opción, está representada por un importante sector doctrinal. Claramente, en este sentido, se manifiesta Carmona Salgado (26) al considerar que «en principio, podría entenderse que se refiere a los supuestos en los que el sujeto activo no ha obtenido ni la autorización del Ministerio de Industria, ni tampoco la preceptiva licencia municipal de ejercicio de la correspondiente actividad industrial. Sin embargo parece más lógico pensar que la presente agravación resulte también aplicable a las hipótesis en las que, pese a existir la correspondiente licencia de funcionamiento, se estén realizando vertidos o emisiones sin autorización alguna».

También diversas decisiones judiciales avalan la segunda opción descrita. La ya tradicional Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1994 señala, en relación al antiguo artículo 347 *bis* siendo extrapolable ahora por la semejanza de redacción, que tal agravación supone «el funcionamiento de la industria sin haber pedido u obtenido la debida autorización, aprobación o licencia que se prevé en las distintas normas ambientales que regulan la materia» (FJ 4.º). La más reciente de 26 de enero de 2005, recoge con nitidez que «el elemento de clandestinidad no se puede identificar [...] sino con la carencia de las preceptivas autorizaciones o licencias exigidas sectorialmente para la protección del medio ambiente» (FJ 2.º) (27).

---

(25) TERRADILLOS BASOCO, J., «Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente», en TERRADILLOS BASOCO, J. (Coord.), *Derecho Penal del Medio Ambiente*, Trotta (Madrid, 1997), p. 50.

(26) CARMONA SALGADO, C., «Delitos contra los recursos naturales, el medio ambiente, la flora y la fauna. Disposiciones comunes», en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.), *Derecho Penal Español, Parte Especial*, ed. Dykinson, S.L., 2.ª ed. (Madrid, 2005), p. 709. Igualmente PRATS CANUT, J. M. y MARQUÈS I BANQUÉ, M., *op. cit.*, p. 1217, cuando señalan que «por funcionamiento clandestino habrá que entender la actividad de la industria sin haber obtenido o pedido la debida autorización, aprobación o licencia, que se prevé en las distintas normas ambientales que regulan la materia». De la misma opinión y claramente PÉREZ DE GREGORIO CAPELLA, J. J., «Jurisprudencia penal medioambiental (IV) (1.ª parte)», *La Ley*, año XXIV, núm. 5832, 25 de julio de 2003, [en línea], <http://www.laley.net>, al afirmar que una interpretación estricta que abarque sólo las autorizaciones genéricas «debe considerarse manifiestamente errónea». También COLÁS TURÉGANO, A., *op. cit.*, p. 441, deja entrever su inclinación por la segunda opción apuntada en el texto.

(27) En la misma línea que las decisiones judiciales transcritas en el texto, encontramos otras como la STS de 5 de mayo de 1999 afirma que «el dato objetivo afirmado de la ausencia de licencia para la producción y el vertido de los residuos es precisamente el supuesto concreto apreciado de entre los que integran el subtipo agravado del párrafo segundo del artículo 347 bis» (FJ 9). Muy clara resulta igualmente la STS de 12 de diciembre de 2000 al señalar que «entendemos que no basta para eliminar la condición de clandestinidad respecto de una determinada actividad indus-

La primera opción a la que aludíamos también encuentra, como no podía ser de otra forma, importante sustento doctrinal y, sobre todo, jurisprudencial. En la Doctrina es claro partidario de esta opción Urraza Abad (28) para quien «una lectura detenida de la letra *a*) del artículo 326 analizado parece llevarnos a concluir que para poder aplicar la concurrencia de esta circunstancia cualificativa debemos encontrarnos ante empresas o industrias que carezcan de aquellas autorizaciones imprescindibles para su puesta en funcionamiento, así como a la imprescindible aprobación de sus instalaciones con carácter general, resultando irrelevante a los efectos de su apreciación las autorizaciones y/o permisos de vocación o naturaleza estrictamente ambiental». Integra también este sector doctrinal Gómez Rivero (29) quien estima que «este precepto [...] se refiere no ya a las licencias necesarias para realizar la actividad en cuestión, sino para la apertura o comienzo del funcionamiento de la empresa».

Por su parte, desde el punto de vista forense son ya varias las sentencias del Tribunal Supremo (30) que avalan la primera opción descrita. Merece la pena destacar, pues por su claridad y nitidez resultan paradigmáticas, la de 29 de septiembre de 2001, 26 de junio de 2002

---

trial el que exista una autorización genérica realizada por medio de la correspondiente licencia municipal. Si hay una concreta dedicación a un proceso de recuperación de metales que ocasiona residuos contaminantes, para eliminar esa clandestinidad del mencionado apartado a) del artículo 326 CP, es preciso que exista una autorización o aprobación administrativa referida en concreto a esta específica actividad» (FJ 5.º). La misma conclusión puede extraerse de la STS de 23 de octubre de 2002 (LJ 60/2003, FJ 2.º). Todas ellas aparecen reseñadas, en lo que aquí interesa, en PÉREZ DE GREGORIO CAPELLA, J. J., «Jurisprudencia penal medioambiental...», *op. cit.*

(28) URRAZA ABAD, J., *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, ed. *La Ley* (Madrid, 2001), p. 262.

(29) GÓMEZ RIVERO, M.ª C., *El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio*, Tirant Monografías, num. 143 (Valencia, 2000), p. 45, nota 53.

(30) Además de las reseñadas en el texto podemos aludir igualmente a las SSTS de 21 de diciembre de 2001, cuando advierte que «no es la realización de actos concretos ilegales, que ya aparece penada en el artículo 325 del Código Penal, determinante de la inclusión de la conducta en la figura agravada del apartado a) del artículo 326 del Código Penal...» (FJ 2.º), de 17 de mayo de 2003, cuando concluye que «el artículo 326 ap. a) se refiere a la aprobación o autorización de las instalaciones y no a la autorización de los vertidos, y a esos términos gramaticales estrictos debemos estar» (FJ 6.º 5) o la de 30 de enero de 2002 para la que «tampoco concurre el subtipo agravado del artículo 326, apartado a), pues la actividad desarrollada en el taller de donde procedían los bidones no era clandestina. Lo clandestino, con relevancia penal, fue el vertido de los bidones en el lugar en que lo fue, que es lo que constituye el tipo básico» (FJ 3.º 4). Igualmente las de 1 de diciembre de 2001, 17 de septiembre de 2001 y 14 de abril de 2003, todas ellas reseñadas, en lo que aquí interesa, en PÉREZ DE GREGORIO CAPELLA, J. J., *op. cit.*



y, sobre todo, la de 1 de abril de 2003. Así, señala la primera que «la falta de autorización administrativa, en el presente caso (referida a una autorización para vertidos), es precisamente la contravención de la normativa protectora del medio ambiente que integra, de forma prioritaria, el elemento normativo del tipo básico, por lo que no sería admisible que al mismo tiempo sirviera para la aplicación del tipo agravado» (FJ 2.º). Por su parte la segunda de las resoluciones mencionadas considera que «la apreciación de tal agravación ha de realizarse de manera exigente y relativa, tan sólo, a los supuestos de falta de licencia para la explotación en sí misma y no de la actividad que constituye el vertido contaminante» (FJ 5.º).

Pero más elocuente aún resulta la última de las sentencias mencionadas, la de 1 de abril de 2003 al estimar que «en efecto lo que exige la Ley para la aplicación del subtipo es que la industria o actividad funcione clandestinamente, equiparando clandestinamente al hecho de no haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones, pero no exige adicionalmente la expresa autorización para la realización de unos concretos vertidos [...]. El tenor literal del apartado a) del artículo 326 exige autorización de las instalaciones, lo que equivale a estar autorizado para la puesta en funcionamiento de la industria o actividad, pero no impone otras licencias adicionales [...] llevar el subtipo hasta el supuesto de reputar que funciona clandestinamente una industria o actividad que actúa en el tráfico ordinario disponiendo de la pertinente licencia de apertura de sus instalaciones, y que mantiene relaciones fluidas con la Administración, como sucede en el caso actual, por el hecho de carecer de una licencia específica de vertidos, es llevar la interpretación de la expresión «funcionamiento clandestino» más allá del sentido natural de las palabras y más allá del contenido propio del tipo» (FJ 11).

Expuesto entonces el estado de la cuestión sobre el subtipo agravado de clandestinidad corresponde ahora, para terminar, mostrar la opinión que al respecto se mantiene en este trabajo. En este sentido, y en cuanto a la primera de las cuestiones que se plantearon al inicio del subepígrafe, a saber, ¿qué debe entenderse por clandestinidad?, considero que a tenor de la propia dicción del precepto no queda, en principio, otra opción que decantarse por una concepción formalista, en cuanto el propio legislador penal nos está diciendo o explicando qué debe entenderse por clandestinamente. Por ello, una interpretación literal y una aplicación estricta del principio de legalidad nos obligarían a calificar como clandestina, sin más, a la industria o actividad

que actúa «sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones».

Ahora bien, en base al fundamento que debe inspirar toda cualificación o agravación, en cuanto debe suponer un plus de afección al bien jurídico protegido y no sustentarse en el simple incumplimiento de obligaciones administrativas, soy partidario de proponer, *lege ferenda*, una estructura que permita acoger la concepción material de clandestinidad es decir, el carácter secreto u oculto de la actividad o industria. Incluso *lege data*, principios como el de lesividad, culpabilidad o proporcionalidad (no olvidemos que por un simple incumplimiento formal la pena puede aumentarse en dos años) permiten, hoy en día, dar cobertura a la concepción material.

Por último, y en cuanto a la segunda de las cuestiones planteadas al inicio del análisis de este subtipo agravado, la relativa al contenido o alcance de la *autorización o aprobación administrativa de instalaciones*, me inclino decididamente por la primera de las opciones es decir, por entender que el precepto requiere la ausencia de autorizaciones genéricas, no sectoriales, y ello por las siguientes razones:

1.º Porque la falta o ausencia de autorizaciones sectoriales estrictamente ambientales integra ya de por sí el elemento normativo del tipo básico, pues son muchas las *disposiciones generales protectoras del medio ambiente* que contemplan la realización, sin autorización, de vertidos, emisiones, etc., en su catálogo de infracciones (31).

2.º Si lo anterior es así, que lo es, considerar que concurre el subtipo agravado cuando faltan autorizaciones específicas de vertido, emisiones, etc., supondría una quiebra flagrante de la prohibición del *bis in idem*, pues se estaría sancionando dos veces por una misma circunstancia: la ausencia de la autorización permitiría la apreciación del tipo básico (obviamente siempre que concurriese el elemento típico de la gravedad) y, al mismo tiempo, del subtipo agravado. Tal concepción es, sencillamente, inadmisibile (32).

---

(31) En el mismo sentido URRAZA ABAD, J., *op. cit.*, pp. 263-264, donde advierte que «resulta evidente que la realización de actividades contaminantes o esquilatorias sin contar con la preceptiva autorización o aprobación administrativa de naturaleza medioambiental constituye uno de los supuestos más frecuentes de la *contravención de las Leyes o disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente*».

(32) Así se pone también de manifiesto en la STS de 1 de abril de 2003 pues «si la licencia exigida para excluir la agravación es la específica de cada modalidad de vertido, puede llegar a identificarse esta carencia de autorización específica con la ilegalidad del vertido, corriéndose el riesgo de vulnerar el principio *non bis in idem* al aplicar el subtipo agravado por la misma infracción administrativa que determina la concurrencia del elemento normativo del tipo básico» (FJ 14).

3.º Lo contrario contravendría el tenor literal del 326.a) y, por ende, del principio de legalidad (33), pues una cosa es autorizar instalaciones y otra, muy distinta, concretas emisiones, vertidos, extracciones, excavaciones, etc.

4.º Entender que el 326.a) requiere la ausencia de licencias sectoriales nos llevaría al absurdo de tener que apreciar la clandestinidad cuando la industria o actividad funciona con las preceptivas licencias del Ministerio de Industria o municipales de apertura y actividad pero carece de la específica de vertidos, emisiones, etc. (34).

#### 4. LA DESOBEDIENCIA DEL 326.b)

Ordena el apartado b) del artículo 326 que habrá de imponerse la pena superior en grado cuando en la comisión de los hechos descritos en el artículo 325 «se hayan desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de las actividades tipificadas en el artículo anterior».

Es unánime la Doctrina (35) cuando establece los requisitos que han de exigirse para su apreciación, a saber:

a) El requerimiento ha de ser expreso y debe contener la orden de suspender o corregir las actividades que se están desarrollando.

b) Debe ser emitido por la Autoridad administrativa competente en materia de medio ambiente para ordenar la corrección o suspensión de las actividades perjudiciales.

c) Es necesario, obviamente, el conocimiento de la orden por parte del sujeto activo del delito y su voluntad manifiesta de incumplirla (36).

---

(33) De nuevo la Sentencia mencionada en la nota precedente advierte que la concepción que venimos manteniendo «es más respetuosa con el sentido literal del precepto y en consecuencia con el principio de legalidad» (FJ 14).

(34) En esta línea, de nuevo, URRAZA ABAD, J., *op. cit.*, p. 263, para quien «parece difícilmente sostenible que, una vez obtenidas la autorización del Ministerio de Industria y la preceptiva licencia de actividades industriales, nos encontremos ante la cualificada perseguibilidad de una hipotética conducta anti ecológica desplegada por la misma que pudiera justificar tan grave incremento punitivo».

(35) Así, por todos, CONDE-PUMPIDO TOURON, C., «De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente...», *op. cit.*, p. 3255, LLANEZA GONZÁLEZ, «El delito ambiental», <http://www.palomallaneza.com> o LESMES SERRANOS, C., *op. cit.*, p. 353.

(36) En esta línea, algunas Sentencias del Tribunal Supremo no aprecian el subtipo agravado de desobediencia por no quedar acreditado que los requerimientos hubieran llegado a manos de los interesados. Así la STS de 27 de abril de 2001

No obstante la unanimidad doctrinal referida, parece necesario ir más allá de la mera exposición o descripción de los requisitos exigidos para la apreciación de la desobediencia. Por ello debemos preguntarnos ¿qué debemos entender por «órdenes expresas»?; ¿el acto administrativo que contiene la orden expresa ha de agotar la vía administrativa?; ¿qué relevancia ha de tener el rechazo injustificado de la recepción de notificaciones de la Administración?, ¿es la desobediencia apreciada habitualmente por los Tribunales?

Pues bien, por lo que respecta a la primera cuestión planteada, ha de entenderse que no serán órdenes «las meras sugerencias o recomendaciones que la autoridad administrativa haya podido formular» (37), debiéndose excluir también las meras «indicaciones tácitas, presuntas o genéricas» (38). El término *expresas* debe interpretarse «con arreglo a la normativa administrativa (arts. 53 y ss. de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común)» (39), de manera que hemos de entender que el acto administrativo que contiene la orden debe haberse producido siguiendo el procedimiento adecuado, ha de ser motivado y escrito (arts. 53 a 55 Ley 30/1992).

En cuanto al agotamiento o no de la vía administrativa por el acto que contiene la orden creo que, de nuevo al amparo de la Ley procedimental administrativa, no es necesaria tal exigencia, pues los actos administrativos producen sus efectos desde el momento de su producción, y la suspensión de lo ordenado, con carácter general, no se contempla en la misma, todo ello a tenor de lo dispuesto en los artículos 56, 57, 111 y 138 de la Ley 30/92.

Por lo que respecta a la tercera cuestión expuesta es decir, a la relevancia del rechazo a la recepción del documento que contiene la orden, un entendimiento estricto del requisito del conocimiento de la misma obligaría a no apreciar la agravación, toda vez que el sujeto desconoce el contenido del documento que se le remite.

No obstante, esta interpretación estaría amparando actos fraudulentos u hostiles por parte del sujeto activo, por lo que a fin de evitar tal incoherencia y siempre que la notificación se hubiera intentado siguiendo los trámites establecidos en el artículo 59 de la Ley 30/92

---

(FJ único) rechaza la aplicación del 326.b) «*al no constar que tal requerimiento llegue a manos de la interesada*» o la de 16 de diciembre de 2004 en la que se declara que cuando el vertido contaminante se produce «*los acusados no habían recibido aún la notificación del requerimiento*» (FJ 2.º).

(37) SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *op. cit.*, p. 931.

(38) CONDE-PUMPIDO TOURON, C., *op. cit.*, p. 3255.

(39) COLÁS TURÉGANO, A., *op. cit.*, p. 442.

creo, a tenor de lo dispuesto en dicho precepto, que debiera entenderse debidamente cumplido el trámite de la notificación y la concurrencia del conocimiento toda vez que, en la práctica, el sujeto sabrá quién es el remitente de la notificación por el mero hecho de que el *continente* de la misma identifique al emisor. Otra cosa es que pueda justificar el desconocimiento de la notificación por estar ausente de su domicilio (v. *gr.*, vacaciones, hospitalizaciones, etc).

Por último, y en cuanto al grado de aplicación de este subtipo agravado por los Tribunales, necesariamente debe concluirse que es, después de la clandestinidad, la cualificación más apreciada judicialmente (40). Así, entre otras, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2000 (FJ 5.º) 24 de septiembre de 2002 (FFJJ 1.º 5 y 5), 3 de diciembre del mismo año (FJ 6.º), 2 de noviembre de 2004 (FJ 7.º) y, más recientemente, en la de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de julio de 2008 (FJ 2.º).

Y para terminar, una breve reflexión que puede entenderse como petición al legislador. Así, considero que nos encontramos ante el subtipo agravado en el que más claramente se aprecia una desconexión entre el mismo y un mayor riesgo para el bien jurídico protegido que el previsto en el tipo básico, ya que la desobediencia, en sí, poco o nada contribuye a aumentar dicho riesgo, pues al exigirse para su apreciación la previa realización de actividades subsumibles en el tipo básico («*actividades tipificadas en el artículo anterior*», reza el precepto), necesariamente habrá concurrido ya el peligro para los sistemas naturales. Por ello puede abogarse por una desaparición del subtipo agravado comentado.

## 5. LA FALSEDAD DEL 326.c)

El subtipo agravado tipificado en el apartado *c)* del artículo 326 ordena la imposición de la pena superior en grado a la prevista en el artículo 325 cuando «*se haya falseado u ocultado información sobre los aspectos ambientales de la misma*» (41). Podemos entender que se

---

(40) Se refiere a resoluciones anteriores a las mencionadas en el texto y que han analizado la agravación que nos ocupa, URRAZA ABAD, J., *op. cit.*, p. 266, como la STS de 26 de septiembre de 1994, AP de Lleida de 16 de marzo de 1995, AP de Huesca de 9 de mayo de 1995 o la de la AP de Albacete de 31 de enero de 1998.

(41) Nótese la ampliación que, respecto al anterior artículo 347.bis), supone la redacción del subtipo que comentamos. En aquél se hacía referencia únicamente a la aportación de información falsa mientras que en éste se desvalora igualmente la ocultación de información.

trata de falsear o no entregar información de carácter ambiental, referida a la actividad o industria de que se trate, y que se está obligado a aportar a la Autoridad competente «en los trámites administrativos necesarios para la obtención de las autorizaciones o licencias reglamentarias para la realización de la actividad» (42).

No obstante, y a pesar de que, a priori, parezca una cualificación que no presenta excesivos problemas interpretativos, sí se han suscitado algunas cuestiones en torno a la misma que obligan a tomar postura al respecto. Así, en nuestra Doctrina, plantea Suárez González (43) si la información a la que se refiere el precepto debe proporcionarse a petición de la Administración o si se hace referencia, también, a toda aquélla que pueda emitir la empresa sin necesidad de previa petición. Igualmente advierte el citado autor que no se especifica si la instancia que ha de requerir la información es pública o privada.

Pues bien, en coherencia con la interpretación que de esta agravación se ha adoptado, considero que se trata de información que se está obligado normativamente a aportar ya lo sea a petición expresa de la Administración, ya lo sea porque es obligación del sujeto pasivo su aportación en cualquier caso; por ello, si no existe una normativa que obligue a su aportación, no parece de recibo aplicar una cualificación que puede suponer, nada más y nada menos, el incremento de dos años de privación de libertad. En cuanto a la segunda cuestión planteada por el mencionado autor parece claro que la instancia que ha de requerir la información ha de ser pública, por cuanto sólo la Administración está legitimada para otorgar las autorizaciones en cuyo procedimiento de concesión se requiere dicha información. Todo lo más, podría admitirse la consideración de empresas que actúan en régimen de concesión administrativa.

Además de las dos cuestiones acabadas de plantear, otras dos más asaltan al intérprete del subtipo que nos ocupa. En *primer lugar* llama la atención, una vez más, la defectuosa redacción legislativa, en cuanto el término «*la misma*» no va precedido en el apartado que

---

(42) ALMELA VICH, C., «El medio ambiente y su protección penal...», *op. cit.*, p. 34.

(43) SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *op. cit.*, p. 932. Para este autor «una interpretación restrictiva, que impediría que el alcance del tipo se desbordase, abogaría por entender que debe tratarse de información que la empresa tiene la obligación de dar a requerimiento de instancias administrativas. Esta interpretación se vería refrendada por el hecho de que en los supuestos de los apartados *a)*, *b)* y *d)* se cita expresamente a la Administración, que es a quien compete la concesión de autorizaciones y el control de las actividades».

comentamos de ningún sustantivo al que sustituir. En una interpretación sistemática de todo el precepto debemos entender que se está refiriendo a la industria o actividad citadas en el apartado *a*), si bien en ese caso sería deseable la sustitución por el término «las mismas». Y *en segundo lugar* cabe preguntarse si también se refiere el 326.c) a la información que sea necesario aportar en el seno de un procedimiento de inspección; pues bien, en coherencia de nuevo con el entendimiento que aquí se ha propuesto de la cualificación de falseamiento u ocultación de información, creo que la misma sólo es aplicable a la falsificación u ocultamiento en el seno de un procedimiento de concesión de autorización o licencia, pudiendo subsumirse en la agravación de obstaculización de actividades inspectoras [326.d)] el comportamiento consistente en falsear u ocultar información en el seno de tales actividades, pues en ese caso se estaría impidiendo el desarrollo normal y efectivo de las actuaciones de control propias de la inspección.

Para terminar, y una vez expuestos y tomada postura sobre las principales dudas que plantea la cualificación prevista en el apartado *c*) del artículo 326, hemos de advertir que, al igual que ocurría con los subtipos precedentes, parece obligado realizar una reinterpretación de la misma so pena de configurarse como una mera cualificación formal.

Por ello creo, con la mayoría de la Doctrina (44), que la información a la que se refiere el precepto no debe ser una información ambiental cualquiera, sino referida estrictamente a aspectos ambientales esenciales o relevantes, a lo que debe añadirse un matiz de gran importancia, puesto de relieve por Mestre Delgado (45), cual es que dicha información «de haber sido previamente conocida por la Administración hubiera provocado la evitación de esa específica infracción» pues sólo así puede justificarse un mayor riesgo para el bien

---

(44) En este sentido CARMONA SALGADO, C., *op. cit.*, p. 710, advierte que «ni siquiera desde un punto de vista legal se exige que el falseamiento u ocultación hayan recaído sobre *elementos esenciales* o relevantes, quedando así configurada como una cualificación exclusivamente formal». Por su parte SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *op. cit.*, p. 931, considera que la ausencia de referencia a aspectos ambientales esenciales «dota al supuesto de una desmesurada amplitud». Por ello URRAZA ABAD, J., *op. cit.*, p. 267, en el mismo sentido que el expuesto en el texto, señala que «la conveniencia de desterrar del Código Penal cualquier manifestación de formalismo o automatismo punitivo parece llevar, no obstante, a considerar exigible dicha relevancia efectiva del falseamiento u ocultación, a pesar de que la dicción del tipo no lo exija de forma expresa».

(45) MESTRE DELGADO, E., *op. cit.*, p. 451.

jurídico protegido que el previsto en el tipo básico ya que el desconocimiento de esas circunstancias por la Administración, que es la que debe velar por el uso racional de los recursos naturales (art. 45.2 CE), hace más vulnerable el objeto de tutela. Encontramos así, en tal comportamiento, un desvalor de resultado que junto al desvalor de acción, manifestado en engañar a la Administración, integran o conforman la antijuridicidad material de la agravación.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALMELA VICH, C., «El medio ambiente y su protección penal», *Actualidad penal*, n.º 2, 12-18 de enero de 1998.
- BLANCO LOZANO, C., *Algunas aplicaciones de la teoría jurídica del delito a casos concretos de criminalidad ambiental*, La Ley 2000-5.
- BOIX REIG, J y JAREÑO LEAL, A., «Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», en Vives Antón, T (et. al), *Derecho Penal, Parte Especial*, ed. Tirant lo Blanch, 3.ª edición revisada y actualizada (Valencia, 1999).
- CARMONA SALGADO, C., «Delitos contra los recursos naturales, el medio ambiente, la flora y la fauna. Disposiciones comunes» en COBO DEL ROSAL, M (Coord.), *Derecho Penal Español, Parte Especial*, ed. Dykinson S.L., 2.ª ed. (Madrid, 2005).
- COLÁS TURÉGANO, A., «Algunas consideraciones sobre los delitos contra el medio ambiente en el Código Penal de 1995», en ORTS BERENGUER, E. (dir.), *Estudios Jurídicos: Libro Homenaje al profesor J. R Casabó Ruiz*, ed. Universidad de Valencia (Valencia, 1997).
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente» en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (dir), *Código Penal, doctrina y jurisprudencia*, Tomo II, ed. Trivium (Madrid, 1997).
- CUESTA ARZAMENDI, J. L. DE LA, «Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Capítulo III, Título XVI, Libro II del nuevo Código Penal de 1995» en *Actualidad Penal*, núm. 14, 6 al 12 de abril de 1998.
- «La reciente historia del delito ecológico: del artículo 347 bis al proyecto de nuevo Código Penal de 1994» en VALLE MUÑIZ, J. M.ª (coord.), *La protección jurídica del medio ambiente*, ed. Aranzadi, (Pamplona, 1997).
- ECHARRI CASI, F. J., «El subtipo agravado de clandestinidad en los delitos contra el medio ambiente», *Diario La Ley*, núm. 5848, Año XXIV, 12 de septiembre de 2003.
- GÓMEZ RIVERO, M.ª C., *El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio*, ed. Tirant Monografías, núm. 143 (Valencia, 2000).



- LESMES SERRANOS, C., «Los nuevos delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente» en LESMES SERRANOS, C. (et. al), *Derecho Penal Administrativo*, ed. Comares (Granada, 1997).
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «Delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente» en Vives Antón, T. S. (et. al), *Derecho Penal, parte especial*, ed. Tirant lo Blanch (Valencia, 2004).
- MESTRE DELGADO, E., «Delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente» en Lamarca Pérez, C. (Coord.), *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, ed. Colex, 3.ª edición (Madrid, 2005).
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal, parte general*, ed. Reppertor, 8.ª ed. (Barcelona, 2009).
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, parte especial*, 16.ª ed, Tirant lo Blanch (Valencia, 2007).
- MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal, parte general*, ed. Tirant lo Blanch, 7.ª ed. (Valencia, 2007).
- MUÑOZ LORENTE, J., «El delito ecológico: su carácter de delito permanente y la interpretación de la agravación de clandestinidad. Vertidos indirectos en el suelo y subsuelo con riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas», en *Revista Mensual de Gestión Ambiental*, julio de 1999.
- ORTS BERENGUER, E y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho Penal, parte general y parte especial*, ed. Tirant lo Blanch (Valencia, 2004).
- PÉREZ DE GREGORIO CAPELLA, J. J., «Jurisprudencia penal medioambiental (IV) (1.ª parte)», *La Ley*, año XXIV, núm. 5832, 25 de julio de 2003.
- PRATS CANUT, J. M., «Análisis de algunos aspectos problemáticos de la protección penal del medio ambiente» en *Jornadas sobre la protección penal del medio ambiente*, 20-21 de octubre de 1990, CODA/AEDENAT, Agencia de Medio Ambiente (Madrid, 1991).
- PRATS CANUT, J. M., y MARQUÈS Y BANQUÉ, M., «De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente» en Quintero Olivares, G. (dir.) y Morales Prats, F. (coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, ed. Thomson Aranzadi, 5.ª edición (Navarra, 2005).
- SERRANO GÓMEZ, A y SERRANO MAILLO, A., *Derecho Penal, parte especial*, ed. Dykinson, 14.ª ed. (Madrid, 2009).
- SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J., «De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del Patrimonio histórico y el medio ambiente» en Rodríguez Mourullo, G. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, ed. Civitas (Madrid, 1997).
- TERRADILLOS BASOCO, J., «Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente» en Terradillos Basoco, J. (Coord.), *Derecho Penal del Medio Ambiente*, ed. Trotta (Madrid, 1997).

- TRILLO NAVARRO, J. P., «El extraneus y el nuevo artículo 65.3 del Código Penal» *Diario La Ley*, año XXVI, n.º 6217, 24 de marzo de 2005.
- URRAZA ABAD, J., *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, ed. La Ley (Madrid, 2001).
- ZUBIRI DE SALINAS, F., «Delitos contra el medio ambiente» en BAJO FERNÁNDEZ, M. (Dir.), *Empresa y Derecho Penal (II)*, Cuadernos de Derecho Judicial, ed. CGPJ (Madrid, 1999).

# Elementos subjetivos del ilícito en la determinación de la pena

JOSÉ PERALTA  
CONICET (\*)

## RESUMEN

*Actualmente, en el derecho penal, gana cada vez más adeptos la doctrina que considera que la determinación de la pena debe seguir los lineamientos de la teoría del delito. Esto surge bajo la idea de que en la individualización de la pena también se debe respetar el principio de culpabilidad entendido como aquel que exige que la pena sea proporcional a la gravedad del delito. La imposibilidad de escindir los argumentos relativos al quantum de la pena de los relevantes para su admisión absoluta (para su «sí o no») conduce directamente a indagar si aquellos factores que de ningún modo, por sí solos, podrían justificar la admisión de pena, pueden, no obstante ser relevantes para su mensuración. Aquí, particularmente, desde el análisis del concepto de injusto o ilícito penal, se pretende cuestionar la relevancia de los elementos subjetivos distintos del conocimiento. El objetivo es mostrar cómo una teoría de la determinación de la pena coherente con una teoría liberal del delito no puede considerar relevante para la mensuración del castigo ningún elemento subjetivo que trascienda al aspecto cognitivo.*

*Palabras clave: Injusto, elementos subjetivos del injusto, dolo, intención, motivos, determinación de la pena, principio de culpabilidad, teoría del delito.*

## ABSTRACT

*Currently in criminal law, it is gaining more followers the doctrine that considers that the sentencing guidelines in the determination of punishment must follow the*

---

(\*) Becario Postdoctoral CONICET; Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina; ex becario del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD); Profesor de Derecho Penal, Parte Especial y Derecho Procesal Penal.

*theory of crime. This comes under the idea that the individualization of punishment must respect the culpability principle, i.e., the requirement that the punishment must be proportionate to the seriousness of the offense. The impossibility of splitting the arguments on the quantum of the sentence of the relevant ones to determine its absolute admission (for «yes or no») leads directly to inquire if those factors that by themselves could not justify the acceptance of punishment, may nonetheless be relevant to its measurement. Particularly here, from the analysis of the concept of unfair or unlawful act (injusto), I am interested in questioning the relevance of the subjective elements different from knowledge. The aim is to show how a theory of sentencing consistent with a liberal theory of crime can not consider relevant to the measurement of punishment any subjective element that transcends the cognitive aspect.*

*Keywords: Illicit, subjective components of the illicit, mens rea, motives, graduation of punishment, culpability principle, theory of criminal act.*

## I. INTRODUCCIÓN

En diversos delitos es suficiente que el sujeto obre con mero dolo eventual para poder ser castigado. Esto demuestra que, en muchos casos, la «intención» no es relevante para el «sí o no» de la pena, sino sólo para su graduación. En esa misma medida, los «motivos» en base a los que obra el agente tampoco son relevantes, por regla general, para resolver sobre si se ha cometido un delito o no, y su importancia reside en un aumento o eventual disminución de la pena (1). Sin embargo, es usual leer que ambos elementos subjetivos pueden ser, no obstante, relevantes para la medición de la pena.

El problema acerca de los elementos subjetivos relevantes para la medición de la pena es una parte del problema, más amplio, acerca de los elementos relevantes para la justificación del castigo en general. Cuando se brinda una respuesta al respecto, también se está respondiendo acerca de la concepción de Derecho penal adecuada a ciertas premisas político-criminales.

Las razones que se brindan para admitir estos elementos subjetivos no relevantes para la admisión de pena, en la graduación de la misma, son de dos tipos. El primer tipo de argumentación se basa en una teoría tradicional de la medición del castigo que escinde expresa-

---

(1) Es común, no obstante, que en los códigos penales algunos tipos de la parte especial requieran, para su configuración, de la presencia de intención o alguna motivación especial en el agente. Lo mismo sucede para la sanción penal del comienzo de ejecución de un delito. Pero, en la estructura general de la teoría del delito, la pregunta sobre la distinción entre dolo eventual y dolo directo y de la relevancia de las motivaciones es una pregunta por la graduación del castigo y no por el «sí o no» de la pena.

mente ambas formas de análisis. Para la medición del castigo cuentan, según estas teorías, propiedades diferentes a las relevantes para la teoría del delito, esto es, para la admisión de pena. La medición de la pena se basa directamente en la teoría del castigo que se tiene por correcta y el delito cometido no cumple más que una función de permisión de graduación, pero no es relevante para esta graduación (2). Por ello, la «gravedad» del delito sólo tiene una importancia eventual en la medida que funcione como indicio de necesidad de pena. Bajo una postura de este tipo es más o menos sencillo hacer ingresar estos elementos subjetivos para medir el castigo. La intención o los motivos abyectos cuentan porque indican una mayor peligrosidad del autor, revelan un mayor cuestionamiento de la norma, más conmoción social o cuestiones por el estilo.

El segundo tipo de argumentación, en cambio, sostiene que aunque se niegue esta escisión entre elementos relevantes para el «sí o no» de la pena y los relevantes para el *quantum* de esta, de todas maneras, estos elementos sí pueden ser considerados relevantes para la medición de castigo. Como esto no es obvio, por lo menos en el caso de los motivos, esto se debe fundamentar de alguna manera. Una parte de la doctrina afirma que estos elementos son relevantes para el concepto de «injusto», en la medida que este se entienda como algo compuesto, objetivo y subjetivo, pues las intenciones y los motivos forman parte del concepto del desvalor de acción (3). Otra parte, en cambio, sostiene que esto no puede ser, pues de acuerdo a la concepción de injusto liberal los motivos no pueden agregar nada al ilícito, pero, que, sin embargo, sí encuentran su ubicación en la culpabili-

(2) Prevención especial, cfr. sobre este tema Liszt, *Die psychologischen Grundlagen der Kriminalpolitik*, en el mismo, «Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Zweiter Band, 1892-1904, Berlin 1905, 170 ss.; HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción a la criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, 237; FRISCH, *Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídica del Derecho penal*, trad. Patricia Ziffer, en *Indret/3*, 2007, 27. Prevención general: Feuerbach, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, tomo I, Erfurt, 1799 (nueva impresión Scientia, Aalen, 1966), 41 ss.; SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, 2.<sup>a</sup> ed., Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1971, 53 ss.; ANDENAES, *Punishment and Deterrence*, University of Michigan Press, Michigan, 1974, 84 ss. Prevención general positiva Roxin, CLAUS, La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena, en «*Culpabilidad y prevención en derecho penal*», trad. Muñoz Conde, Reus, Madrid, 1981, 93 ss.; HASSEMER, WINFRIED, Generalprävention und Strafzumessung, en Hassemer/Lüdersen/Naucke, *Hauptprobleme der Generalprävention*, en Metzger, Frankfurt/Main, 1979, 29 ss.; JAKOBS, *Culpabilidad y prevención*, en «Estudios de derecho penal», UAM-Civitas, Madrid, 1997, 73 ss.

(3) Descriptivamente HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1999, 215 y ss.

dad (4). Para poder hacer cualquiera de estas dos afirmaciones sólo es necesario recurrir a un concepto «más amplio» de disvalor de acción o de culpabilidad, según el caso, en comparación con la de aquellos que niegan su relevancia (5).

En el presente trabajo, se tratará de analizar esta segunda clase de argumentos, y sólo en referencia al concepto de ilícito (injusto) penal. Se da por supuesto que una escisión entre los elementos relevantes para la teoría del delito y los elementos relevantes para la medición de la pena es incorrecta. Aquí, por cuestiones de espacio, sólo se hará, en el punto correspondiente, un pequeño esbozo de justificación de esta afirmación. Un análisis más detenido se ha realizado en otro lugar (6). Lo que se tratará de evaluar detalladamente, en cambio, es si este segundo tipo de argumentación puede ser sostenido coherentemente. Nuestra respuesta será negativa y creemos que el análisis no sólo de la estructura del «dolo de tipo prohibitivo», sino también, y sobre todo, la del «dolo de tipo permisivo» mostrará con toda claridad que para el disvalor de acción estos elementos subjetivos deben ser irrelevantes y que sólo la admisión del castigo de los motivos o las intenciones «como tales» puede justificar variaciones de pena basadas en ello, i.e. que sólo un concepto de delito que abandone las premisas «del acto» puede encontrar espacio para la valoración de dichos elementos. Por supuesto, el trabajo presenta una propuesta *de lege ferenda*, que no necesariamente debe coincidir (y de hecho no coincide) con lo que está establecido en los ordenamientos positivos.

En lo que sigue, en primer lugar, se tratará de fundamentar por qué para la imputación del tipo subjetivo de prohibición no es necesario considerar ningún elemento subjetivo aparte del conocimiento de la situación de hecho que se quiere evitar con la norma (*infra* II). Luego, en un segundo momento, se tratará de mostrar el reflejo que aquel esquema debe tener sobre la teoría de los elementos subjetivos de la

---

(4) KÖHLER, *Zur Strafbarkeit des Mordes bei aussergewöhnlichen Umständen* -BGHSt 30, 105, JuS, 1984, Heft 10, 763; KELKER, *Zur Legitimität von Ginnungsmerkmalen im Strafrecht*, Klostermann, Frankfurt am Main, 2007, 471 ss.; sobre el mismo problema, pero con referencia a la actitud interna que distingue culpa conciente de dolo eventual, PUPPE, *Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis*; de la misma autora, *Strafrechtsdogmatische Analysen*, Bonn University Press, Bonn, 2006, 263; y SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, 154, ambos con precaución.

(5) Cfr. FRISCH, *Einleitung - Hintergrund, Grundlinien und Probleme der Lehre von der tatproportionalen Strafe*, en Frisch/von Hirsch/Albrecht (comp.), *Tatproportionalität*, C. F. Müller, Heidelberg, 2003, 10.

(6) PERALTA, *Dogmática del hecho punible, principio de igualdad y justificación de segmentos de pena*, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 31, 2008, Marcial Pons, Alicante, España, 2009, 599 ss.

exclusión del ilícito, cuya reducción al conocimiento obedece a las mismas razones que fundamentan el dolo de tipo prohibitivo como mero elemento epistémico (*infra* III). Una vez hecho esto, deberá verse ya con claridad por qué esto tampoco debe contar para la medición de la pena en relación a la gravedad del hecho. La estructura de la medición de la pena responde, pues, según las premisas de las que aquí se parte, a un esquema dual *fundamentación-exclusión*, que no es más que un reflejo de la justificación de la fundamentación y exclusión del ilícito en general (*infra* IV).

## II. LA PARTE SUBJETIVA EN LA FUNDAMENTACIÓN DEL ILÍCITO PENAL

1. Una vez que damos por supuesto que se ha realizado una acción humana (7) hay que decidir si el mero conocimiento de la realización del estado de cosas disvalioso es suficiente para elevar el grado más alto de reproche en relación a la imputación subjetiva del tipo o si el hecho de que el sujeto además quiera ese resultado, i.e. tenga «intención», puede todavía aumentar más ese reproche (8). Damos un par de ejemplos.

Ejemplo 1. A está participando en un campeonato clandestino de tiro al blanco en el que se coloca una manzana sobre la cabeza de un niño. A sabe que sus probabilidades de darle a la manzana son las mismas que las de darle a la cabeza del niño que está debajo de ella. Para simplificar digamos que tiene un 50 por 100 de probabilidades de darle al niño. Sin embargo, para A es absolutamente indeseable errarle a la manzana y matar al niño porque así pierde el codiciado premio. A dispara.

Ejemplo 2. B quiere matar a un niño X que está jugando al fútbol. Sin embargo, para no ser descubierto sólo puede intentar matarlo con su arma desde el tercer piso donde vive en un edificio. Las proba-

---

(7) Por su irrelevancia para esta discusión, no se tratará aquí el problema de la importancia del resultado. Partimos de la base de que se ha configurado una acción humana que objetivamente «llama la atención». Cfr. al respecto, Jakobs, Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico, en (núm. 2), 301 ss.

(8) Evidentemente, esto también podría ser formulado al revés y decir que el mero conocimiento *disminuye* el grado de reproche en relación a la intención. Las dos formulaciones, sin embargo, tienen idéntico significado. Mientras no exista un instrumento medianamente preciso para medir valores, lo decisivo es saber si la diferencia entre ambas posibilidades está justificada.

bilidades de acertar en blanco son de un 50 por 100. B también dispara.

La idea, hoy en boga, de que el dolo debe ser considerado sólo conocimiento está directamente vinculada a los fines y límites del Derecho penal y no es una cuestión descriptiva (9). En un sistema penal cuyo objetivo únicamente radica en la protección de bienes jurídicos, la intención no debe jugar ningún rol. El mero conocimiento del estado de cosas prohibido ya debe motivar al sujeto que está por actuar a omitir la conducta y el deber de omisión debe estar ligado directamente al grado de riesgo de afectar el bien jurídico (correspondientemente conocido por el sujeto). Fundamento, en lo que sigue, esta afirmación.

El Derecho penal está dirigido a motivar conductas. Por ello es necesario que el sujeto conozca el riesgo que está generando. De otra forma, no es posible darle razones para omitir la conducta. La intensidad del mandato de omisión debe ser directamente proporcional al grado de riesgo que el sujeto está generando (10). Los peligros más intensos deben ser más evitados que los peligros menos intensos. El mero conocimiento del estado de cosas prohibido debe bastar para que el sujeto se motive por la norma. En los casos en que se obra con intención esto no es diferente. Aquí también el mero conocimiento de que se obra en contra de la norma debe bastar. La norma de determinación no tiene una estructura diferente en ambos casos.

---

(9) No quiere dar cuenta ni de la forma en que se usa la palabra dolo ni de cómo cierto sistema normativo lo define. Sólo tiene la finalidad de determinar qué estado subjetivo merece, *ceteris paribus*, el castigo más elevado.

(10) Así también PUPPE (núm. 4), 241, 245, 251 pero con un (primer) argumento que hace referencia especialmente al *poder comunicativo* del conocimiento del riesgo del sujeto. En este sentido, lo que esta autora tiene en miras es algo diferente a lo que aquí se dice en cuanto a lo que justifica prescindir de la valoración de la «actitud interna», aunque esto, en rigor, no está del todo claro en su texto. En efecto, por momentos la irrelevancia de cómo el agente realiza su «procesamiento psíquico» del conocimiento parece también deberse a la dificultad de probar tales estados mentales (segundo argumento, 236) y también, a veces, se hace referencia, incluso, a que se trata de una cuestión interna que no le debe interesar al Estado (tercer argumento, 231, 239 y 254) y así parece defenderse, también, lo que aquí se sostiene.

Por otro lado, la autora también explica que la diferencia no pasa sólo por una cuestión del grado del riesgo (expresamente en 242), sino por una serie de factores como la «claridad de la imagen del riesgo», la «inmediata proximidad de su realización», el grado de «dominabilidad del desarrollo posterior por medio de medidas por parte del autor o de terceros» y la propia confianza del autor en poder evitar finalmente el resultado (256). Pero esto puede y debe entenderse simplemente con parte de la definición del riesgo y no como elementos externos que lo complementan.



En los dos ejemplos mencionados arriba, el riesgo es idéntico y el conocimiento de él por parte de los sujetos también. La necesidad de evitar ambas conductas es la misma y la posibilidad de evitarla, *ceteris paribus*, también. No existen razones para que la intención de los sujetos deba modificar en algo esta evaluación. Bajo estas premisas, quien sostenga lo contrario, esto es, que la intención agrega algo, también debe admitir que estas conductas se quieren evitar más, aunque el riesgo sea el mismo en todos los casos y la posibilidad de evitación también. Pero ello, por no ser obvio, requiere ser fundamentado.

2. Se dijo que la concepción del dolo que se defiende está vinculada a los fines y límites del Derecho penal. De allí se pueden extraer tres posibles fundamentaciones para la relevancia de la intención en el tipo subjetivo.

a) En primer lugar, se puede argüir que la intención agrega algo relevante para realizar los fines del Derecho penal. Si no nos apartamos de la premisa que dice que el Derecho penal sólo debe proteger bienes jurídicos (11), lo que se estará afirmando con ello es que la intención aumenta la posibilidad de lesión de dichos bienes.

Esto en un primer momento parece extraño. La mera intención no genera el riesgo no permitido y tampoco parece tener la potencialidad de aumentarlo. Así, quien envía a otro al bosque a dar una caminata (lo que está permitido) no pasa a ser ilícito sólo porque se tenga la intención de que éste muera víctima de un eventual rayo (12). En el mismo sentido, si el sobrino que le pide al tío que emprenda una caminata por el lugar en el que él ha puesto una trampa para animales en ese mismo bosque, lo que constituye un riesgo no permitido, no aumenta porque además éste tenga la intención de que el tío muera.

Sin embargo, esto parece relevante en los casos en que la persona es especialmente hábil (13). Supongamos que una persona decide dispararle a otra no con la intención de matarla, sino sólo de asustarla seriamente. Esa persona dispara y genera un riesgo de muerte de un 50 por 100. Ahora, esta persona cambió de opinión y decide matarla.

---

(11) Bajo premisas retribucionistas o vinculadas a la conservación de valores sociales, las conclusiones pueden ser diferentes. Aunque, en rigor, como trataré de demostrar, que el conocimiento sea condición necesaria para el castigo tiene también que ver con una visión garantista de este elemento. Con ello, ningún fin preventivo de la pena podría conducir a la prescindencia de este elemento (cfr. también n. 25).

(12) Ejemplo que puede verse ya en WELZEL, *Derecho penal alemán*, 4.ª ed., trad. de Bustos Ramírez/Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, 80, quien descarta aquí la responsabilidad del autor, pero con un argumento diferente.

(13) Agradezco las observaciones a este respecto de Andrés Bauzart y Pérez Barberá sobre este punto.

Puesto que es diestra con las armas, debido a su intención ahora sí homicida, dispara y genera un riesgo de muerte de un 80 por 100. Así, parece que la intención es relevante incluso para la generación del riesgo y con ello su consideración en la medición de la pena sería correcta.

Sin embargo, sólo aparentemente lo *decisivo* es la intención. En realidad lo decisivo es el conocimiento que el sujeto tiene de su habilidad. Es decir, lo decisivo es que el sujeto *sabe* que genera con su acción un riesgo más elevado. Así, en este caso, la intención se solapa con el conocimiento, pues sólo porque el sujeto *sabe* de su habilidad y de hecho la tiene, es que la intención agrega algo. Para ver esto con claridad sólo basta realizar un *test de relevancia* de la intención. Para poner realmente en juego que el dolo deba ser sólo conocimiento lo que se debe demostrar es que el caso de mención, en el que se genera un riesgo de 80 por 100, debe ser tratado de modo diferente al caso en el que otro sujeto, por las razones que sea, pero sin intención, genera el *mismo* riesgo con conocimiento. El verdadero problema de la relevancia de la intención no es que esta pueda eventualmente coadyuvar a generar un riesgo más elevado que el sujeto conoce. Para quienes sostienen la relevancia de la intención esta cuenta justamente para distinguir la pena ante un riesgo equivalente en los casos en que aquella propiedad está ausente o presente. Los que defienden la relevancia de la intención quieren decir algo distinto al caso de la persona especialmente diestra, quieren decir que hay que castigar más *ceteris paribus* siempre que esté presente la intención. Aquí, justo porque hay intención ya no permanecen, el resto de las condiciones iguales y, por ende, no se puede afirmar, en realidad, que la intención es relevante *de por sí*.

b) Pero, se puede aún replicar, la posibilidad de afectación del bien jurídico también depende de algo subjetivo. Esto es, de la posibilidad de evitación de la lesión. Para lo que aquí interesa, se está afirmando que el sujeto que obra con intención necesita un mandato más intenso, lo que a su vez puede deberse a dos razones.

Una, a que el sujeto que obra con intención esté más *determinado* a realizar la conducta (14). Debido a esto, frente a él se necesita una pena más intensa que respecto del autor que obra sólo con conoci-

---

(14) Para ENGISCH, pudo haber obrado de otra manera sólo el autor concreto que en la circunstancia concreta, si hubiera querido, de acuerdo a su preocupación y fuerza de voluntad, hubiera actuado de otra manera, cfr. *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 2.<sup>a</sup> ed., de Gruyter & Co, Berlin, 1965, 26, 53 y 55 s.; Similar WELZEL, *Persönlichkeit und Schuld*, ZStW 60, 1941, 467 ss.; similar también GALLAS, *Tatstrafe und Täterstrafe, insbesondere im Kriegsstrafrecht*, ZStW 60, 1941, 399 s.

miento. Sin embargo, esta suposición es falsa. Como se puede ver en los ejemplos dados, quien obra con «simple» conocimiento, puede tener tanto interés en realizar la conducta, y con ello el riesgo, como quien obra además con intención, o incluso más. En el ejemplo 1 quien dispara a la manzana puede tener tantos deseos de ganar el premio que al final resulta estar más determinado que el quiere matar al niño, porque, digamos, a este último no le afecta demasiado el hecho de que el niño siga vivo.

La dificultad más importante de esta justificación del incremento de pena radica, de todas maneras, en que plantea serias dificultades para ser utilizada como argumento frente al individuo. Según un concepto de culpabilidad centrado en las posibilidades de evitación individual, a mayor inclinación al delito corresponde menos pena y no más (15).

La segunda posibilidad consiste en afirmar que el sujeto que obra con intención es más peligroso que quien obra sin ella, pues ante el primer fracaso tenderá a repetir la acción las veces que sean necesarias para poder alcanzar su resultado. En el caso del autor que obra sin esta actitud subjetiva ese peligro no existe. Aquí se puede hablar de un mayor peligro de reiteración delictiva. Pues bien, en primer lugar, esto es falso. El deseo de A en el ejemplo 1 de ganar el concurso puede hacerlo repetir la conducta todas las veces que sean necesarias, e incluso ante numerosas víctimas, para ganar su premio. Mientras que en el ejemplo 2, por las razones que sea (miedo, arrepentimiento, etc.), una vez que realiza el primer disparo se puede desistir y obviamente desistirá si ya logró su objetivo. La relación entre peligro de repetición y la presencia de intención en la conducta es contingente.

Pero lo más importante es que, aunque fuera cierto que la intención implica más peligrosidad, con esto se está abandonando el Derecho penal de acto y se está cayendo en un Derecho penal de autor de tipo «criminológico». Según esta concepción, el fundamento de la pena, o de la medición de la pena, no reside en el hecho cometido,

---

(15) El problema tiene, incluso, dos escalas. Por un lado, la pena debe superar el grado de culpabilidad media, para poder influir sobre el individuo concreto más determinado de lo normal. Allí la diferencia entre la pena correspondiente a la utilidad media y la finalmente impuesta es ilegítima por superar lo merecido. Pero, además, puesto que en estos casos estamos frente a alguien más determinado que lo normal, no sólo la pena no debería superar la culpabilidad media, sino que, de tomarse en serio el principio de culpabilidad, debería ser incluso inferior a esta para adecuarse al grado de responsabilidad del sujeto concreto. Al tener este menos culpabilidad merece una pena menor. Resumiendo, el principio de culpabilidad no sólo exige, para estos casos, que la pena *no se agrave* sólo en base a necesidades preventiva, sino que también exige, adicionalmente, una *atenuación*.

sino la peligrosidad de autor. Pero esto es completamente inaceptable aún restringidos sólo a la mensuración del castigo. Con la introducción de la «peligrosidad de autor» en la medición de la pena se hace entrar «por la puerta de atrás» argumentos que nunca podrían entrar «por la de adelante». Es decir, se introducen valoraciones de la «conducta de vida», del «carácter» (16) o de la «personalidad» en la medición de la pena, cuando estas jamás podrían ser razones para justificar el sí de la misma, esto es, la admisión del castigo (17). Sin embargo, la diferencia entre ambas formas de valorar al «autor» sólo es de grado y no de especie y, por ello, valen en ambos lugares los mismos argumentos en su contra.

c) Otra posibilidad es afirmar que el obrar con intención «comunica más» y ello justifica una pena mayor (18). Bien, esto es lo mismo que cambiar la fundamentación de Derecho penal. Aquí ya no se trata de proteger bienes jurídicos, sino de transmitir valores, pues la mera comunicación, de por sí, no interviene en la lesión de dichos bienes. Pero incluso entre quienes ponen el acento en la fuerza comunicante del Derecho penal, la comunicación nunca es decisiva autónomamente, por lo menos para el «sí o no» de la pena. Existe un acuerdo bastante general en cuanto a que los actos preparatorios no deben ser punibles (19), *aunque* comuniquen mucho, debido a que aquí no hay un acto que salga de la esfera privada del individuo (20). Que esto valga para la mensuración de la pena significa, otra vez, incluir aquí factores que nunca valdrían para la determinación absoluta del castigo.

3. Con esto hemos dado por refutadas algunas fundamentaciones posibles de por qué la intención debe jugar un rol *fundamentador* de la pena, en relación los fines del Derecho penal. Ahora queda ver si esto puede tener que ver no ya con esta visión utilitarista, sino con una

(16) PUPPE (núm. 4), 231.

(17) HÖRNLE (núm. 3), 40 y ss., 49 y ss. Se trata de una forma encubierta de valorar la «conducta de vida» del autor.

(18) En esta dirección, hablado de la afectación de una «relación de reconocimiento recíproco», KELKER, *Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht*, Klostermann, Frankfurt am Main, 2007, 418 ss. y 469. KELKER en 422 también utiliza este argumento para hacer la distinción valorativa entre culpa conciente y dolo eventual. Críticamente sobre esta concepción PUPPE, (núm. 4), 239: Cómo el sujeto «procesa psíquicamente» su decisión errónea «es una cuestión interna que no le interesa al ordenamiento jurídico».

(19) Por todos, JAKOBS, (núm. 7), 306.

(20) MOORE/HURD, *Punishing Hatred and Prejudice*, Stanford Law Review, vol. 56, núm. 5, 2004, 1114.

visión que tiene en miras los límites al derecho penal. La idea sería la siguiente. Castigar con la misma intensidad el dolo eventual y el dolo directo es injusto, pues el que obra sin intención merece un castigo menor. Imponer en ambos casos la misma sanción es olvidar que el derecho penal debe obrar respetando ciertas premisas morales.

Pues bien, dicho así, esto simplemente presupone lo que hay que probar y es que el que obra con intención merece un castigo más intenso que quien obra con mero conocimiento. Como se acaba de ver eso no es en absoluto plausible en un derecho penal de acto dirigido a proteger bienes jurídicos. Muy por el contrario, castigar más el dolo directo es violar ciertos límites al poder de castigar, pues la única razón que lo justificaría sería una actitud interna del autor que desaprobamos. Castigar la actitud interna es lo moralmente inaceptable. Para que esto se entienda, es necesario traer a colación algunas distinciones sobre la relación entre derecho y moral.

Hart, en *Law, Liberty and Morality*, menciona que se pueden pensar, cuanto menos, cuatro relaciones posibles entre derecho y moral (21). Aquí sólo interesan dos de ellas. Una es la que pregunta si el derecho, para ser tal, debe cumplir con ciertos requisitos morales básicos. En el derecho penal, esto se analiza paradigmáticamente en lo que se denomina «principio de culpabilidad» en sentido amplio, que significa varias cosas, pero que siempre se dirige a decirle al Estado que es lo que *no* puede hacer si quiere que su actividad sea legítima. Dentro del principio de culpabilidad se analizan cuestiones como: el principio de responsabilidad personal, principio de responsabilidad por el hecho, principio de responsabilidad por dolo o culpa y principio de culpabilidad en sentido estricto (22). Todos ellos contienen principios más o menos obvios de lo que significa una actividad estatal legítima –o moralmente aceptable–.

Otra relación entre derecho y moral que menciona Hart es la que él discute con Lord Devlin y es la de si el Estado puede tener como objetivo el perfeccionamiento de la moral individual (23). Ya sea regulando actividades privadas (que no dañan a terceros) o pensamientos (24).

---

(21) HART, *Law, Liberty, and Morality*, Oxford University Press, Oxford, 1963, 1 s.

(22) Cfr. por todos ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. I, 4. ed., C.H.Beck, Múnich, 2006, 3/51 ss.

(23) HART (núm. 21), 4 s.; DEVLIN, *Morals and the Criminal Law*, en «The Philosophy of Law» R.M. Dworkin (comp.), Oxford University Press, 1997, 65 ss.

(24) Sobre la evolución de la distinción entre «lesividad» (relacionado a las acciones privadas) y «exterioridad» (relacionado a los pensamientos), MAGARIÑOS, *Los límites de la ley penal en función del principio constitucional del acto*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, 47 ss., 59 ss. y 71 ss.

En un sentido, este principio no es más que la derivación del anterior. Si un Estado liberal no puede sancionar los pensamientos, entonces, si lo hace estará violando ciertos principios morales básicos: aquellos que dicen que el Estado, para actuar moralmente, debe permitir la inmoralidad de sus ciudadanos, siempre que no perjudiquen a terceros. En el derecho penal, la idea de no regular los pensamientos tiene que ver con el principio de la responsabilidad por el hecho: sólo se debe ser responsable por lo que uno hace y puede evitar.

Si la intención no es relevante ni para la dañosidad social ni para la posibilidad de evitación su consideración se encuentra injustificada. Castigar más el dolo directo que el dolo eventual es castigar la actitud interna del sujeto en lo que al «más» se refiere. Un Derecho penal de acto sólo puede tener en cuenta cuestiones internas en la medida en que esto sirva para la imputación de la situación objetiva que se quiere evitar (25). Superar esto y tener en consideración las intenciones para la imposición o medición de la pena es olvidar los límites del Derecho penal (26). El hecho de que exista una conducta o manifestación individual externa no permite la pregunta sobre *cualquier elemento interno*, sino sólo de aquellos que sean relevantes para el Derecho penal. Lo único relevante es si había razones para evitar la conducta y el sujeto las conocía, luego cuál fue su razón para violar la norma no debe contar. Con el conocimiento alcanza para imputarle al sujeto lo que ha realizado.

De esto se sigue una primera conclusión.

Conclusión 1. No es relevante determinar por qué se motivo el sujeto, sino por qué *dejó* de motivarse. El conocimiento del estado de cosas prohibido debe motivar al sujeto y lo debe hacer en la medida de su gravedad (27).

---

(25) Así, la necesidad de considerar el conocimiento que el sujeto tiene del estado de cosas que se quiere evitar tiene también un carácter deontológico: sólo de este modo se puede legitimar la pena frente al individuo. No se trata, pues, de que haya que considerarlo sólo por cuestiones preventivas, i.e. sólo porque eso es lo más conveniente, por ejemplo, para comunicar correctamente (así PUPPE, núm. 4, 260). Es decir, aunque la no consideración del conocimiento fuera funcional, no puede prescindirse de este factor. Es claro así que los casos de ceguera ante los hechos no pueden ser tratados como hechos dolosos.

(26) Nada se gana afirmando que, en realidad, de lo que se trata es de disminuir el reproche por la falta de intención y no la de aumentarlo cuando la intención está presente. Cfr. al respecto (núm. 8) y Peralta, (núm. 6), 620.

(27) Claro que esto requiere ahora un redefinición del concepto de imprudencia de tal forma que pueda ser compatible con este concepto de dolo. Por cuestiones de espacio, esto no se va a profundizar aquí. Baste con decir que en la imprudencia conciente también lo que cuenta es el conocimiento. Lo que diferenciará, entonces, al

Ahora bien, asumiendo que esto es cierto para la fundamentación del ilícito, hay que ver si esta estructura también puede ser utilizada para su exclusión.

### III. LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS EN LA EXCLUSIÓN DEL ILÍCITO PENAL

1. Así como la fundamentación del ilícito empieza con la descripción del estado de cosas que se quiere evitar, su exclusión también comienza con la descripción objetiva del estado de cosas que no se quiere evitar (permisión) o que se quiere alcanzar (deber). En este sentido, «no se puede negar que los preceptos permisivos también están destinados a motivar comportamientos» (28). En el caso de las causas de justificación que contienen un deber, esto es claro. Aquí se ordena realizar cierta acción. Pero la situación en los casos de simples permisiones no es distinta, pues con ella se le quiere indicar al potencial autor que el deber que establecía el tipo, dadas ciertas circunstancias, ya no rige.

La derogación del tipo en ambas clases de preceptos justificatorios tiene, pues, la misma razón de ser: eliminar el mandato del tipo. El estado de cosas descrito por ellos ya no contiene un disvalor social que deba ser evitado penalmente.

La pregunta ahora es si para obrar bajo un precepto permisivo es necesario algo más que el conocimiento de la situación objetiva. Como se verá, esto es falso. Los elementos subjetivos de la exclusión del ilícito siguen las mismas reglas que los de su fundamentación. Pero en este caso, será más fácil ver por qué debe ser suficiente el conocimiento del estado de cosas deseado para fundamentar la ausencia incluso del disvalor de acción. Ello también permitirá ver con más claridad por qué los defensores de la «intención» en el dolo de tipo prohibitivo están castigando la mera actitud interna.

Un par de casos serán ilustrativos.

---

dolo de la imprudencia, será, en primer término, una cuestión objetiva: grado de riesgo generado. El hecho será doloso en la medida que el sujeto conozca que realiza un hecho grave (i.e. generación de un peligro grave) e imprudente en la medida que sepa o crea fundadamente que realiza un hecho leve (i.e. generación de un peligro leve). Cfr. al respecto, detalladamente, SANCINETTI, (núm. 4), 257 y ss.; también PUPPE, (n. 4), *passim*.

(28) SANCINETTI, (núm. 4), 526.

Ejemplo 3. Un médico, para llegar a la casa de su paciente a quien debía salvar de una muerte inminente, viola las normas de tránsito lesionando a un transeúnte. El motivo por el que el médico fue tan diligente es que el paciente le va a pagar una suma de dinero muy interesante y no realmente su voluntad de salvarlo, de tal modo que sin el pago no actuaría (29).

Ejemplo 4. A ataca ilegítimamente a B, quien no tiene la capacidad de defenderse por sí mismo de ese ataque. C, en la creencia de que A es parte de un grupo político con el que él simpatiza no ejerce la legítima defensa de terceros, a pesar de poder hacerlo. En un momento dado B (el atacado) le informa a C que A (el atacante) no es parte del partido de C, sino que, por el contrario, es parte del partido opositor. Sabiendo esto, C decide hacer uso de su permiso de defender a terceros para lesionar al sujeto del partido opositor.

En ambos casos, el estado de cosas que se *alcanza* es deseado por el Derecho. Salvar al paciente o preservar la integridad física de quien se ve sometido a un ataque antijurídico. Como se sabe, sin embargo, para que el obrar amparado objetivamente en una causa de justificación esté permitido se requiere que el sujeto obre bajo condiciones subjetivas que permitan atribuirle ese estado a él y no al azar. Si el sujeto por azar obra amparado en una causa de justificación que no sabía que existía, la situación será valorativamente idéntica a la de quien mata a un oso pensando que es un hombre: corresponde el castigo por tentativa (30).

Si se quiere ser coherente con lo dicho anteriormente, se debe admitir que es suficiente el mero conocimiento de este estado de cosas positivo para imputarle al autor el estado de cosas no desvalorado por el Derecho. En efecto, como sostiene Roxin «[y]a la conciencia de provocar algo jurídicamente adecuado elimina el desvalor de acción y, con ello, el injusto» (31). Aceptando que el dolo es sólo conocimiento, se puede decir que «[h]ace falta dolo de justificación y no propósito de justificación» (32).

Si bien el paralelo entre dolo de tipo prohibido y dolo de tipo permisivo es evidente, lo que se verá ahora con más claridad son las consecuencias de considerar relevante a la intención en el Derecho penal. Mientras que en primer caso lo que se sigue de afirmar que se puede castigar más cuando existe intención no parece contradecir los princi-

---

(29) Una adaptación del caso de STRATENWERTH / KÜHLEN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 5.<sup>a</sup> ed., Die Straftat, Heymanns, Köln, entre otras, 2004 182.

(30) ROXIN, (núm. 22), 14/96.

(31) ROXIN, (núm. 22), 14/97.

(32) JAKBOS, (núm. 38), 11/21.



prios del Derecho penal de acto (en todo caso se sanciona, sólo que ante la presencia de intención se sanciona un poco más), las consecuencias en la justificación resultan a todas luces inaceptables conforme a las premisas de un Derecho dirigido a proteger bienes jurídicos. Exigir que el sujeto que obra amparado en una causa de justificación además deba tener el objetivo de realizarla, implicaría castigar una conducta objetivamente deseada, o al menos no indeseada, sólo por la actitud interna del autor (33).

En el caso del ejemplo 4 implica darle el mandato al tercero de que no defienda a la víctima de una agresión ilegítima, salvo que tenga esa exclusiva finalidad. Ante cualquier otra intención o motivación que trascienda la defenderla tiene la obligación de abstenerse de actuar y así la de abstenerse de hacer algo que el Derecho considera cuanto menos *no* disvalioso. En el caso del médico del ejemplo 3 esto es todavía más chocante. Pues se le diría: «usted sólo puede generar un riesgo en el tránsito que sirva para salvar vidas *si* lo hace con ese objetivo específico». En el caso de que *sepa* que con su conducta peligrosa puede lograr dicho objetivo debe omitir actuar si obra por otras razones como la codicia u otro fin diferente.

Con ello, no se hace más que evitar la realización de conductas cuyo resultado ya no es socialmente indeseado (y a veces es incluso deseado) (34) y, de este modo, disminuir la finalidad resguardadora de bienes jurídicos sólo en base a la motivación interna del sujeto. Y en el caso de las causas de justificación que generan deberes, implicaría el deber de sancionar siempre al sujeto actuante, pues, si tiene una motivación abyecta para actuar, se lo castigaría tanto si cumple con la norma que genera el deber (por hacerlo con la motivación incorrecta) como si no lo hace (por no obedecer la norma) (35).

Esto es lo que ha llevado a que la doctrina, de forma prácticamente unánime (incluyendo a quienes tienen un concepto compuesto de dolo) rechace la relevancia los elementos de ánimo para la justificación, diciendo que los motivos por los cuales el sujeto se mantiene dentro del derecho son irrelevantes (36) y viendo aquí sí, claramente,

---

(33) Y esto no sólo implica castigar la actitud interna del autor, pues a quien tenga la actitud interna incorrecta también se le prohibirán acciones que el resto tiene permitidas. Con lo que se le prohíben *actos*, debido a la falta de actitud interna correcta.

(34) PUPPE, (núm. 4), 255.

(35) ROXIN, (núm. 22), 14/99. Lo que de hecho se puede predicar de todos los delitos de omisión en los que el autor obre por otro motivo, sabiendo que logra un valor social.

(36) STRATENWERTH/KÜHLEN (núm. 29), 182.

que al darle relevancia a los motivos «se trasladan inaceptablemente criterios morales al terreno del Derecho» (37), en el sentido de la segunda distinción de Hart menciona al principio. Tal como en el tipo, hacer depender la justificación de elementos subjetivos «contradice el principio del hecho» (38), cayendo en «una pena de actitud interna» (39), porque se castiga al autor por haber realizado algo en sí permitido, pero «no con la correcta actitud interna» (40), confundiendo así «el principio de legalidad» con «exigencias morales» (41).

Incluso se puede decir todavía más. La prevención general negativa puede ser considerada, en comparación con la prevención general positiva (por lo menos en alguna de sus versiones), como una teoría liberal en la medida en que no exige del autor que acepte las normas como moralmente correctas, sino sólo la conformidad externa basada en razones *prudenciales*. Quien admite esta teoría de la pena lo que está exigiendo es que el autor se mantenga dentro del derecho *justamente por razones inmorales: egoísmo*.

2. No es extraño que el punto de vista contrario sea sostenido, entre otros, por Jescheck / Weigend, Wessels / Beulke y Schmidhäuser, quienes siguen la teoría de la culpabilidad de actitud interna (42). *Jescheck / Weigend* afirman que el sujeto no sólo debe conocer que obra en una situación de justificación, sino que, además, debe obrar «para ejercer» el permiso o «para la realización» del deber impuesto (43), es decir con conocimiento e intención de justificación.

Según estos autores, esto se sigue de defender una teoría del injusto que también tiene en cuenta el disvalor de acción y que no sólo se conforma con el resultado (44). Luego continúan afirmando que la diferencia de todos modos no tiene demasiada importancia, porque incluso los que se oponen a los elementos subjetivos de una causa de

(37) STRATENWERTH/KÜHLEN (núm. 29), 182.

(38) JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. ed. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch. Berlin, New York 1991, 11/20, con referencias ulteriores.

(39) ROXIN (núm. 22), 14/99.

(40) ROXIN (núm. 22), 14/99.

(41) KÖHLER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Springer, Berlin-Heidelberg-New York, 1997, 322.

(42) JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*. Duncker & Humholt-Berlin, 5. Auf., 1996, 427 s.; WESSELS/BEULKE, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 28.<sup>a</sup> ed., Müller, Heidelberg, 1998, 10/422; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Ein Lehrbuch, 2. Auf., J.C.B. Mohr, Tübingen, 1975, 375; SCHMIDHÄUSER, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, Tübingen, 1958, 162 ss.

(43) JESCHECK/WEIGEND (núm. 42), 328.

(44) JESCHECK/WEIGEND (núm. 42), 329.

justificación están dispuestos a castigar por tentativa (45), como si esto fuera una incoherencia de quienes le niegan relevancia a los elementos subjetivos distintos del conocimiento y a su vez defienden un concepto complejo de injusto. Estas últimas afirmaciones muestran que a veces no está claro qué quiere decir disvalor de acción y qué cuenta para ello. No es lo mismo afirmar que sólo alcanza con el conocimiento de la situación valiosa que afirmar que sólo alcanza con el resultado valioso. Y de hecho con ambas posturas se llega a consecuencias bien diferentes.

Si sólo cuenta lo objetivo, obrar amparado por una causa de justificación aun cuando el sujeto no tenga ningún conocimiento de ello, conduce a justificar la conducta. Este es el esquema que seguía, a grandes rasgos, el causalismo. Para quien defiende que sólo cuenta el conocimiento, este caso se puede castigar como tentativa, al igual que para quien sostiene la relevancia de otros elementos subjetivos distintos del conocimiento. Para ambas teorías esto debe castigarse como tentativa. La diferencia está, en cambio, en los casos en el que sujeto conoce y se motiva por otra cosa, como ya lo hemos tratado.

Lo que cuenta como elemento subjetivo es el conocimiento de que se está realizando ese estado de cosas permitido u obligatorio. Una conducta que llama la atención sólo permite hacer *ciertas* preguntas sobre el estado interno del autor y no otras. No se trata, pues, de que se abran todas las puertas para analizar cualquier aspecto subjetivo, sino sólo aquellas compatibles con las premisas de un estado liberal (46). El Estado sólo puede abrir las referentes al conocimiento, porque con este alcanza para que el sujeto pueda motivarse conforme a Derecho y, de este modo, realizar el estado de cosas deseado. Si ya no se desea ese estado y el sujeto lo sabe, ya no es necesario indagar más. De todo esto se deriva una segunda conclusión.

Conclusión 2. Lo decisivo para justificar una conducta no es por qué se motivo el sujeto, si no si todavía tenía el deber de motivarse de otra manera. En la medida que no existía ya el deber de obrar de otra manera y él lo sabía, ya no tenía el deber de motivarse de otra manera.

---

(45) JESCHECK/WEIGEND (núm. 42), 329.

(46) En este sentido, con razón, Hörnle ha llamado la atención sobre la discrecionalidad con la que se utiliza la expresión «disvalor de acción», que sirve muchas veces como un «cajón de sastre» en donde se incluye, sin mucha meditación, todo aquello que no entra en otro lado. Cfr. Hörnle (núm. 3), 215 ss., HÖRNLE, *Kriterien für die Herstellung von Tatproportionalität*, en Frisch/von Hirsch/Albrecht (comp.) «Tatproportionalität», C. F. Müller, 2003, Heidelberg, 119.

#### IV. LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL INJUSTO EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

1. Los elementos relevantes para la teoría del delito cumplen también una función de garantía. En este sentido, aunque existan significativas necesidades preventivas de pena (en base a la teoría de la pena que se defiende) no se puede castigar a quien no realiza por lo menos una acción externa que llame la atención (47). Este esquema puede ser trasladado sin demasiadas dificultades a la determinación de la pena, si se acepta la premisa de que no toda vulneración de una norma tiene socialmente la misma importancia. Si se pueden ofrecer reparos a quien pretende castigar el hurto simple o las injurias con pena de prisión perpetua, es porque la violación de la norma no permite hacer cualquier cosa, sino que debe guardar, cuanto menos, cierta proporcionalidad con el hecho. Esto es lo que se conoce como «medida de la culpabilidad» (48).

Hay casos claros de violaciones a la proporcionalidad, como los recién mencionados. Pero aun cuando la diferencia no sea tan dramática, el derecho del sujeto a que todo el monto de pena que se le impone esté justificado no es menor. Si se quiere respetar realmente la medida de la culpabilidad se debe realizar una evaluación minuciosa del monto de la pena impuesta. Para que esto pueda ser realizado, es necesario trasladar los elementos de la teoría del delito, que permiten un excelente control para el «sí o no» de la pena, al *quantum* de ésta.

Los argumentos ajenos a la teoría del delito tampoco pueden funcionar como *atenuantes* de la pena. Y esto por dos razones. Primero, y menos importante, porque afirmar que, por ejemplo, los motivos no *fundamentan* pena, sino que su ausencia, por razones preventivas, atenúa una pena ya acorde a la culpabilidad, supone que la pena correspondiente a la culpabilidad se pueda determinar de manera absoluta, esto es, sin necesidad de relacionarla con otros casos. Pero esto no es posible, como lo demuestran las discusiones acerca de la relevancia del resultado para el concepto de delito, en donde afirmar que el resultado aumenta la necesidad de pena y, con ello, permite superar ilegíti-

---

(47) Cfr. comentario n. 1.

(48) ROXIN, *Das Schuldprinzip im Wandel*, Festschrift für Arthur Kaufmann, Heidelberg, Müller, 1993, 522, KAFUMANN, ARTHUR, *Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, Festschrift für Richard Lampe, de Gruyter, Berlin-New York, 1976, 28, el mismo, *Das Schuldprinzip*, 2.<sup>a</sup> ed., Carl Winter, Heidelberg, 1976, 208; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal*, 2.<sup>a</sup> ed., Civitas, Madrid, 2001, 116; SIMILAR OTTO, *Personales Unrecht, Schuld und Strafe*, ZStW 87 (1975), 576.

mamente el límite de la culpabilidad y afirmar lo contrario, esto es, que la ausencia de resultado es la que disminuye la necesidad de pena de un hecho ya adecuado a la culpabilidad, es igualmente plausible. Los contrincantes en esta discusión no tienen ningún punto en que pararse para demostrar quién lleva razón (49). Todo dependerá, al final, de qué se haya dicho primero.

En segundo lugar, esto supone una violación al principio de igualdad. Pues, aunque lo dicho anteriormente fuera falso y se pudiera medir la culpabilidad exactamente, la diferencia de pena entre dos autores, uno que obra con ciertas motivaciones y otro que no, no se basaría ya en el hecho cometido, sino en otra cosa. Así, ante dos hechos iguales, se impondrán penas diferentes, aunque el factor que se tenga en cuenta no sea en absoluto relevante para la responsabilidad penal (y, en consecuencia, ya no se pueda hablar de hechos iguales). Esto permite que el sujeto que recibe una pena mayor que el otro pueda elevar un reclamo al Estado por un trato injusto. Si la diferencia de pena no se basa en que se han realizado hechos distintos, entonces, aunque sea para atenuar, la diferencia será injusta (50).

Para aplicar las construcciones dogmáticas de forma consecuente con la determinación de la pena se debe partir de dos presupuestos: 1. de que ningún factor cuenta para la determinación de la pena si no tiene relación con el injusto y la culpabilidad; 2. de que ambos factores son graduables. En un trabajo reciente, Silva Sánchez ha hecho un planteo similar utilizando expresiones muy gráficas. En palabras de Silva, la determinación de la pena se manifiesta «como la dimensión cuantitativa (o de grado) de un sistema de la teoría del delito», en donde injusto, [y] culpabilidad [...] «constituyen magnitudes materiales graduables» (51). En este sentido, «el marco penal abstracto puede verse como la unión de un conjunto de conminaciones penales más detalladas (submarcos) que asignarían medidas diversas de pena a las distintas subclases de realización (subtipos), más o menos graves, del injusto culpable y punible expresado» (52).

---

(49) SANCINETTI (núm. 4), 133; DOHNA, *Zum neuesten Stande der Schuldlehre*, ZStW 32 (1911), 338.

(50) Sobre esto, con más detalle, PERALTA (núm. 6), 609 y 610 ss.

(51) Aquí se excluye deliberadamente la punibilidad, que fuera incluida por Silva, como categoría graduable. Esto se debe a que la punibilidad, es una categoría extremadamente heterogénea, donde se puede incluir, sin necesidad de demasiada fundamentación, como si se tratara de un «cajón de sastre» cualquier elemento que no «encaje» en alguno de los otros dos componentes relevantes para el delito. Cfr. el propio SILVA, *La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo*, InDret 1/2007, [www.indret.com](http://www.indret.com), 9.

(52) SILVA SÁNCHEZ (núm. 51), 5 y 8.

Puesto que hablamos de determinación de la pena, debe existir una *fundamentación* objetiva del tipo basada en un comportamiento exterior que llame la atención y sea típico (53). Sin la realización de un tipo de prohibición no hay lugar a la determinación de la pena. Allí se debe evaluar la relación subjetiva del sujeto con ese comportamiento y sus posibles variaciones. Asimismo, puesto que es posible hablar además de *exclusión del injusto*, también se deben considerar los posibles grados de reducción del ilícito en base a parámetros objetivos (54). Por supuesto, en esta empresa se deben analizar varios elementos relevantes para la responsabilidad penal como, por ejemplo, el grado de riesgo generado, el resultado efectivamente causado o el grado de libertad (culpabilidad en sentido estricto) que tenía el sujeto para actuar (55). Para este trabajo, sin embargo, interesan especialmente los elementos subjetivos del ilícito. Siguiendo las líneas mencionadas, lo que se debe analizar es como juegan estos factores subjetivos en la fundamentación y exclusión de la fundamentación de algunos de los subtipos que van conformando el injusto penal. Así, se podrán fundamentar algunos subtipos y, eventualmente, excluir otros.

(2) La fundamentación del injusto comienza con una conducta que ha realizado un estado de cosas que se quiere prohibir. Esto se medirá de acuerdo a la gravedad de lo realizado. *Brevitatis causae*, supongamos que el autor realizó un estado de cosas que se encontraba en gravedad 8, visto en una escala del 1 al 10, dentro de lo que demarca la parte positiva del injusto. Tenemos, entonces, un tipo objetivo de gravedad 8.

Ejemplo 5. A mata a B utilizando un arma de fuego de poca potencia desde una distancia de 10 metros.

El grado de riesgo será de 8, pues todavía es imaginable la realización de riesgos más intensos, o bien utilizando un arma larga o bien disparándole a quemarropa.

---

(53) JAKOBS (núm. 7), *loc. cit.*

(54) El binomio «elementos positivos y negativos del ilícito» no se corresponde hoy con el de «tipo y causas de justificación». Así el consentimiento es para muchos considerado como parte del «tipo» sin que esto pueda hacer mella alguna en el hecho de que se trata de un elemento negativo, i.e. que en excluye la ilicitud que aparentemente venía indicada por aquello que se ha consentido (lesión, puesta en peligro, etc.). No es necesario, sin embargo, a los efectos que se escribe este trabajo, detenerse en estas distinciones. Partimos de la base que, a grandes rasgos, hay coincidencia entre los primeros elementos de cada par (elementos positivos y tipo) y los segundos (elementos negativos y causas de justificación), respectivamente.

(55) Cfr. PERALTA (núm. 6), 610 ss.

El conocimiento agota toda la parte subjetiva del tipo. Si el sujeto conoce lo que está realizando, esto es suficiente para que el hecho le deba ser imputado sin que, conforme lo ya analizado, aspectos subjetivos distintos del factor epistémico pueden incrementar en algo la ilicitud objetiva o subjetiva (legítima) del hecho (56). Así es como, según hemos visto, se deben analizar los aspectos subjetivos del tipo en el «sí o no» de la pena.

Luego debe considerarse la posibilidad de atenuación del disvalor del tipo en virtud de un valor de justificación. Si existe un segmento de justificación, se debe atenuar aún más el reproche. La existencia de una justificación parcial deberá ser entendida como la justificación de alguno de los subtipos que se le pueden imputar al sujeto al nivel del tipo penal. Supongamos que existe una justificación de 1 punto. Para que este reducción objetiva de la ilicitud le pueda ser imputada al sujeto es necesario que este conozca que se configura dicho elemento de justificación parcial. De otro modo (sólo) respecto de ese subtipo penal justificatorio cabría un análisis similar al de la tentativa. En este caso, la imputación general debería ser la correspondiente a la de quien ha pretendido realizar de manera completa la parte objetiva del injusto, realizándola, por cuestiones ajenas a su voluntad, sólo de manera parcial.

Ahora bien, suponiendo que el sujeto conoce las circunstancias que eliminan *parte* de la gravedad objetiva del ilícito, ya con esto será suficiente para que dicha atenuación opere a su favor, sin que ningún elemento subjetivo distinto del conocimiento puede repercutir en su contra. Esto es lo que se sigue de aplicar las reglas de la teoría del delito a la determinación de la pena y de defender que el aspecto subjetivo de las causas de justificación también deben ceñirse a un factor meramente cognitivo.

Ahora damos un ejemplo de justificación parcial objetiva.

Ejemplo 6. A mata a B utilizando un arma de fuego de poca potencia desde una distancia de 10 metros para evitar que B lo agrede ilegítimamente. A podría haber utilizado un cuchillo con el que, aunque gravemente, sólo hubiera lesionado a B.

El exceso en legítima defensa es una causa de exclusión parcial del injusto objetivo por la presencia de una justificación también parcial de las mismas características. Que eso es *por lo menos también* un caso de atenuación del ilícito, i.e. un caso de justificación parcial, lo defiende la doctrina mayoritaria de diversos países (57). No existe

---

(56) SANCINETTI (núm. 4), 153.

(57) SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER/PERRON, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27ma. ed., C.H.Beck, Múnich, 2006, 33/2 y 34/42; VALLE MUÑIZ, *Fundamento*,

aquí espacio suficiente para ensayar adecuadamente las razones por las que este es un caso de injusto atenuado. Sólo baste mencionar que hay dos razones para considerar una reducción del ilícito ya objetivamente considerado. La primera tiene que ver con que «parte» del resultado causado está amparado por una causa de justificación. Así, en el ejemplo dado, parte de la conducta evita aún un peligro, mientras que sólo la «otra parte» está injustificada por que no «evita nada» (58). Pero, además, esta «segunda parte» tampoco debe ser tratada como si fuera un injusto autónomo. Aquí hay responsabilidad también de quien, al final, resulta ser víctima del mismo: el primer atacante. Con su agresión ilegítima él ha generado sobre sí un riesgo de lesiones incluso más allá de lo que implica una legítima defensa que, en parte, también le es imputable. La justificación de una reducción de la gravedad del ilícito en base a la responsabilidad de la víctima sigue aquí las reglas de la «provocación» (59).

Se puede discutir, por supuesto, si en el exceso también se puede hablar de una disminución de la culpabilidad de manera independiente a la reducción del injusto. Pero esto sólo es eventual y, en todo caso, sólo puede *agregar* causales para reducir el castigo y no hace mella en el hecho de que aquí el *ilícito* se encuentra parcialmente atenuado de modo ya objetivamente valorado. Debido a que, en primer término, existe aquí una reducción objetiva del ilícito es también que no existe ningún impedimento para considerar aquí una atenuación, aunque el excedido obre dolosamente, i.e. conociendo que se está excediendo en su legítima defensa, tal como no existe dificultad alguna en que ilícitos de gravedad muy diferente puedan ser realizados todos dolosamente.

---

*alcance y función de las causas de justificación incompletas en el Código Penal español*, ADPCP, 562, 568 s.; Díez RIPOLLÉS, *La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal*, en el mismo «Política Criminal y Derecho Penal-Estudios-», Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, 388; ZAFFARONI, RAUL EUGENIO/ALAGIA, ALEJANDRO/SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2002, 645.

(58) Cfr. Nino, *La legítima defensa, Fundamentación y régimen jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 1982, 168.

(59) Cfr. respecto de la justificación de la reducción de la pena en la provocación, entre otros, JAKOBS (núm. 38), 12/49; KÖHLER (núm. 41), 360; MÜSSIG, *Mord und Totschlag*, Carl Heymanns, Colonia-Berlin-Múnich, 2005, 373 ss.; HILLENKAMP, *Vorsatztat und Opferverhalten*, Otto Schwartz & Co, Göttingen, 1981, 12 s.; SILVA SÁNCHEZ, *¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito?*, Introducción al debate sobre la Victimodogmática, en AAVV, *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Homenaje a Beristain*, Instituto Vasco de Criminología, Donostia, San Sebastián, 1989, 641 ss.; PALERMO, *La legítima defensa, Una revisión normativista*, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, 405 s.



En el ejemplo mencionado podemos hablar, entonces, de un ilícito de 6 puntos, porque, supongamos, 2 de los 8 puntos que fundamentaban el ilícito están justificados.

Ahora supongamos el siguiente caso.

Ejemplo 7. A mata a B utilizando un arma de fuego de poca potencia desde una distancia de 10 metros para evitar que B lo agrede ilegítimamente. A podría haber utilizado un cuchillo con el que, aunque gravemente, sólo hubiera lesionado a B. B se excede en su legítima defensa sólo debido a que B era de nacionalidad extranjera, de tal modo que sin esa *razón* no habría ejercido su derecho de modo excesivo.

Estamos frente a un caso de injusto atenuado por justificación parcial (exceso intensivo en la legítima defensa) cometido por motivos abyectos (xenofobia). De las premisas mencionadas anteriormente se sigue que aquí se debe castigar atenuadamente, puesto que el sujeto conoce perfectamente los elementos que fundamentan la ilicitud de su conducta y también aquellos que la atenúan. Si él se aprovecha de esta situación para lograr otros fines, esto no cambia el hecho de que la conducta está parcialmente justificada. Si el injusto es de 6 puntos, nada subjetivo distinto del aspecto cognitivo puede aumentar la gravedad del hecho en su parte positiva, ni para restarle relevancia a su parte negativa. Sólo el conocimiento es necesario y suficiente para imputar ese grado de ilicitud.

Darle en este caso cabida al elemento subjetivo «motivos», u otro distinto del conocimiento, supondría abandonar las premisas esbozadas anteriormente con toda su justificación. Si aquí se quiere aplicar la pena de un homicidio calificado y olvidar que los motivos no pueden aumentar la gravedad objetiva del ilícito ni eliminar la situación de justificación, ambas situaciones conocidas por el autor, se produciría aquí un quiebre con los fundamentos liberales dados para reducir el reproche subjetivo al conocimiento y se castigarían los motivos en sí. Las razones para justificar semejante quiebre no tendrían un fundamento distinto de aquellas que justificarían el castigo de meras formas de pensar.

## V. CONCLUSIÓN

Por medio de este análisis deductivo se pudo demostrar cómo la introducción de los motivos en la determinación de la pena, tal como lo hace la doctrina mayoritaria, supone el abandono de las premisas liberales que guían la comprensión de los elementos subjetivos del

injusto. Un derecho penal orientado a la protección de bienes jurídicos que basa su protección en la importancia del bien y en el grado de probabilidad de afectación, debe llegar al rechazo de la justificación de la relevancia de los motivos o la intención *incluso* en la graduación del castigo. Esta es la única forma de no censurar dichos factores por sí mismos.

Cuando se afirma que en la determinación de la pena se deben utilizar conceptos «más amplios» de disvalor de acción y de culpabilidad para dar cuenta de la relevancia de los motivos se abandonan «tácitamente» las premisas que restringen la posibilidad de evaluación de cuestiones privadas del sujeto y, por consiguiente, el Estado se introduce ilegítimamente en cuestiones que no tiene permitido investigar (60). Sólo por medio de una confusión sobre el concepto de disvalor de acción se pueden introducir en la medición de la pena los elementos de ánimo o los motivos como factores relevantes para el ilícito.

Esto, sin embargo, no es obvio, y sólo con un análisis riguroso se puede ver la incongruencia que representa rechazar la relevancia de los motivos para el «sí o no» de la pena y luego incluirlas en el *quantum* y que es necesario precisar claramente qué se entiende por disvalor de acción y no transformar este concepto, como afirma Hörnle, en una «categoría de acogida», en un cajón de sastre, donde se puede introducir más o menos cualquier cosa (61).

Todavía queda por analizar si los motivos o la intención pueden ser relevantes para la culpabilidad, como lo sostiene también buena parte de la doctrina (62). Parece que la respuesta debería ser similar a

---

(60) Así, por ejemplo, STRENG, *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*, 2 ed., Nomos, Baden Baden, 2005, parágrafo 49, 135. Aunque, en realidad, no es claro, pues, luego de afirmar que los motivos abyectos afectan el disvalor de acción, sostiene que hacen referencia a una mayor conmoción social general por el delito basado en esos motivos, lo que, evidentemente, hace referencia a un resultado, a un daño social distinto del generado por el hecho sin consideración de los motivos. Finalmente parece afirmar que el «egoísmo del autor» es lo que fundamenta más pena. Esto, en rigor, no hace más que poner a la luz que la fundamentación es meramente moral o que, por lo menos, implica castigar la moral individual. Cfr. acerca de las falacias detrás de la afirmación de si los motivos implican o no un mayor daño objetivo en Kahan, *Two Liberal Fallacies in the Hate Crimes Debate*, en «Law and Philosophy» 20, 2001, 175 ss.

(61) HÖRNLE, *Determinación de la pena y culpabilidad*, trad. Santiago Martínez/María Martín Lorenzo/Luis Miguel Reyna Alfaro, Fabián J. di Plácido, Buenos Aires, 2003, 77 y ss.; también las citas de núm. 46.

(62) Cfr. núm 4 y núm 42; KÖHLER (núm. 4), 763 y s.; STRENG (núm. 60), 46/53 ss.; OTTO (núm. 48), 596; SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER (núm. 57), 211/6 ss.; Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. II, C.H.Beck, Múnich, 2003, 27/7; SCHÜNEMANN, *Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht*, en,

la dada para el ilícito. La culpabilidad funciona de modo análogo a las causas de justificación, en el sentido de que se trata también de ser culpable «de algo». Toda evaluación al respecto no puede desprenderse del ilícito del que se es culpable y, por lo tanto, tal como sucede en la determinación absoluta de pena, la culpabilidad parece sólo poder cumplir una función negativa. Para evaluar esto, sin embargo, es necesario hacer un análisis riguroso que no puede ser desarrollado aquí. El desafío queda, de todos modos, planteado (63).

---

Grundfragen des modernen Strafrechtssystems«, de Gruyter, Berlin-NewYork, 1984, 191; LANGE, *Eine Wende in der Auslegung des Mordtatbestandes*, en Stree/Lenckner/Cramer/Eser, GS Horst Schröder, C.H.Beck, Múnich, 1978, 221; Zaffaroni/Alagia/Slokar (núm. 57), 768; ZIFFER, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1999, 133.

(63) En cualquier caso, fundamental al respecto, HÖRNLE (núm. 61), 39 ss.



### La criminalización de las puestas en peligro (\*)

R.A. DUFF (\*\*)

#### RESUMEN

*El texto tiene como principal objetivo establecer los modos en que las puestas en peligro son, o deberían ser criminalizadas. De este modo, mostrar los diferentes formas en las que los delitos de puestas en peligro pueden ser estructurados, además de intentar formular algunas de las preguntas que deberíamos responder si pretendiéramos desarrollar un aceptable derecho penal de las puestas en peligro.*

Palabras clave: *Criminalización-delitos de peligro-daño-riesgo-democracia*

#### ABSTRACT

*The aim of the paper is to establish the ways in which endangerment is, or should be, criminalized. Thus, the text shows the different ways in which endangerment offenses can be structured and also intent to raise some of the questions that must be answered if we are to develop a just and acceptable criminal law of endangerment.*

Keywords: *Criminalization-endangerment offenses-harm-risk-democracy*

---

(\*) Traducción del original «Criminalizing Endangerment» publicado originalmente en Antony Duff & Stuart P. Green (eds.), *Defining Crimes: Essays on the Special Part of the Criminal Law* (Oxford University Press, 2005) a cargo de Gustavo A. Beade.

(\*\*) Profesor emérito del Departamento de Filosofía de la Universidad de Stirling (Escocia) y Profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Minnesota (EE.UU). Debo un agradecimiento especial a Leverhulme Trust, por la Beca de Investigación que me permitió escribir este texto; a los participantes en el Baton Rouge Workshop, y en los seminarios de la Universidad de Ohio State y en la Universidad de Stirling, en los cuales presenté versiones anteriores; y a Marcelo Ferrante, Stuart Green, Jeremy Horder, Ken Simons y Leo Zaibert por los comentarios tan detalladamente escritos. Ellos reconocerán su influencia en lo que sigue; reconocerán también que los errores remanentes y confusiones me pertenecen.

## 1. ATAQUES Y PUESTAS EN PELIGRO

Algunos delitos (típicos o simbólicos) consisten en ataques sobre intereses protegidos jurídicamente. Si te disparo intentando lesionarte; o si comienzo un incendio intentando dañar tu propiedad; o si miento intentando obtener tu dinero, ataco tus intereses sobre tu integridad física, tu propiedad, tu interés en no ser nocivamente engañado, ataques contra los cuales el derecho penal nos protege. Si mi ataque se consuma exitosamente, soy (en ausencia de una defensa ulterior) culpable de lesiones intencionadas, de provocar un incendio, o de beneficiarme fraudulentamente (1). Si mi ataque no se consuma, soy culpable de la tentativa de cometer uno de aquellos delitos. Es posible decir que las tentativas son ataques que fallan (2).

Otros delitos típicos o simbólicos no consisten en atacar intereses jurídicamente protegidos sino en ponerlos en peligro. Sin intentar dañar, actúo en un modo en que advierto que puedo lesionarte, o dañar tu propiedad, poniendo en peligro tu seguridad física o tu propiedad; sin intentar engañarte, te informo que cierto banco es seguro financieramente. Si advierto que mi afirmación puede ser falsa y puede inducirte a abrir una cuenta con esa institución financiera, estoy poniendo en peligro tus intereses en tener cierta información financiera para poder actuar en consecuencia. El derecho penal constituye una protección de estos intereses contra estas puestas en peligro. Si el riesgo se consuma –alguien es lastimado, una propiedad dañada, o mi afirmación es falsa– es posible que sea inculpado por lesiones, delito de daño, o por inducir fraudulentamente a hacer un depósito de dinero (3). Si el peligro no se consuma, podría o no podría ser culpable de un

---

(1) Ver *Offenses Against the Person Act, 1861, § 18 (U.K.)*; *Criminal Damage Act, 1971, § 1 (U.K.)*; *Theft Act, 1968, § 15 (U.K.)*. Desde que lesionar voluntariamente requiere una intención de afectar a otro, este tipo de delito consiste en un ataque. Siendo que provocar un incendio no requiere de una intención de causar un perjuicio, este tipo de delitos no consiste en un ataque; pero debido a que en la intención es suficiente *mens rea* para configurar el delito, algunas formas de este tipo de delito, consisten en ataques. La obtención mediante un engaño requiere de una «intención de privación permanente» respecto de la víctima, y la mayoría de los aspectos de este tipo de delito serán de hecho, ataques; pero dada la definición extendida de «intención» establecida en la sección 6 de esta norma y el hecho de que el «engaño» necesita sólo ser «imprudente» el tipo de delito no consiste en un ataque.

(2) Ver *Criminal Attempts Act, 1981, § 1(1) (U.K.)*; R.A. DUFF, *Criminal Attempts* (Oxford: Oxford University Press, 1996) p. 221-28, 363-74.

(3) *Offenses Against the Person Act, 1861, § 20 (U.K.)*; *Criminal Damage Act, 1971, § 1 (U.K.)*; *Banking Act, 1987, § 35*. Puedo poner en peligro a otro en forma inadvertida y no-culpable, ver *infra* nota 12; en estos casos, de todos modos, sólo quien pone en peligro a otro, al menos en forma imprudente, comete un delito.

delito [offence], desde que el derecho inglés o el norteamericano no tienen delitos generales de puestas en peligro no consumadas, análogas a las tentativas inacabadas. El Model Penal Code (s.211.2) [Código Penal Modelo] podría condenarme por «puestas en peligro imprudentes» si genero un riesgo causando serias lesiones físicas, pero el derecho inglés podría condenarme sólo si pongo en peligro a otro en un modo específico que estuviera previsto en una sanción (4). Ningún sistema criminaliza poner en peligro a la propiedad como tal, aunque podría ser culpable si la pongo en peligro, por ejemplo, causando una explosión o iniciando un incendio (5). En ningún sistema es un delito realizar una afirmación que advierto que puede ser falsa, a menos que, en efecto, sea falsa o engañosa (6).

Mi interés principal está en las formas en las cuales la puesta en peligro es o debería ser criminalizada. Sin embargo, primero debemos prestar atención (en §2) a la distinción entre ataques y puestas en peligro, como dos tipos diferentes de delitos penales, antes de cambiar (en §3) hacia la estructura y el alcance de las puestas en peligro como infracciones.

## 2. DIFERENCIANDO ATAQUES DE PUESTAS EN PELIGRO

Un ataque es una acción o una omisión que es intentada para dañar algún valor o interés. Puedo atacar tu cuerpo tratando de herirte; tus bienes tangibles intentando robarlos o dañarlos; tu reputación difamándote; tu propiedad intelectual plagiando tu trabajo. Los ataques no necesitan, empero, ser dirigidos contra personas particulares. Pueden ser indiscriminados, dirigidos a cualquiera que se encuentre en el camino, dirigidos a instituciones o prácticas, o incluso a valores más abstractos, como cuando llamamos propaganda a un ataque a la verdad. Tanto la intención del daño como la acción riesgosa son neces-

---

(4) Ver, e.g., Road Traffic Act, 1988, § 2 (U.K.); Ver también *infra* las notas 60-63.

(5) Explosive Substances Act, 1883, § 2 (U.K.); Model Penal Code § 220.1 (2) (Anteproyecto Oficial 1962).

(6) De todos modos, un testigo bajo juramento que efectúe una declaración que el mismo no cree como verdadera comete falso testimonio en el derecho inglés. Perjury Act, 1911 (U.K.). En Estados Unidos la ley está redactada en forma similar, véase Model Penal Code § 241.1 (1) (Anteproyecto Oficial 1962); 18 U.S.C. 1621 (2004), pero la jurisprudencia exige falsedad. Ver Stuart P. GREEN, «Lying, Misleading, and Falsely Denying: How Moral Concepts Inform the Law of Perjury, Fraud, and False Statements», 53 *Hastings Law Journal* 157, 176 (2001); *Commentary to Model Penal Code* § 241.1, p. 94 (Anteproyecto Oficial 1962).

rias para un ataque. Disparar un arma puede poner en peligro a V, pero solo ataca a V si intenta dañarlo. Formar una intención de dañar a V, de todos modos, o hacer preparativos para concretar esa intención, no es todavía un ataque a V: el agresor debe progresar más allá de la «mera preparación», para estar «en el proceso de llevar a cabo el ataque; (7) y sus acciones deben vincularse correctamente con el mundo en el que vivimos (8).

Una cierta hostilidad para con su objetivo es intrínseco de un ataque. No necesita ser motivado por el odio: un sicario o un estafador puede no sentir ningún ánimo contra sus víctimas. Pero sus acciones manifiestan una hostilidad práctica contra los intereses o las personas que atacan, basada en que dichas acciones son dirigidas contra aquellas personas y sus intereses (9). Su estructura intencional es determinada por el daño que ellos causan. Alguien que intentase lo que normalmente es concebido como un daño, debería negar que la acción es en este sentido hostil: alguien que comete voluntariamente un acto de eutanasia podría argumentar que la acción manifiesta la compasión que lo motiva a actuar; alguien vinculado en actos sadomasoquistas consentidos, puede reclamar que sus acciones exteriorizan respeto mutuo y preocupación por el placer ajeno, lo que estructura el encuentro sexual. Lo que dichas personas niegan, de todos modos, es que sus acciones constituyen ataques, debido a que niegan que lo que ellos intentaron constituir es un daño (tal como un cirujano podría negar que la amputación que lleva adelante constituya un ataque, desde que es intentado para beneficiar al paciente, más no para dañarlo). Existe, por supuesto, un espacio para el desacuerdo en dichos casos y se podría insistir en que dichas acciones todavía constituyen ataques ilícitos: en el caso de la eutanasia, sobre la persona asesinada (tomando el derecho a la vida como inalienable) o en los valores más abstractos de la vida; en caso del sadomasoquismo, sobre los intereses «reales» de las personas, o sobre algunos valores que las personas encar-

---

(7) Criminal Attempts Act, 1981, § 1(1) (U.K.); *R. v. Gullefer* [1990] 1 WLR 1063 (sobre los «intentos», marcando el hecho de que en el discurso ordinario las tentativas son ataques [El Model Penal Code (§ 5.01) extiende la idea de la tentativa para incluir cualquier «paso considerable» dirigido hacia el delito]. Ver Duff, *supra* nota 2, p. 53-61, 385-97. Esto no implica que no deberíamos criminalizar nunca simples «actos preparatorios». Ver en este texto notas 88-89.

(8) Suzanne M. UNIACKE, *Permissible Killing: The Self-Defence Justification of Homicide* (Cambridge: Cambridge University Press, 1994), p. 162 n.7; Duff, *supra* nota 2, p. 219-33, 380-83.

(9) Comparar *DPP v. Smith*, [1961] AC 290, p. 327 (Lord Kilmuir); Hyam, [1975] AC 55, p. 79 (Lord Hailsham) (una acción criminal debe ser «dirigida» a alguien).



nan (10). Pero esto sería argumentar que lo que estos agentes intentan, constituye un daño y que sus acciones manifiestan una hostilidad práctica contra los intereses o valores contra los cuales ahora se observa que se han dirigido. Dichos ejemplos muestran, no que los ataques no son, por definición acciones hostiles que son intentadas pero que no dañan, sino que pueden existir desacuerdos normativos acerca de lo que cuenta como un ataque.

Los ataques típicamente ponen en peligro sus objetivos: atacando a V, creo un riesgo de que pueda sufrir el daño que estoy tratando de causarle. Pero puedo poner en peligro a V sin atacarlo, y nuestra preocupación aquí es con las puestas en peligro que no constituyen ataques: «puestas en peligro» significará en adelante «peligro que no es un ataque». Nuestra preocupación es también respecto de las puestas en peligro como algo que los agentes humanos realizan. Muchos peligros, inclusive algunos originados por los seres humanos, no implican una acción humana. Existe el peligro de que los visitantes a mi lecho de enfermo pudieran contagiarse mi enfermedad mortal, pero no estaré poniéndolos en peligro, a menos que esté fallando en tomar medidas para protegerlos como auto-aislarme, por ejemplo. Si soy un tipo de persona proclive a cometer delitos violentos, debería ser llamado peligroso, y los gobiernos que temen a los riesgos, deberían evaluar los modos de controlarme o incapacitarme (11): pero pongo en peligro a otros sólo sí y cuando empiezo a concretar mi predisposición peligrosa en una acción violenta.

Pongo en peligro a otro si por acción u omisión creo un riesgo significativo que pueda ocasionarle un daño (un riesgo es «significativo» si provee razones contra el modo en el que actúo, o razones para tomar precauciones al actuar de ese modo). Si el riesgo no se ha concretado, solamente pongo en peligro a un tercero; si se ha concretado, pongo en peligro a otro y lo daño. Pongo en peligro a otro si advierto o no lo hago, o si podría razonablemente esperarse que advirtiera el riesgo que estoy creando: mientras que es necesaria *mens rea* para un ataque, para la puesta en peligro supone solo un *actus reus*, esto es, un acto o una omisión que en realidad crea un riesgo idóneo. La imputación penal por puestas en peligro puede, por lo tanto, ser objetiva: puedo ser culpable de un delito de puesta en peligro incluso si no hubiera advertido el riesgo que he creado (y si no hubiera podido

---

(10) Comparar notoriamente, *Brown*, [1994] 1 AC 212; apelada (sin éxito) como *Laskey et al. v. U.K.*, [1997] 24 EHRR 39.

(11) Sobre la «sociedad de riesgo» y las amenazas que plantea a la justicia, véase Barbara HUDSON, *Justice in the Risk Society* (London: Sage, 2003).

razonablemente esperarlo) (12). Pero si la imputación penal dependiera de la imprudencia, y nos preguntamos qué tipo de imprudencia podría justamente hacer a un agente responsable penalmente por el peligro que crea, podríamos naturalmente pensar, no en una intención de hacer daño, pero si en la imprudencia como un paradigma de la culpa, y la indiferencia (más que la hostilidad) hacia los intereses amenazados como la actitud práctica que la puesta en peligro culpable muestra. Alguien que culpablemente pone en peligro a otros no despliega de ese modo una hostilidad activa hacia ellos; pero en su voluntad de tomar el riesgo de dañarlos, y su falla en tomar precauciones adecuadas contra ese daño (o incluso advertir el riesgo que está creando), muestra que no tiene en cuenta como debería, a los intereses de los otros.

Dada esta distinción entre ataques y puestas en peligro, podemos ver como ambas constituyen dos tipos de delitos penales con estructuras internas diferentes. Uno de ellos consiste en un ataque sobre intereses jurídicamente protegidos –una acción estructurada por la intención de dañar ese interés, desplegando una hostilidad práctica hacia él–. El otro consiste en una falla sobre la preocupación correcta. Es un error en tomar los pasos correctos para evitar, o incluso advertir el peligro que mi conducta constituye y de este modo, tomo el riesgo que podría causar un daño a otro: pero aquel daño no es el objeto de mi acción; mejor dicho, es un efecto secundario sobre el que fallé en preocuparme como debía. Si ataco a alguien, la ausencia del daño intentado, marca el yerro de mi acción. Esta es la razón por la que la acción despliega hostilidad hacia su víctima. Si solamente pusiera en peligro a las víctimas, de todos modos, la ausencia de un daño eventual no marca la falla de mi acción. Esto podría ser incluso, la fuente de alivio para mí mientras que quien intenta el daño no puede, sin renegar de la intención, aliviarse con su fracaso en causarlo (13).

---

(12) Ver e.g., Water Resources Act, 1991, § 85(1) (U.K.) (causar «envenenamiento» implica ingresar en cualquier agua controlada); *R. v. Milford Haven Port Authority*, 2 Cr. App. R. (S.) 423 (2000). Podría, sin embargo, ser difícil decidir si un acusado «causó» la polución sin atender a su negligencia. Ver *Alphacell Ltd. v Woodward* [1972] AC 824.

(13) Esta distinción, claramente tiene mucho en común con la establecida por Jeremy Horder entre «delitos en los que el caso central es la falta en la puesta en peligro activa del acusado en el logro (o en el intento de lograr) alguna consecuencia, y delitos en cuyo caso central la falta es la pasividad (culpable) del acusado, su falla en hacer lo suficiente para prevenir un resultado.» Jeremy HORDER, «The Classification of Crimes and the Special Part of the Criminal Law» en Anthony Duff & Stuart Green (eds.), *Defining Crimes: The Special Part of the Criminal Law*, p. 21, 33 (Oxford: Oxford University Press, 2005). No puedo discutir las diferencias entre nosotros aquí. También está cerca en espíritu a Kenneth W. SIMONS, «Rethinking Mental States», 72

La diferencia en el carácter moral entre el tipo de mal que causo a alguien cuyos intereses ataco, y el tipo de mal que concreto contra alguien cuyo interés culpablemente pongo en peligro, recae en parte, en la diferencia entre ser guiado por razones erróneas y no ser guiado por buenas razones. Si te ataco de forma ilícita, el daño que intento figura en mis razones para actuar como lo hago: actúo así porque creo que haciendo esto voy a dañarte, si bien esa no es la razón por la cual debería estar guiado. Si culpablemente te pongo en peligro, por contraste, mis razones para actuar como lo hago pueden ser perfectamente legitimadas; lo cuestionable es que no estoy guiado por razones para no actuar de ese modo (la razón para abstenerme de actuar, o para tomar precauciones) que el mismo riesgo de daño provee.

Esta diferencia en el carácter moral es, de todos modos, ocultado por algunos acercamientos familiares al entendimiento de las acciones criminales. Es ocultado más rigurosamente, si combinamos un simple entendimiento del principio de daño con la «elección» de un modelo de sanción penal. En la versión de Feinberg sobre el principio de daño, empezamos (análíticamente) con algunos daños identificables, tal como la lesión a una persona o el daño a la propiedad; entonces identificamos una acción humana como una causa del daño, que nos da un *actus reus* (14). Este modelo de conducta-causa-daño no nos otorga aún una concepción de sanción penal, pero uno podría naturalmente aproximarse a este asunto preguntándose respecto de las condiciones dadas cuyas acciones del agente deberían ser imputadas penalmente por los daños por los que es causalmente responsable. Esto nos lleva a preguntarnos, si pensamos que la imputación penal debería seguir una responsabilidad moral, en relación con las condiciones dadas por las cuales el agente es moral y culpablemente responsable por ese daño.

---

*Boston University Law Review* 463 (1992). Ver también Kenneth W. SIMONS, «Does Punishment for “Culpable Indifference” Simply Punish for “Bad Character”? Examining the Requisite Connection Between Mens Rea and Actus Reus», 6 *Buffalo Criminal Law Review* 219, 313-15 (2002). Para una crítica a Simons, véase Kimberly KESSLER FERZAN, «Don't Abandon the Model Penal Code Yet! Thinking Through Simons's Rethinking», 6 *Buffalo Criminal Law Review* 185 (2002). En contraste, Larry ALEXANDER, «Insufficient Concern: A Unified Conception of Criminal Culpability», 88 *California Law Review* 931 (2000) [para una crítica de este último, ver Joshua DRESSLER, «Does One Mens Rea Fit All? Thoughts on Alexander's Unified Conception of Criminal Culpability», 88 *California Law Review* 955 (2000)].

(14) Joel FEINBERG, *Harm to Others* (New York: Oxford University Press, 1984), caps. 1-3; ver también Paul H. ROBINSON, *Structure and Function in Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 1997). Sobre Robinson, ver también, R.A. DUFF, «Rule-Violations and Wrongdoings», en S. Shute and A.P. Simester (ed.), *Criminal Law Theory: Doctrines of the General Part* (Oxford: Oxford University Press, 2002), p. 47.

Una respuesta tentativa, especialmente para aquellos que encuentran su hogar intelectual en un liberalismo neokantiano, es que la responsabilidad y la culpabilidad deben depender de las elecciones: soy responsable por los daños que elegí causar, y culpable si no tengo justificación o excusa por esa elección. Desde esta perspectiva, la intención y la imprudencia (definidas como riesgos tomados conscientemente) ejemplifican el mismo tipo de incumplimiento desde que ambos consisten en la elección de causar un daño o de causar un riesgo de daño. La diferencia está en que la intención es una falta más seria, dado que los agentes imprudentes no eligen en realidad causar daño. La negligencia no es entonces una especie de «falta» en sí misma, consiste en una falla en la realización de elecciones (la elección de atender o tener precaución) que uno podría y debería haber realizado (15).

Este modelo de imputación penal ha recibido diversas críticas. Una crítica se refiere al concepto de daño, y a si es posible identificar –como insiste Feinberg– siempre el daño que puede fundar la imputación independientemente de las acciones dañosas que lo generan (16). Otros se focalizan en la tipología austera de los delitos que supone el modelo de conducta-causa-daño: identifica y categoriza delitos primariamente con la referencia de los intereses que dañan y la extensión de la culpabilidad del agente por aquellos daños, mientras que, argumentan los críticos, para una adecuada explicación de los tipos de delitos que con razón preocupan al derecho penal se debe recurrir a una más rica, más «gruesa» serie de conceptos ético jurídicos, que reflejen no sólo la causación del daño, sino el modo, el contexto, y el espíritu en el cual el daño es realizado (17). Un tercer tipo de objecio-

---

(15) Ver, e.g., H.L.A. HART, *Punishment and Responsibility* (Oxford: Oxford University Press, 1968); Andrew J. ASHWORTH, «Belief, Intent and Criminal Liability», en John Eekelaar & John Bell (eds.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, (3d. Series, Oxford: Oxford University Press, 1987), p. 1; Joshua DRESSLER, «Reflections on Excusing Wrongdoers», 19 *Rutgers Law Journal* 671 (1988); Michael S. MOORE, *Placing Blame: A Theory of Criminal Law*, (Oxford: Oxford University Press, 1997), cap. 13; Kimberly KESSLER FERZAN, «Opaque Recklessness», 91 *Journal of Criminal Law & Criminology* 597 (2001). (Advierto que en este párrafo construí una figura compuesta que cada uno de aquellos citados aquí rechazaría; pero por simplificada que sea esta figura, revela algunos trazos centrales de la teorización contemporánea).

(16) Ver, R.A. DUFF, «Harms and Wrongs», 5 *Buffalo Criminal Law Review* 13 (2001).

(17) Ver e.g., Jeremy HORDER, «Rethinking Non-Fatal Offenses Against the Person», 14 *Oxford Journal of Legal Studs.* 335 (1994); John GARDNER, «Rationality and the Rule of Law in Offenses Against the Person», 53 *Cambridge Law Journal* 502 (1994); Stephen SHUTE & Jeremy HORDER, «Thieving and Deceiving: What is the Difference?» 56 *Modern Law Review* 548 (1993). Sobre conceptos éticos «densos»

nes se centran en la elección como el supuesto esencial y determinante de la imputación penal. Completamente fuera de la pregunta acerca de si la «elección» puede ser definida como suficiente para la imputación penal (si podemos especificar una concepción de elección «libre» que sería susceptible a todas las defensas que el derecho debería reconocer), se objeta que la elección no es necesaria para la imputación, dado que debemos tomar en consideración también o en cambio, las actitudes o el temperamento revelados en las elecciones de los agentes, y en sus respuestas no elegidas (18).

No voy a reproducir estas objeciones o posibles respuestas a ellas aquí. En cambio, quisiera mostrar, primero, que la diferencia moral entre los ataques y las puestas en peligro es incluso menos visible si hacemos foco no en las elecciones, sino en el temperamento o rasgos del carácter que se posan detrás y delatan elecciones y acciones; segundo, que la abstracción y delgadez conceptual del modelo de conducta-causa-daño de acciones criminales podría ser más apto para puestas en peligro que para ataques.

Respecto del primer punto, comparemos un agente que ataca la propiedad de un tercero no con malicia, pero simplemente con un propósito final ulterior, con otro que conscientemente toma un riesgo irrazonable de daño a la propiedad de un tercero en el curso de la empresa que intenta llevar a cabo: alguien corta los árboles del vecino debido a que bloquean su visión; el otro tenía como objetivo quemar sus propios árboles, pero se da cuenta que el fuego puede expandirse a los árboles de su vecino. Cada uno de ellos, podríamos pensar, despliegan el mismo vicio o defecto de carácter, una voluntad de dañar la propiedad de otro en beneficio de sus propios intereses, una indiferencia seria hacia los derechos e intereses de otros. Podríamos pensar entonces que cada uno comete el mismo tipo de ilícito. Sí, de todos modos, podríamos prestar atención a la estructura intencional de sus acciones, y las actitudes prácticas manifestadas (en parte constituidas por) aquellas acciones, podemos ver que las acciones constituyen diferentes tipos de ilicitud. Una está estructurada en la intención de dañar la propiedad de otro, orientada hacia esa intención y guiada por

---

sver Bernard Williams, *Ethics and the Limits of Philosophy* (London: Fontana, 1985), cap. 8.

(18) Ver, e.g., R.A. DUFF, *Intention, Agency and Criminal Liability: Philosophy of Action and the Criminal Law* (Oxford: Blackwell, 1990), cap. 7; KYRON HUIGENS, «Virtue and Inculcation», 108 *Harvard Law Review* 1423 (1995); V.F. NOURSE, «Hearts and Minds: Understanding the New Culpability», 6 *Buffalo Criminal Law Review* 361 (2002); Kenneth W. SIMONS, «Culpability and Retributive Theory: The Problem of Criminal Negligence», 5 *Journal of Contemporary Legal Issues* 365 (1994). Ver también *supra* nota 13.

el mal que envuelve la intención. La otra no está así estructurada u orientada hacia un ilícito (19). El argumento acerca de que existe una diferencia moral significativa entre ataques y puestas en peligro se funda a partir de los argumentos de que la imputación penal debería ser basada en el carácter de nuestras acciones (20).

Como segundo punto, otra objeción contra el modelo conducta-causa-daño para los ataques, es que separando el daño de la conducta que lo causa, dificulta un reconocimiento del modo en el cual, el carácter del daño es en parte determinado por el significado de la acción dañosa como un ataque. El daño distintivo sufrido por la víctima de un robo, por ejemplo, no es solo que pierde su propiedad, una pérdida que podría igualmente ser causada por un infortunio natural. Es que su propiedad es robada, que el delincuente viola sus intereses y sus derechos. Así, una vez que nos focalizamos en la falta, en el daño *qua delito*, podemos ver la importancia de los refinados conceptos éticos que caracterizan los diferentes tipos de ataques delictivos, caracterizaciones que no están disponibles en el modelo de conducta-causa-daño (21). En el caso de las puestas en peligro, de todos modos, la separación no debería ser tan distorsionada, debido a que las acciones del agente no están estructuradas por la intención de dañar. Lo que es equivocado en la acción que pone en peligro la vida o la propiedad de un tercero, podríamos decir, es precisamente que es probable que cause un daño, un daño que podemos identificar independientemente de la acción que lo causa. Si resulto ser lesionado o mi propiedad es dañada, no por un ataque, sino por la conducta peligrosa y culpable de otro, sigo igual de perjudicado; pero el daño que sufro parece diferente del carácter del daño que sufriría si fuera lesionado o mi propiedad fuera dañada por causas naturales. En la criminalización de ataques, podríamos decir que estamos criminalizando daños ilícitos [harmful wrongs], ilícitos que realizan o amenazan con un tipo relevante de daño; las infracciones de puestas en peligro, en contraste criminalizan ilícitos dañosos [wrongful harms], daños-causados o conductas que amenazan con provocar daños que son ilícitos por su potencial dañosidad.

---

(19) Ver Thomas NAGEL, «The Limits of Objectivity», en Sterling M. McMurrin (ed.), *Tanner Lectures on Human Values I* (Cambridge: Cambridge University Press, 1980), p. 75, 131-35. Ver en el texto notas 32-33 sobre los casos en los cuales el agente prevé un daño como cierto, no solamente como un mero efecto colateral.

(20) Ver DUFF, *supra* nota 2, cap. 11; R.A. DUFF, «Action, the Act Requirement and Criminal Liability», en John Hyman & Helen Steward (eds.), *Agency and Action*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2004), p. 69.

(21) Ver *supra* notas 16-17.

La tarea de definición y categorización puede, por lo tanto, ser simple para los delitos de puestas en peligro, que son delitos que consisten en ataques. Debemos prestar atención a la probabilidad, naturaleza y seriedad del daño que es causado o amenazado, al valor de la conducta que crea el peligro; todas estas cargan con la incorrección de la propia conducta; debemos prestar atención a si el agente era o estaba consciente del riesgo, el cual pesa sobre su culpabilidad; pero no debemos prestar atención a otro tipo de factores, tales como el contexto en el cual la intención con la cual o los significados por los cuales el daño fue realizado que cargan sobre el carácter moral de un ataque.

Distinguir un ataque de una puesta en peligro como diferentes tipos de delitos penales, no implica sostener que esta distinción es exhaustiva o exclusiva, que cualquier tipo y casos de delitos pueden ser clasificados inequívocamente o bien como ataques o bien como puestas en peligro. Tendemos a pensar que la distinción debe ser exhaustiva que deberíamos criminalizar sólo ataques o puestas en peligro de algunos intereses protegidos. Pero esto podría ser una verdad trivial si identificamos un interés público en la criminalización de cualquier conducta respecto de la cual vemos buenas razones para criminalizar. En cuanto a la exclusividad, la definición de infracción a menudo captura ambos, ataques y puestas en peligro: soy culpable de un delito penal si daño la propiedad de otro a propósito o imprudentemente (22), y de agresión simple si causo una lesión corporal a propósito o imprudentemente (23). Comento más adelante si esta posición es consistente con reconocer ataques y puestas en peligro como diferentes tipos de delitos (24), pero primero debemos dirigirnos brevemente a una pregunta diferente, que es cómo repentinamente ataques y puestas en peligro pueden ser distinguidos. Las dos cuestiones son dignas de mención (25).

---

(22) Criminal Damage Act, 1971, § 1(1) (U.K.); Model Penal Code § 220.3 (Anteproyecto Oficial 1962).

(23) Model Penal Code, §211.1(1) (Anteproyecto Oficial 1962); Offenses Against the Person Act, 1861, § 20 (U.K.).

(24) Ver *infra* notas 53-58.

(25) Un tercer punto, que no puedo desarrollar en detalle aquí, se vincula con el alcance de la intención que un ataque requiere: seguramente no tiene que abarcar todos los aspectos de la acción que es esencial a su carácter de ataque. La violación es un ataque sobre los intereses y la integridad sexual de la víctima. La violación y el intento de violación requieren de una intención de penetrar sexualmente a la víctima, pero no requiere ni intención (o conocimiento) como si requiere la falta de consentimiento, ya que si la víctima consintiera la acción, no sería un ataque. En el derecho inglés es suficiente que el violador crea razonablemente que la víctima no consiente. Sexual Offences Act, 2003, § 1(1) (c) (U.K.). Aquí el derecho penal sigue

## Puestas en peligro intencionales

Un agente puede intentar, no causar un daño sustantivo, pero crear (o exponer a otro) a un riesgo de daño: disparo contra el hogar de mi contrincante amoroso, sabiendo que él se encuentra en su interior, intentando de este modo, asustarlo para que deje la ciudad exponiéndolo al riesgo de dañarlo. Seguramente, lo estoy atacando, incluso si no intentara lesionarlo y él se sentirá aliviado si logra escapar sin recibir lesión alguna (26). Lo mismo es cierto si te fuerzo a llevar adelante un «juego» de ruleta rusa; o si trato de ver qué cerca puedo balancear mi palo de golf de tu preciado jarrón sin golpearlo realmente, cuando el riesgo de golpear el jarrón es parte del propio ejercicio que estoy practicando (27). (El último ejemplo muestra que el agente que intenta crear un riesgo no necesita concretarlo a fin de crear temor).

Estas puestas en peligro intentadas, deberían contar como ataques. Un camino para sostener este punto de vista, es argumentar que el riesgo de daño, es en sí mismo un daño, entonces si alguien intenta poner en peligro a otro, intenta dañarlo. Dicho argumento tiene algo de plausibilidad: tenemos un interés en estar a salvo, en estar seguramente libres del riesgo de un daño sustantivo. Ese interés es dejado de lado cuando me ponen en peligro, incluso si no resultara un daño sustantivo (28). De todos modos, primero, debemos distinguir dichos peligros de los tipos de daño sustantivo respecto de los cuales el peligro es dependiente, quizá llamándolo daño «secundario» (29). El

---

los contornos de un concepto extra legal de ataque: pero ¿cómo determinamos lo que debe ser intentado para que una acción constituya un ataque? Propuse una solución a la pregunta análoga en el problema de las tentativas en otro lado, véase Duff; *supra* nota 2, p. 5-29: el «intento de cometer un delito» requerido para una tentativa es la intención tal que el agente concretaría el delito relevante al seguir adelante. Esa solución debería ayudar también con los ataques, pero no puedo desarrollar esta implementación aquí.

(26) Comparar, *Hyam*, [1975] AC 55 (Lord Hailsham sostuvo que en la intención es suficiente *mens rea* para el homicidio).

(27) Comparar, *Chief Constable of Avon and Somerset v. Shimmen*, 84 Cr. App. R. 7 (1987); ver en general Jeremy HORDER, «Varieties of Intention, Criminal Attempts and Endangerment», 14 *Legal Studies* 335, 341-44 (1994).

(28) Ver Claire FINKELSTEIN, «Is Risk a Harm?» 151 *University of Pennsylvania Law Review* 963 (2003). Finkelstein está en lo correcto al argumentar que podemos ver a los riesgos como daños, pero se basa demasiado en el argumento de que debemos hacerlo de este modo para que el castigo por las puestas en peligro sea consistente con el Principio de Daño, id. p. 987-99: el Principio de daño en su versión Miliana, o en su versión Feinbergiana, permite la criminalización de las conductas que causan o amenazan con causar daño.

(29) Hyman GROSS, *A Theory of Criminal Justice* (New York: Oxford University Press, 1979), p. 124-25.



riesgo de la lesión es «secundario» en relación con el daño «primario» de la misma lesión, respecto de lo cual tengo un interés en no ser expuesto a dicho riesgo, por el solo hecho de que tengo un interés en no ser lesionado. Segundo, no necesitamos, de todas maneras, considerar riesgos como daños para considerar tentativas de puestas en peligro como ataques. Solamente necesitamos que las tentativas de las puestas en peligro compartan las características esenciales de los ataques. Ellos son propósitos contra aquellos a quienes los agentes intentan poner en peligro; ellos intentan amenazar, si no dañar, los intereses de sus víctimas; ellos manifiestan hostilidad y no simple indiferencia. Voy a tomar, en este sentido, puestas en peligro, como algo diferente de los ataques, que a mí entender, consisten en la creación de un riesgo sin ninguna intención de causar el daño sustantivo relevante o el riesgo de causar ese daño.

(Hay también infracciones que consisten en actuar en modos que causan o pueden causar temor, que no necesariamente involucran la creación de un riesgo concreto. Si amenazo con matarte, intentando que tengas temor de que voy a llevar adelante la amenaza, cometo una infracción, incluso si no intento llevarla adelante y por lo demás, no hay riesgo de que en verdad lo haga (30). Si uso «amenazas, o palabras abusivas o insultantes» dirigiéndome hacia alguien que probablemente le cause hostigamiento, alarma o inquietud, puedo ser culpable de cometer una infracción (31). Dichas infracciones constituyen ataques si son intentadas para causar miedo; si no son intentadas para causar temor, constituyen puestas en peligro.)

### **Intención «indirecta»**

La intención de dañar que los ataques requieren es lo que es a menudo llamado intención «directa». La llamada intención «indirecta», esto es la previsión de que mi acción podría causar daño como un efecto secundario, no es suficiente. Alguien que actúa con o a pesar de dicha previsión del daño, no manifiesta el tipo de hostilidad que un ataque involucra. Más bien, manifiesta su total indiferencia por el daño que espera causar. Debe desear o esperar que el daño no se produzca, pero le es prácticamente indiferente, dado que desde su pers-

---

(30) Offenses Against the Person Act, 1861, § 16 (U.K.). Ver también Criminal Damage Act, 1971, § 2 (U.K.).

(31) Public Order Act, 1986, § 5 (and §§ 3-4) (U.K.). Comparar un asalto, un acto mediante el cual intencionalmente o imprudentemente causo V acudiendo inmediatamente a la violencia personal. Ver J.C. SMITH & Brian HOGAN, *Criminal Law* (10th ed., by J.C. Smith. London: Butterworth, 2002), p. 411.

pectiva no hace diferencia en su acción. En vez de tratar esta previsión del daño como una especie de intención como sugiere la terminología de la «intención indirecta», deberíamos tratarla (a falta de una justificación) como la limitación del caso de la imprudencia; alguien que actúa con tal previsión comete un tipo extremo de puesta en peligro.

Al clasificar la «intención indirecta» como imprudencia, y no como intención «directa», me opongo a muchos teóricos y a lo que puede ser considerado como la definición autoritativa del derecho penal inglés (32): Estoy afirmando no solo que podemos distinguir analíticamente previsiones de confianza, de intenciones «directas» (lo cual no está controvertido), sino que esa distinción marca una diferencia moral significativa, una diferencia no necesariamente en el grado de culpabilidad o responsabilidad, pero sí de una especie moral. No intentaré defender esta posición aquí (33), pero la distinción que establezco entre ataques y puestas en peligro claramente depende de ello.

El resto de este trabajo se centrará en las puestas en peligro como una estructura diferente de los ataques, y sobre la pregunta acerca de cómo deberíamos criminalizar varios tipos de puestas en peligro.

### 3. CRIMINALIZANDO PUESTAS EN PELIGRO

Si nos preguntamos por qué deberíamos criminalizar puestas en peligro, una respuesta inicial sería sencilla. Nos debemos los unos a los otros, no solamente no atacarnos, sino también tomar un cuidado razonable de no dañarnos mutuamente en el curso de nuestras actividades. Sin embargo, es posible señalar la falta de certeza del alcance o de la rigurosidad de nuestra responsabilidad en ayudar a otros a evitar daños de diversos orígenes, y pese a lo inseguros que deberíamos estar acerca de los cuidados que deberíamos tomar para no auto-dañarnos, no podemos negar que tenemos alguna responsabilidad de tratar de evitar causar daños en lo que hacemos. A veces el daño es inevitable; a veces lo causamos justificadamente, ya sea porque no es un daño que en un contexto particular tengamos razones para evitar causar, o

---

(32) Para un estudio de este debate, véase Itzhak KUGLER, *Direct and Oblique Intention in the Criminal Law: An Inquiry into Degrees of Blameworthiness* (Aldershot: Ashgate, 2002). En el derecho inglés véase, Andrew J. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, (4th ed., Oxford: Oxford University Press, 2003), p. 173-80.

(33) Pero véase, Nagel, *supra* nota 19; DUFF, *supra* nota 2, p. 363-74; A. P. SIMESTER, «Why Distinguish Intention from Foresight?» en A.P. Simester and A.T.H. Smith (eds.), *Harm and Culpability*, (Oxford: Oxford University Press, 1996), p. 71.

debido a que la razón que tenemos para evitar causar es compensada por mejores razones a favor de actuar como lo hacemos. Pero el hecho de que una acción contemplada bien puede lesionar los intereses de otros, es normalmente, una buena razón contra emprender esa acción, o para tomar precauciones contra el posible daño; y esto a menudo provee una razón conclusiva contra la acción. Si actuamos, sin justificación en un modo en el que advertimos que podemos dañar a otros, cuando este posible daño provee una razón conclusiva contra actuar de este modo, hacemos mal; hacemos mal a aquellos a quienes pusimos en peligro. El mal consiste no solamente en la creación de un riesgo de daño, sino en la creación de un riesgo no razonable o injustificado de daño, un riesgo de daño cuya inexcusable o injustificada creación manifiesta nuestra falta de preocupación adecuada por los intereses de aquéllos a quienes ponemos en peligro (34).

Decir que quien crea un riesgo de daño injustificado realiza un mal, no es igual que decir que su conducta debería ser criminalizada. Para mostrar que debería incluso, en principio, ser criminalizada (35), debemos necesitar mostrar que es un asunto que debería preocupar al derecho en su totalidad, y que no debería ser más que puramente un asunto privado que debe ser resuelto por quienes estuvieron involucrados; y que debería ser un asunto para el derecho penal, más que para el derecho civil (como una disputa entre quienes fueron puestos en peligro y quienes pusieron a otros en peligro) o para un régimen autorregulatorio de reglas y sanciones no penales (36). Esto involucraría mostrar que la conducta en cuestión es no sólo (potencialmente) dañosa, sino que es un ilícito, y que un ilícito como un mal «público»

---

(34) Me concentro aquí en los actos que suponen poner en peligro a otros, y no puedo discutir delitos que suponen poner en peligro más al agente que a un tercero. Ver, e.g., Road Traffic Act, 1988, §§ 14, 16 (U.K.) (sobre los cinturones de seguridad y los cascos). También me enfoco en actividades individuales, más que en actividades corporativas, aunque las últimas son una fuente de muchos de los más serios peligros que preocupan al derecho penal. Desde que nuestras ideas de responsabilidad por acciones están basadas en nuestra concepción de acción individual, una explicación de cómo las conductas peligrosas deberían ser criminalizadas debe empezar con conductas peligrosas realizadas por individuos.

(35) I.e., que pase el primero de los «filtros» que identifica Schonsheck. Ver Jonathan SCHONSHECK, *On Criminalization* (Dordrecht: Kluwer, 1994), p. 68-83.

(36) La última posibilidad es especialmente relevante para actividades corporativas. Sin embargo, las agencias regulatorias tratan, a menudo, de asegurar el cumplimiento sin recurrir a la persecución penal, véase Keith HAWKINS, *Law as a Last Resort: Prosecution Decision-Making in a Regulatory Agency* (Oxford: Oxford University Press, 2002). Habitualmente operan bajo la protección y dependencia de un derecho penal que define los delitos de puesta en peligro por los que los individuos o las corporaciones pueden ser encarceladas y sancionadas.

merece reconocimiento y condena por el sistema político. Es público materialmente, debido a que amenaza de daños a lo colectivo, más que a los individuos identificables, o simbólicamente, dado que es un tipo de mal a individuos que debería preocupar a sus conciudadanos colectivamente (37).

Puedo considerar que muchos tipos de puestas en peligro constituyen un ilícito público en este sentido, pero no puedo continuar con este asunto aquí en detalle. Tampoco puedo seguir la pregunta sobre qué tipo de falta es apropiada para las infracciones de puestas en peligro, si bien sugiero que la imprudencia es la falta paradigmática en las puestas en peligro. La indiferencia práctica que el agente imprudente muestra, ejemplifica el ilícito presente en las puestas en peligro (38). Esto no es igual a decir que la imprudencia debería ser la falta requerida para todos los delitos de puestas en peligro, lo cual sería condenar los muchos delitos existentes que requieren solo negligencia, o que habría que variar la imputación hacia en algún grado objetividad. No puedo continuar aquí con las preguntas sobre cuándo, si en algún momento, la negligencia es una base adecuada para la imputación penal o cuándo, si en algún momento, la imputación puede ser basada en la responsabilidad objetiva (39). Me gustaría centrarme, en cambio, sobre los diferentes modos en los que podemos criminalizar las puestas en peligro.

---

(37) Acerca de estos aspectos de la criminalización, véase, S.E. MARSHALL & R.A. DUFF, «Sharing Wrongs», 11 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 7 (1998); R.A. DUFF, *Punishment, Communication, and Community* (New York: Oxford University Press, 2001), p. 60-64.

(38) Dejo de lado aquí la pregunta acerca de si la imprudencia siempre requiere conciencia del riesgo que se está tomando. Ver *supra* nota 18. Sin embargo, el argumento de que la imprudencia puede ser constituido por la falla en advertir un riesgo determinado, cuando esta falla se manifiesta en una indiferencia apropiada, es más fuerte cuando el riesgo integra un ataque, como cuando un asaltante violento manifiesta «una extrema indiferencia por el valor de la vida humana», Model Penal Code § 210.2(b) (Anteproyecto Oficial 1962), sobre el fallo absoluto en advertir el riesgo obvio, que matará a su víctima, véase *Miller and Denovan* (sentencia no publicada 1960), en G. H. GORDON, *The Criminal Law of Scotland* (3d ed., M.G.A. Christie, Edinburgh: W. Green, 2000-2001), p. 303-07; *Parr v. H. M. Advocate*, 1991 SLT 208; o cuando la actualización del riesgo se transforma de una acción a un ataque, como cuando un hombre es convencido, sin mediar buenas razones, de que la mujer a la que fuerza para penetrarla sexualmente consiente su accionar, ver *Morgan*, [1976] AC 182, *Cogan and Leak*, [1976] QB 217. Tal vez la imprudencia en los delitos de puesta en peligro puros siempre requieren de una conciencia del riesgo tomado: pero no puedo desarrollar esta posibilidad aquí.

(39) Ver A. P. SIMESTER (ed.), *Appraising Strict Liability* (Oxford: Oxford University Press, 2005).

Podemos distinguir tres modos generales de criminalización (40). Uno identificado como un ilícito «público», el que merece la condena autoritativa del derecho penal, conducta que es de todos modos mala. Otro modo le otorga una mayor especificación a un ilícito cuyo alcance es controvertido, pre-legal o poco claro. La tercera criminaliza la conducta que no era ilícita antes de su regulación jurídica, pero aquélla, una vez regulada jurídicamente, deviene ilícita en virtud del camino que sirve el fin de la regulación. La conducción peligrosa ejemplifica el primer modo, como *malum in se*. La infracción que consiste en permitir a un perro criado para pelear «permanecer en un espacio público sin bozal o atado a una correa» ejemplifica el segundo modo (41). Los propietarios de dichos perros tiene alguna responsabilidad pre-legal para tomar precauciones contra el daño que pudieran causar, pero las personas están en desacuerdo acerca de su alcance preciso; el derecho prevé una determinación clara de aquella responsabilidad. El delito de tener un arma de fuego sin un certificado ejemplifica el tercer modo (42). Sin una regulación jurídica requiriendo la certificación, podría no ser un ilícito poseer un arma de fuego sin un certificado; pero si la creación de dicha ofensa es justificada, lo es debido a que la regulación ayuda a prevenir daños de tipos relevantes. Los incumplimientos de la regulación son de esta manera, ilícitos debido a que amenazan con quitarle aquel objetivo de prevenir daños (43).

Podemos clarificar estos diferentes modos de criminalización y los problemas de principios que a veces presentan, esquematizando algunas distinciones más sistemáticas entre diferentes tipos de delitos de puestas en peligro, y examinar algunos de los asuntos que dichas distinciones presentan (44).

### **Delitos consumados vs. delitos no consumados**

Los delitos de puestas en peligro son *consumados* si su comisión requiere la concreción de un riesgo relevante, el acontecimiento de un daño relevante. Las lesiones y la afectación a la propiedad, cuando

---

(40) Véase DUFF, *supra* nota 37, p. 56-66; véase también R.A. DUFF, «Crime, Prohibition and Punishment», 19 *Journal of Applied Philosophy* 97 (2002).

(41) Dangerous Dogs Act, 1991, § 1(2)(d) (U.K.).

(42) Firearms Act, 1968, § 1-2 (U.K.).

(43) Véase *infra* notas 67-81.

(44) Ver Douglas N. HUSAK, «The Nature and Justifiability of Nonconsummate Offenses», 37 *Arizona Law Review* 151 (1995) (analizando algunas de estas distinciones).

son cometidos imprudentemente, pueden servir de ejemplos (45). Son *no-consumados* cuando son definidos «en un modo incompleto» y no requieren la concreción del riesgo. Las puestas en peligro imprudentes y la conducción de vehículos en forma peligrosa constituyen algunos ejemplos (46). Dos cuestiones estructurales debo plantear aquí.

Primero, el derecho a veces distingue entre puestas en peligro consumadas y no consumadas: el homicidio mediante una puesta en peligro imprudente, o la causación de la muerte por una conducción peligrosa (47). A veces, de todos modos, se criminaliza sólo la infracción consumada, como en los casos de afectación a la propiedad (48). A veces se criminaliza sólo las infracciones consumadas, como el falso testimonio, el testigo que bajo juramento hace una declaración material que él no cree que sea cierta, comete falso testimonio, sin perjuicio de que su declaración sea o no falsa, o incluso fuera creída (49). Voy a discutir brevemente la cuestión acerca de si deberíamos tener un principio general de infracciones de puestas en peligro, análogo al de las tentativas. La pregunta aquí es por qué el derecho debería a veces distinguir formas de consumación de las formas de no consumación y a veces no. La razón principal para distinguir las se basa en el argumento de que el daño resultante hace una diferencia significativa al carácter y seriedad del ilícito cometido. Alguien que causa un daño que fue causado por un riesgo imprudente, comete un ilícito diferente, y más serio que, otro que afortunadamente no causó el daño. Tiene algo más para arrepentirse y para responder por ello. No voy a ensayar ese argumento aquí (50), pero si el daño resultante es de este modo significativo, debemos cuestionarnos la práctica de definir algunas infracciones en un modo: ¿no debería el derecho mar-

(45) Offenses Against the Person Act, 1861, c. 100, § 20 (U.K.); Criminal Damage Act, 1971, c. 48, § 1(1) (U.K.).

(46) Model Penal Code § 211.2 (Anteproyecto Oficial 1962); Road Traffic Act, 1988, § 2 (U.K.). Ver también, Andrew J. ASHWORTH, «Defining Criminal Offenses Without Harm» en Peter Smith (ed.), *Criminal Law: Essays in Honour of J.C. Smith*, (London, Butterworths, 1987), p. 7.

(47) Model Penal Code §§ 210, 211.2 (Anteproyecto Oficial 1962); Road Traffic Act, 1988, § 1-2 (U.K.).

(48) Ver *supra* nota 5.

(49) Perjury Act, 1911, c. 6, § 1 (U.K.). Otros ejemplos en Ashworth, *supra* nota 46. El ejemplo del falso testimonio nos recuerda que no siempre puede estar claro lo que el daño amenazado es: ¿es que la declaración es falsa?; ¿o es que es falsa y luego creída por otro?; ¿o que es falsa y creída y lleva a una decisión incorrecta o injusta?

(50) Ver DUFF, *supra* nota 2, cap. 12; D.Z. PHILLIPS, «How Lucky Can You Get?» en D.Z. Phillips & P. Winch (eds.), *Wittgenstein: Attention to Particulars*, (London: Macmillan, 1989), p. 165.

car la importancia mediante la distinción de las versiones de consumación, de las de no consumación en todas las infracciones?

Una respuesta podría ser que el daño resultante no siempre es tan importante: por ejemplo, que el ilícito esencial vinculado al falso testimonio se basa no tanto en sus posibles efectos (el tribunal es inducido a error) como en el desprecio por el derecho que expone el falso testimonio. Esta respuesta se presenta como implausible para el falso testimonio (si mi imprudencia, junto con la veracidad de la evidencia, lleva a un veredicto injusto, seguramente habré cometido un ilícito mayor que si no hubiera sido creída mi declaración), y para los «delitos de resultado» en general: si el perjuicio de un delito no depende significativamente de cualquier consecuencia ulterior de la conducta del agresor, es una «conducta criminal», no un resultado criminal definido en un modo recortado (51). Una respuesta más plausible es que la definición de modo recortado hace más fácil de probar la culpabilidad, cuando debería ser difícil de probar que la conducta que realizó el acusado causó el daño relevante (52). Pero esto podría sugerir a lo sumo, que ambas versiones de las infracciones, las consumadas y las no consumadas, deberían estar disponibles, no que no deberían ser distinguidas. Vuelvo rápidamente a la cuestión de cómo debería ser la amplitud del rango de infracciones no consumadas, en donde el argumento sugiere que cuando tenemos buenas razones para criminalizar las infracciones no consumadas como las consumadas, tenemos también buenas razones para distinguirlas.

La segunda pregunta es: si los ataques y las puestas en peligro son distintos tipos de ilícitos, ¿no debería el derecho definirlos como distintos tipos de delitos? A veces lo hace así: lesionar con intención es diferenciado de lesionar (lo que puede ser cometido imprudentemente) en el derecho inglés (53); el homicidio requiere de una intención, al menos para causar un lesión corporal seria, y alguien que

---

(51) Sobre delitos de «resultado» y delitos de «actividad» ver GORDON, *supra* nota 38, vol. I, p. 59. La violación es un delito de actividad (*según* Smith & Hogan, *supra* nota 31, p. 30-31) desde que mientras que puede tener consecuencias dañosas devastadoras para la víctima, su ilicitud esencial radica en el puro acto de la violación: es de este modo, definido a partir de que su comisión no requiere prueba del acontecimiento de consecuencias dañosas ulteriores; pero no deberíamos decir que es definido en «un modo recortado».

(52) Ver ASHWORTH, *supra* nota 46, p. 17-18, para algún saludable escepticismo acerca de esta respuesta.

(53) Offences Against the Person Act, 1861, §§ 18, 20 (U.K.). Ver Violence: Reforming the Offences Against the Person Act 1861 Annex (Home Office, 1998) (Draft Offences Against the Person Bill §§ 1-2) [en adelante Draft Offences Against the Person Bill].

causa la muerte a través de una mera imprudencia es sólo culpable de homicidio (54). Pero a veces no es así: D comete el mismo delito de afectación a la propiedad si daña la propiedad de V deliberadamente o sólo imprudentemente (55); el mismo delito de agresión si lesiona a V deliberadamente o imprudentemente (56). Por supuesto hay límites para su extensión en los que las definiciones legales de las infracciones deberían reflejar distinciones morales significativas, pero deberían en principio reflejar una diferencia categórica tal como la que existe entre ataques y puestas en peligro, ambas para fomentar un «etiquetamiento justo» (57), y para asegurar que los asuntos que lleva significativamente a la condena (como la diferencia que seguramente deberían presentarse entre acciones deliberadas y meramente imprudentes) son correctamente probadas en un tribunal. Esto puede causar problemas si la acusación del Fiscal puede probar que D reconoció el riesgo del daño relevante, pero no es seguro que pueda probar su intención. Esto puede ser remediado considerando la forma de puesta en peligro del delito como un delito «incluido» en relación a la forma del delito (58).

### Delitos generales vs. delitos especiales

Podemos focalizarnos ahora en delitos de puestas en peligro no consumadas, desde que formulan la pregunta central que nos preocupa aquí.

Dichos delitos pueden ser más o menos generales o específicos, como el interés que es amenazado, o en el modo en el cual es amenazado. Robinson propone un delito general de «act(uación) en un modo

---

(54) Ver Smith & Hogan, *supra* nota 31, p. 359-61 (asimismo, el derecho inglés parece considerar ciertas previsiones como intención, véase *supra* nota 32). Incluso cuando el *mens rea* de homicidio es definido en términos de «imprudencia», al igual que como «imprudencia malintencionada» en el derecho escocés, se argumenta que la imprudencia que hace a un asesino culpable de homicidio, debe mostrarse en el curso de un ataque hacia otra persona. Ver Gordon, *supra* nota 38, vol. II, p. 295-310; comparar Model Penal Code § 210.2(1)(b) (Anteproyecto Oficial 1962).

(55) Criminal Damage Act, 1971, § 1(1) (U.K.); Model Penal Code § 220.3 (Anteproyecto Oficial 1962).

(56) Model Penal Code § 211.1(1) (Anteproyecto Oficial 1962). Ver también Smith & Hogan, *supra* nota 31, p. 411-19 (sobre robo y lesiones); Draft Offences Against the Person Bill, *supra* nota 53, § 3 (definiendo un delito simple de «causar lesiones intencionalmente o imprudentemente»).

(57) Ver Ashworth, *supra* nota 32, p. 89-92.

(58) Ver Criminal Law Act, 1967, § 6(3) (U.K.); Model Penal Code § 1.07(4) (Anteproyecto Oficial 1962).



que genere un riesgo de causar un resultado considerable e injustificado sancionado en este Código». Un delito que no especifique ni un particular tipo de daño amenazado ni un modo particular de conducta (59). Las delitos existentes son más específicos en uno o más modos: como el tipo de (usualmente serios) daños que es amenazado (60); o como la (usualmente muy peligrosa) actividad que crea el riesgo (61); o como el agente (alguien con responsabilidades especiales) que crea el riesgo (62); o como las (usualmente vulnerables) potenciales víctimas (63).

La pregunta obvia es: ¿por qué no deberíamos operar con un delito de puesta en peligro totalmente general como el propuesto por Robinson, análogo a la ley de las tentativas? (64) ¿Por qué deberíamos mantener este incompleto caleidoscopio de delitos específicos?

Un argumento retributivo en favor de un delito general es que, aún si los daños no ocurridos hacen una diferencia significativa al carácter de las conductas de los que ponen en peligro, quien genera riesgos culpablemente y causa un tipo de daño que podría hacerlo penalmente

---

(59) ROBINSON, *supra* nota 14, p. 218 (§ 51 de su Draft Code of Conduct). El delito requiere al menos imprudencia en cuanto al riesgo. Ver id. p. 225 (§ 200 of the Draft Code of Adjudication).

(60) Ver, e.g., Model Penal Code § 211.2 (Anteproyecto Oficial 1962) («conducta que pone o puede poner a un tercero en peligro de muerte o de una lesión corporal grave»); 2 Gordon, *supra* nota 38, p. 427-30 (el delito escocés de «causar peligro a los Sres. Feudales mediante acciones imprudentes»); Australian Model Criminal Code, §§ 5.1.25-6, en D. LANHAM, «Danger Down Under», *Criminal Law Review* 960 (1999), p. 965-67.

(61) Ver, e.g., Road Traffic Act, 1988, §§ 2, 4, 12, 22, 40 (U.K.); Explosive Substances Act, 1883, § 2 (U.K.) (causar explosiones que «pueden poner en peligro la vida o causar una lesión corporal grave a una persona o una propiedad»); Dangerous Dogs Act, 1991, § 3 (U.K.) (criminalizando aquéllos que tienen perros a su cargo que se ponen «peligrosamente fuera de control en un espacio público (y definiendo peligro en términos de lesionar a un individuo)); Food Safety Act, 1990, § 8 (U.K.) (vender alimentos que «no cumplan con los requisitos de seguridad alimenticia »).

(62) Ver, e.g., Health and Safety at Work Act, 1974, c. 37 (U.K.) (empleadores); Merchant Shipping Act, 1995, §§ 58, 98, 100 (U.K.) (capitanes, marineros y embarcadores).

(63) Ver, e.g., Children and Young Persons Act, 1933, §§ 1, 11 (U.K.); Mental Health Act, 1983, § 127 (U.K.). Ver en general K. J. M. SMITH, Liability for Endangerment: English Ad Hoc Pragmatism and American Innovation, [1983] *Criminal Law Review* 127; Peter R. GLAZEBROOK, *Blackstone's Statutes on Criminal Law* (13th ed. Oxford: Oxford University Press, 2003), p. 77-137.

(64) Ver Criminal Attempts Act, 1981, § 1 (U.K.); Model Penal Code § 5.0 (Anteproyecto Oficial 1962) (ningún delito es totalmente general: el derecho inglés criminaliza solo la tentativa de delitos graves (no los delitos leves); el Model Penal Code criminaliza solo los delitos tentados, no violaciones tentadas). Dejo de lado aquí la cuestión de cómo deberíamos especificar el elemento de conducta de tales delitos.

imputable, aun así todavía comete un delito, del tipo que, en principio, merece una condena pública. Un argumento consecuencialista es aquel que sostiene que un delito general podría proveer una más efectiva prevención contra las conductas peligrosas, y de este modo contra las conductas dañosas. Un argumento relacionado es que en la ausencia de un delito general, los legisladores son propensos a tratar de subsanar las lagunas en el derecho con, a menudo, nuevos delitos específicos redactados deficientemente, para criminalizar los tipos de conductas que vienen a ser vistas como preocupantemente peligrosas.

Por otra parte, desde el punto de vista del merecimiento penal, debemos preguntarnos si el tipo de delito vinculado con puestas en peligro no consumadas es siempre lo suficientemente serio para merituar una atención coercitiva del derecho penal y de varios costos vinculados con la criminalización (65). Esta pregunta gana fuerza si, como he argumentado en otro lado, la no ocurrencia de un posible daño hace una diferencia significativa mayor respecto del carácter moral de la acción en el caso de que la puesta en peligro, que de lo que lo hace en el caso de los ataques (66). Mientras un ataque fallido es estructurado por el daño que se intentó realizar, un acto de puesta en peligro que daña fortuitamente es ulteriormente eliminado por un daño que podría haberse causado, pero no se causó. El primero es aún intrínsecamente o esencialmente dañoso, mientras que el segundo es sólo potencialmente dañoso. Para la prevención eficiente, deberíamos notar que dichos delitos generales, sin duda serían impuestos incluso más selectivamente que nuestras leyes de puestas en peligro existentes. Ello en virtud de que la concentración de recursos sobre lo que se percibe como el más serio tipo de daño, y su extensión dado que la puesta en peligro es a menudo sólo anunciada cuando en realidad causa un daño. Dados los peligros familiares vinculados en permitir a los funcionarios una discreción amplia en seleccionar cuales casos investigar o perseguir, deberíamos ver buenas razones para limitar la discreción de criminalizar solo las más serios tipos de puestas en peligro. Aquellas que son más serias o bien en virtud del tipo de riesgo que crean, o bien por el hecho de que en realidad causan el daño amenazado lo cual es lo que nuestras leyes vigentes efectivamente hacen. Dichas consideraciones no nos dicen que tan general o específicas, en qué sentido, deberían ser nuestras normas de peligro y no descarto un delito de «puesta en peligro imprudente» general tal como la define el art. 211.1 del Model Penal Code: se sugiere, de todos modos, que

---

(65) Ver Douglas N. HUSAK, *Why Punish the Deserving?* 26 *Nous* 447 (1992).

(66) Ver Duff, *supra* nota 2, p. 363-66.

tenemos razones para no adoptar una ofensa general del tipo propuesto por Robinson.

### Delitos explícitos vs. delitos implícitos

Los delitos de puestas en peligro son explícitos cuando su comisión requiere que la creación actual del riesgo relevante, un riesgo especificado en la definición del delito. Está implícito si su definición no especifica un riesgo relevante (el riesgo que fundamenta su criminalización), así pueden ser cometidos sin la creación del riesgo (67). La conducción peligrosa y las puestas en «peligro imprudentes» son delitos explícitamente peligrosos. Manejar con la concentración de alcohol sobre el límite prescripto, exceder del límite de velocidad permitido fingiendo ser un doctor legalmente reconocido son delitos de peligro implícitamente impuestos (68). Pese a que la conducta que criminalizan es criminalizable debido a que puede desembocar en dos tipos de daño que preocupan al derecho penal, sin que referencias explícitas a dichos daños aparezcan en estas definiciones de delitos. Condenar por una puesta en peligro explícita requiere una prueba de que el acusado haya creado un riesgo de daño relevante. Dicha prueba no es requerida por un delito implícito de puesta en peligro, ni podría probar que el acusado no creó tal riesgo, por ejemplo que la competencia del conductor no se vio afectada por la consumición de una cantidad de alcohol que lo puso por sobre el límite permitido y que lo salvaría de una condena (69).

Los delitos explícitos de puestas en peligro típicamente expresan «estándares», mientras que los delitos implícitos de puestas de peligro establecen «reglas» (70). Para condenar a una persona por un delito explícito de una puesta en peligro, un tribunal deberá encontrar no sólo que ha creado un riesgo significativo de daño que constituya una razón contra actuar como lo ha hecho, sino que, por ejemplo, el riesgo

---

(67) Ver HUSAK, *supra* nota 44, p. 168-69 (sobre delitos no consumados «complejos» y «sencillos»).

(68) Ver Road Traffic Act, 1988, § 5 (U.K.); Road Traffic Regulation Act, 1984, §§ 81-89 (U.K.); Medical Act, 1983, § 49 (U.K.).

(69) La distinción entre «explícito»/«implícito» establecida aquí, depende en la identificación del tipo de daño con el que cada delito es establecido: cuando hay incertidumbre o desacuerdo acerca de lo que el daño es, pueden haber, también, inseguridad o desacuerdo acerca de si el delito es un delito de peligro explícito o implícito.

(70) Ver PIERRE J. SCHLAG, «Rules and Standards», 33 *UCLA Law Review* 379 (1985).

fue «considerable e injustificable» (71) o que su conducta estuvo «muy por debajo de lo que se podría esperar de un agente competente y cuidadoso», y podría ser visto obviamente como peligrosa por el propio agente (72). Dichas determinaciones requieren atención no solamente respecto de la seriedad y probabilidad del daño amenazado y al valor de la actividad que crea el riesgo, sino en relación al contexto de la actividad y a las responsabilidades (de tomar cuidado o precauciones) que pueden plausiblemente ser asignadas a los acusados y a los otros (73).

El mérito de criminalizar las puestas en peligro a través de los delitos explícitos de puestas en peligro es que –si el derecho es aplicado correctamente– criminalizamos solo aquellos que verdaderamente ponen en peligro a otros en modos que merecen condena (74). El inconveniente es que, a menos que podamos basarnos en algunos entendimientos muy específicos sobre qué cuenta como un «riesgo irrazonable» y qué tipos de cuidados las personas deben tomar en consideración en un ámbito de contextos, los estándares que los tribunales tienen que aplicar no serán los estándares compartidos por la política. Serán los estándares individuales de cada Tribunal y de sus miembros, que generan los defectos familiares de la inseguridad en el contenido de la ley y la imprevisibilidad e inconsistencia en su aplica-

---

(71) Model Penal Code § 2.02(2)(c), § 211.2 (definiendo imprudencia) (Anteproyecto Oficial 1962).

(72) Road Traffic Act, 1988, § 2A (U.K.) (sobre el significado de «conducción peligrosa»). También hay que considerar el Draft Code of Adjudication § 113 de Robinson: «creación de un riesgo prohibido» (§ 51 del Code of Conduct, *supra* nota 59) requiere «una desviación grande del estándar de conducta de una persona respetuosa de la ley.» Robinson, *supra* nota 14, p. 224.

(73) Los casos vinculados al riesgo de transmisión del virus del HIV a través de intercambio sexual ejemplifica aquí la cuestión. Ver Model Criminal Code Officers Committee, *Non Fatal Offenses Against the Person* 75-87 (Canberra: Attorney General's Department, 1998 disponible en: <http://www.aic.gov.au>); Lanham, *supra* nota 60. El riesgo es estadísticamente bajo, quizá 1 en 2.000; así, ¿la criminalización marca un pánico moral familiar, o un juicio basado en la seriedad del daño y en el abuso de confianza? Sin embargo, hablar de un abuso de confianza presupone una visión particular de la responsabilidad de las partes en la actividad sexual, una visión que podría ser discutible en algunos contextos.

(74) Probablemente, no todos aquellos que cometen un delito de puesta en peligro realmente pongan en peligro a otros: el conductor imprudente que dobla en una esquina por el lado equivocado puede razonablemente negar que haya puesto en peligro a alguien, si en realidad no había nadie allí. De todos modos, su conducta es criminalmente peligrosa, dado el real (e injustificado) riesgo que hubiera tenido que sufrir quien allí se encontrara. Son casos como estos los que justifican la definición de «puesta en peligro imprudente» del Model Penal Code (§ 211.2) como la conducta que «pone o puede poner» en peligro y que muestra porque «que puede ocurrir así» no es redundante según Lanham (*supra* nota 60).

ción. Este retroceso otorga una razón en favor de los delitos implícito de puestas en peligro, como una mirada breve a algunos delitos del tráfico viario familiares que ilustraré en lo que sigue.

El derecho inglés define a los delitos explícitos de puestas en peligro de conducción en los casos de agentes incapaces de conducir debido a su exceso de alcohol o drogas y también al manejo peligroso. Por otra parte, los delitos implícitos de puestas en peligro de conducción ocurren cuando hay más alcohol en nuestra sangre de lo permitido, y cuando se excede de un límite específico de velocidad (75). Los delitos implícitos establecen reglas que intentan capturar parte del contenido de los estándares declarados en los delitos explícitos. Una atracción obvia de dichos delitos implícitos para los Fiscales es que pueden probar la culpabilidad con más facilidad; pero eso no supone que sea equitativo (76). Otra gran atracción es que promueven seguridad y consistencia: los ciudadanos pueden saber que pueden hacer y que no pueden hacer (77). Los tribunales pueden aplicar el derecho con gran coherencia. Dichos delitos, de todos modos, van a capturar algunos conductores cuya conducta no es, en los hechos, adecuadamente peligrosa: un conductor cuya capacidad y buena voluntad para manejar con seguridad no es dañado por una cantidad de alcohol que lo pone sobre un límite legal aún así comete un delito si maneja después de tomar esa cantidad. Si bien no por ello creó un aumento del riesgo de daño que justifique esta ley contra el consumo de alcohol. También esto vale para un conductor cuyas habilidades y cuyo automóvil sean tales que pueda manejar con seguridad a velocidades superiores a los límites legales, así como otros pueden hacerlo a velocidades dentro del límite (78). ¿Puede ser correcto demandar que dichas personas obedezcan estas normas, y justo condenarlas si no lo hacen?

Dichas personas pueden todavía estar actuando peligrosamente: si ellos creen que están manejando con seguridad, pero no pueden

---

(75) Road Traffic Act, 1988, §§ 2-5 (U.K.); Road Traffic Regulation Act, 1984, §§ 81-89 (U.K.).

(76) Ver ASHWORTH, *supra* nota 32, p. 85-86.

(77) Puede ser complejo identificar el punto en el cual otro trago me pondrá sobre el límite, pero el derecho comunica el mensaje de que tomar cualquier cantidad de alcohol antes de conducir es peligroso («No beba y conduzca»), lo que abre el camino al principio del «terreno peligroso»: una vez que empezamos a beber entremos en el terreno peligroso y «difícilmente podamos esperar encontrar una señal que indique el lugar exacto en donde ingresamos en él.» *Kneller* [1973] AC 435, 463 (Lord Morris). Ver ASHWORTH, *supra* nota 32, p. 74-75.

(78) De allí el cuestionamiento común de que las normas, si no son, no-inclusivas son sobre-inclusivas.

correctamente afirmar que saben que están a salvo luego de tomar tal cantidad o a tal velocidad, deberíamos decir que al manejar como ellos lo hacen, toman un riesgo irrazonable debido a que su creencia es falsa. El punto no es solo que los seres humanos son falibles. Es más bien que hay razones particulares para desconfiar de los juicios de los conductores sobre dichos asuntos: estamos notoriamente propensos a exagerar nuestras habilidades como conductores. Alguien que está en una urgencia, o que ya ha tomado un trago, no está bien situado para decidir si puede manejar con seguridad a tal velocidad o luego de otro trago. Podemos de este modo ver algunos delitos implícitos de puestas en peligro como precauciones específicas que todos deberíamos tener contra causar o provocar riesgos de daños, en contextos en los cuales no deberíamos confiarnos en nuestro propio juicio caso por caso, acerca de cómo actuar con seguridad. Dado que los riesgos vinculados en la actividad en cuestión, dado nuestra tendencia a apreciar circunstancias erróneamente, deberíamos seguir reglas relativamente simples («No bebas y manejes»; «No te excedas en el límite de velocidad»), más que seguir permitiéndonos decidir en cada ocasión cuán rápido manejar o cuánto deberíamos tomar antes de manejar (79). El derecho demanda no sólo que manejemos con seguridad, sino que nos aseguremos que lo hagamos de ese modo (80); dichos delitos implícitos de puestas en peligro declaran que parte de lo que debemos hacer para asegurar la seguridad es obedecer esas restricciones.

De todos modos, seguramente hay personas que saben que pueden con seguridad romper esas reglas: conductores que saben que pueden manejar con seguridad aún por sobre el límite legal de velocidad o por sobre el límite de ingesta de alcohol. Podemos argumentar que ellos, sin embargo, deberían obedecer dichas normas; o ¿debemos admitir que deberían en verdad, ser exceptuados y que condenarlos es sacrificar sus derechos en beneficio de bienes sociales más importantes que no permitir estas excepciones públicas a las normas? Debemos apelar a dos consideraciones. La primera, es que debemos asegurar al otro no solamente que actuamos con precaución, sino convencer a cada uno que estamos actuando de este modo en un mundo social en el cual nos falta el conocimiento personal de otros que pueden dar esta seguridad.

---

(79) Este argumento representa una regla familiar del consecuencialismo. Ver R.M. HARE, *Moral Thinking: Its Levels, Method and Point* (Oxford: Oxford University Press, 1981).

(80) Comparar Health and Safety at Work Act, 1974, §§ 2-3 (U.K.) (sobre los deberes de los empleadores de asegurar, tanto como sea razonablemente practicable, la salud y la seguridad de sus empleados y terceros).

Proveemos dicho aseguramiento en parte, mediante algunas de las siguientes normas públicas de protección, tales como el límite de velocidad (81). Segundo, un conductor que afirma saber que puede, con seguridad, ignorar dichas reglas afirma una cierta superioridad sobre sus conciudadanos: ellos deben obedecer estas reglas, debido a que no pueden ser confiados a decidir por sí mismos, pero yo no necesito hacerlo. Lo que es errado en una afirmación de ese tenor, no es que es falso (si bien, a menudo lo sería), pero sí que constituye una denegación de ciudadanía hacia mis conciudadanos: el reconocimiento de un conciudadano (y el peligro relacionado con permitir excepciones que el derecho demanda) deberían motivarme a aceptar dichas leyes incluso si creyera (verdaderamente) que ellas son innecesarias mi caso. Al menos mientras las demandas que el derecho haga sobre mí no sean tan onerosas, esta es una carga modesta que debo aceptar como una consecuencia (y una expresión) de la ciudadanía.

Los argumentos bosquejados aquí no justificarán todos los delitos implícitos de puestas en peligro que nuestro derecho actualmente contiene —ni deberían hacerlo; pero pueden justificar algunas de tales delitos (82).

### **Delitos directos vs. delitos indirectos**

Las delitos de puestas en peligro son directos si el daño relevante resultara de la criminalización de la conducta sin la intervención de ninguna acción humana dañosa; son indirectos si el daño resultara solo dadas, acciones dañosas ulteriores realizadas por el agente o por terceros. De este modo el manejo peligroso estándar vincula la puesta en peligro directa, como lo hace la causación de una explosión peligrosa (83). Llevar armas de fuego u otro tipo de armas en público, de todos modos, vincula sólo una puesta en peligro indirecta, desde que los daños relevantes podrían normalmente ocurrir sólo si las armas de fuego o las armas fueran entonces mal usadas por el portador o por

---

(81) Consideraciones similares se aplican también a los requisitos exigidos a los conductores para obtener su licencia, luego de aprobar una evaluación, y tener al menos un seguro contra terceros: estos son los modos de asegurar que los conductores son mínimamente competentes y que se deberá abonar en dinero por el daño que cause.

(82) Pero véase Douglas HUSAK, «Malum Prohibitum and Retributivism», en Duff and Green, *supra* nota 13, para una crítica a esta línea de argumentación.

(83) Ver *supra* nota 61.

terceros (84). Una complicación surge cuando los actores intervinientes fueran niños o cuando son personas que están actuando razonablemente. Si le suministro un arma a un niño (85), o le exhibo un arma a alguien que no sabe que está descargada (86), el daño debería elevarse a partir de lo que el niño hace con el arma, o desde lo que otras personas hagan para escapar del trato que perciben: pero mi conducta puede aún contar como «directamente» peligrosa, si vemos a los agentes intervinientes como «inocentes». Deberíamos contar al peligro como estrictamente «indirecto» sólo si el acontecimiento de un daño relevante pudiera depender de un genuino, no inocente, *novus actus interveniens* (87).

Los delitos de puestas en peligro son en principio, no problemáticos o no más problemáticos que las doctrinas de la causación sobre las cuales se basan. Los delitos indirectos de puestas en peligro son, de todos modos, más problemáticos, si el acontecimiento de un daño dependiera de las propias acciones posteriores del agente, o sobre las acciones de terceros.

Lo que se argumenta contra la criminalización de conductas que se podrían transformar en directamente peligrosas solo en virtud de las acciones posteriores del propio agente es el principio general de respeto por la autonomía: la ley no debería prohibir conductas esencial-

(84) Firearms Act, 1968, § 19 (U.K.); Prevention of Crime Act, 1953, § 1 (U.K.); Criminal Justice Act, 1988, c. 33, § 139 (U.K.) (estos son también delitos de peligro implícito más que de peligro explícito). Delitos de tenencia o suministro de drogas son delitos de puestas en peligro implícito –y son discutidas en parte debido a su relación incierta a un daño penal significativo. Ver Douglas HUSAK, *Drugs and Rights* (Cambridge: Cambridge University Press, 1992). Los delitos de tenencia proveen en general mejores ejemplos acerca del modo en el cual el derecho penal puede ser extendido para capturar modos de conducta (o estados) que son más peligrosos en forma indirecta. Ver Markus DIRK DUBBER, «Policing Possession: The War on Crime and the End of Criminal Law», 91 *Journal of Criminal Law and Criminology* 829 (2001); Markus DIRK DUBBER, «The Possession Paradigm: The Special Part and the Police Power Model of the Criminal Process», en Duff and Green, *supra* nota 13.

(85) Comparar Firearms Act, 1968, c. 39, § 24 (U.K.).

(86) Ver e.g., *Thomas v. Commonwealth* 567 SW 2d. 299 (Kentucky 1978); *Commonwealth v. Gouse* 429 A 2d 1129 (Pennsylvania 1981).

(87) Sobre *novus actus interveniens*, ver Andrew P. SIMESTER & G. ROBERT SULLIVAN, *Criminal Law: Theory and Doctrine* (2d ed. Oxford: Hart Publishing, 2003), p. 91-103. Ver *Khaliq v. H. M. Advocate*, 1984 JC 171; *Ulhaq v H. M. Advocate*, 1991 SLT 614. En ambos casos, los acusados fueron condenados por un delito de puesta en peligro, por suministrar materiales que sabían que podían ser usados para inhalar pegamento. En *Khaliq*, los compradores eran niños, pero el tribunal no se basó en esto, y en *Ulhaq*, eran adultos; el delito fue, así, tratado como una puesta en peligro indirecta.



mente dañosas sobre las meras razones de que el agente pueda continuar en la creación de un riesgo de daño, desde que falla en tratar a los ciudadanos como agentes responsables, de los que se puede esperar que reconozcan y acepten las buenas razones que la ley de todos modos ofrece para no continuar en la creación de dicho riesgo. Este principio es calificado cuando el derecho criminaliza conductas que son preparatorias de un ataque intentado (88), pero dicha calificación es aún controversial, debido a que se le niega al agente una apropiada *locus poenitentiae* (89). Si extendiéramos la ley para cubrir los casos en los cuales lo que es posible no es un ataque, sino meras puestas en peligro, estaríamos seguramente separando la ley del peligro muy lejos del delito de daño que debería ser su foco principal (90). El otro tipo de casos en los cuales el principio puede ser calificado es aquél en el cual hay una razón particular para pensar que el agente no puede ser confiado para responder a las razones; un ejemplo puede ser la disposición que prohíbe conducir bajo los efectos del alcohol que, no sólo criminaliza a cualquiera que «maneje o intente manejar» sino a cualquier que «está a cargo de un vehículo de motor» cuando esta sobre el límite de alcohol permitido (91).

Por supuesto, usualmente, la conducta que es indirectamente peligrosa en virtud de lo que el agente podría hacer, es también indirectamente peligrosa en virtud de lo que los otros podrían hacer. Cuando el acontecimiento de un riesgo de daño directo dependiera de la conducta de otros, deberíamos hacernos diferentes preguntas acerca de la extensión de nuestras responsabilidades de asistir en la prevención de delito: ¿cuál es el límite que tiene el gobierno para demandar justificadamente a sus ciudadanos a que se limiten a sí mismos, en sus conductas legítimas debido al riesgo de que otros pueden tomar ventaja

---

(88) Ver e.g., Criminal Law Act, 1967, § 4 (U.K.) (realizar «cualquier acto con intención de impedir la detención o persecución de un delincuente»); Criminal Damage Act, 1971, § 3(a) (U.K.) (posesión de algo con la intención de utilizarlo para dañar propiedad ajena); Jeremy HORDER, «Crimes of Ulterior Intent», en Simester and Smith, *supra* nota 33, p. 153.

(89) Ver DUFF, *supra* nota 2, at 35-37, 386-89.

(90) Teniendo en cuenta que si el agente actúa con la intención de ir a poner en peligro a terceros, su conducta es preparatoria de un ataque, no solamente de puesta en peligro. Ver *supra* notas 26-31. Comparar Explosive Substances Act, 1883, § 3 (b) (U.K.) (tener o fabricar explosivos «con intención por medio de ellas de poner en peligro la vida»).

(91) Road Traffic Act, 1988, § 5 (1) (b) (U.K.). Vale la pena señalar, de todos modos, que bajo la sección 5 (2) existe una defensa para la persona acusada por este delito «para probar que al momento en que se la acusa de cometer el delito, las circunstancias eran tales que no había posibilidad de conducir el vehículo» al tiempo que se encontraba sobre el límite. Id. § 5(2).

de ello, o ser animados o alentados a tratar de cometer estos crímenes? (92). No tengo y no pienso que podamos aspirar a una respuesta general a estas preguntas. Sin el tipo de examinación detallada de los diferentes delitos que podemos emprender aquí, lo más que puedo decir (vagamente) es que seguramente tenemos algo de dicha responsabilidad y que esto precisa de un alcance que dependerá del peso de dichos factores como el de onerosidad de las restricciones que supone y la posibilidad y seriedad de los delitos que pueden entonces producirse.

Mi objetivo en esta sección no ha sido responder a varias preguntas o solucionar varios problemas, que he identificado. Mi objetivo en el texto en su totalidad ha sido más bien, clarificar el carácter de las puestas en peligro como un tipo distintivo de delito (distinguido en particular de los delitos de daño) para mostrar las diferentes modos en los que los delitos de puestas en peligro pueden ser estructurados y definidos y para formular algunas de las preguntas que deberíamos responder si pretendiéramos desarrollar un justo y aceptable derecho penal de las puestas en peligro.

---

(92) Ver Andrew VON HIRSCH, «Extending the Harm Principle: «Remote» Harms and Fair Imputation», en Simester and Smith, *supra* nota 33, p. 259.

# SECCIÓN LEGISLATIVA

## Disposiciones

MARÍA DEL CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Universidad de Alcalá de Henares

LEY ORGÁNICA 2/2010, DE 3 DE MARZO, DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA Y DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

(BOE núm. 55, de 4 de marzo de 2010)

### PREÁMBULO

#### I

El desarrollo de la sexualidad y la capacidad de procreación están directamente vinculados a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad y son objeto de protección a través de distintos derechos fundamentales, señaladamente, de aquellos que garantizan la integridad física y moral y la intimidad personal y familiar. La decisión de tener hijos y cuándo tenerlos constituye uno de los asuntos más íntimos y personales que las personas afrontan a lo largo de sus vidas, que integra un ámbito esencial de la autodeterminación individual. Los poderes públicos están obligados a no interferir en ese tipo de decisiones, pero, también, deben establecer las condiciones para que se adopten de forma libre y responsable, poniendo al alcance de quienes lo precisen servicios de atención sanitaria, asesoramiento o información.

La protección de este ámbito de autonomía personal tiene una singular significación para las mujeres, para quienes el embarazo y la maternidad son hechos que afectan profundamente a sus vidas en todos los sentidos. La especial relación de los derechos de las mujeres con la protección de la salud sexual y reproductiva ha sido puesta de manifiesto por diversos textos internacionales. Así, en el ámbito de Naciones Unidas, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General mediante Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979, establece en su artículo 12 que «Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hom-

bres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, incluidos los que se refieren a la planificación familiar». Por otro lado, la Plataforma de Acción de Beijing acordada en la IV Conferencia de Naciones Unidas sobre la mujer celebrada en 1995, ha reconocido que «los derechos humanos de las mujeres incluyen el derecho a tener el control y a decidir libre y responsablemente sobre su sexualidad, incluida la salud sexual y reproductiva, libre de presiones, discriminación y violencia». En el ámbito de la Unión Europea, el Parlamento Europeo ha aprobado la Resolución 2001/2128(INI) sobre salud sexual y reproductiva y los derechos asociados, en la que se contiene un conjunto de recomendaciones a los Gobiernos de los Estados miembros en materia de anticoncepción, embarazos no deseados y educación afectivo sexual que tiene como base, entre otras consideraciones, la constatación de las enormes desigualdades entre las mujeres europeas en el acceso a los servicios de salud reproductiva, a la anticoncepción y a la interrupción voluntaria del embarazo en función de sus ingresos, su nivel de renta o el país de residencia.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, ratificada por España, establece la obligación de los Estados Partes de respetar «el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener [...] a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiada para su edad y a que se provean los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos», así como a que «mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones que los demás».

La presente Ley pretende adecuar nuestro marco normativo al consenso de la comunidad internacional en esta materia, mediante la actualización de las políticas públicas y la incorporación de nuevos servicios de atención de la salud sexual y reproductiva. La Ley parte de la convicción, avalada por el mejor conocimiento científico, de que una educación afectivo sexual y reproductiva adecuada, el acceso universal a prácticas clínicas efectivas de planificación de la reproducción, mediante la incorporación de anticonceptivos de última generación, cuya eficacia haya sido avalada por la evidencia científica, en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y la disponibilidad de programas y servicios de salud sexual y reproductiva es el modo más efectivo de prevenir, especialmente en personas jóvenes, las infecciones de transmisión sexual, los embarazos no deseados y los abortos.

La Ley aborda la protección y garantía de los derechos relativos a la salud sexual y reproductiva de manera integral. Introduce en nuestro ordenamiento las definiciones de la Organización Mundial de la Salud sobre salud, salud sexual y salud reproductiva y prevé la adopción de un conjunto de acciones y medidas tanto en el ámbito sanitario como en el educativo. Establece, asimismo, una nueva regulación de la interrupción voluntaria del embarazo fuera del Código Penal que, siguiendo la pauta más extendida en los países de nuestro entorno político y cultural, busca garantizar y proteger adecuadamente los derechos e intereses en presencia, de la mujer y de la vida prenatal.

## II

El primer deber del legislador es adaptar el Derecho a los valores de la sociedad cuyas relaciones ha de regular, procurando siempre que la innovación normativa genere certeza y seguridad en las personas a quienes se destina, pues la libertad sólo encuentra refugio en el suelo firme de la claridad y precisión de la Ley. Ese es el espíritu que inspira la nueva regulación de la interrupción voluntaria del embarazo.

Hace un cuarto de siglo, el legislador, respondiendo al problema social de los abortos clandestinos, que ponían en grave riesgo la vida y la salud de las mujeres y atendiendo a la conciencia social mayoritaria que reconocía la relevancia de los dere-

chos de las mujeres en relación con la maternidad, despenalizó ciertos supuestos de aborto. La reforma del Código Penal supuso un avance al posibilitar el acceso de las mujeres a un aborto legal y seguro cuando concurriera alguna de las indicaciones legalmente previstas: grave peligro para la vida o la salud física y psíquica de la embarazada, cuando el embarazo fuera consecuencia de una violación o cuando se presumiera la existencia de graves taras físicas o psíquicas en el feto. A lo largo de estos años, sin embargo, la aplicación de la ley ha generado incertidumbres y prácticas que han afectado a la seguridad jurídica, con consecuencias tanto para la garantía de los derechos de las mujeres como para la eficaz protección del bien jurídico penalmente tutelado y que, en contra del fin de la norma, eventualmente han podido poner en dificultades a los profesionales sanitarios de quienes precisamente depende la vigilancia de la seguridad médica en las intervenciones de interrupción del embarazo.

La necesidad de reforzar la seguridad jurídica en la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo ha sido enfatizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 20 de marzo de 2007 en la que se afirma, por un lado, que «en este tipo de situaciones las previsiones legales deben, en primer lugar y ante todo, asegurar la claridad de la posición jurídica de la mujer embarazada» y, por otro lado, que «una vez que el legislador decide permitir el aborto, no debe estructurar su marco legal de modo que se limiten las posibilidades reales de obtenerlo».

En una sociedad libre, pluralista y abierta, corresponde al legislador, dentro del marco de opciones que la Constitución deja abierto, desarrollar los derechos fundamentales de acuerdo con los valores dominantes y las necesidades de cada momento histórico. La experiencia acumulada en la aplicación del marco legal vigente, el avance del reconocimiento social y jurídico de la autonomía de las mujeres tanto en el ámbito público como en su vida privada, así como la tendencia normativa imperante en los países de nuestro entorno, abogan por una regulación de la interrupción voluntaria del embarazo presidida por la claridad en donde queden adecuadamente garantizadas tanto la autonomía de las mujeres, como la eficaz protección de la vida prenatal como bien jurídico. Por su parte, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en su Resolución 1607/2008, de 16 abril, reafirmó el derecho de todo ser humano, y en particular de las mujeres, al respeto de su integridad física y a la libre disposición de su cuerpo y en ese contexto, a que la decisión última de recurrir o no a un aborto corresponda a la mujer interesada y, en consecuencia, ha invitado a los Estados miembros a despenalizar el aborto dentro de unos plazos de gestación razonables.

En la concreción del modelo legal, se ha considerado de manera especialmente atenta la doctrina constitucional derivada de las sentencias del Tribunal Constitucional en esta materia. Así, en la sentencia 53/1985, el Tribunal, perfectamente dividido en importantes cuestiones de fondo, enunció sin embargo, algunos principios que han sido respaldados por la jurisprudencia posterior y que aquí se toman como punto de partida. Una de esas afirmaciones de principio es la negación del carácter absoluto de los derechos e intereses que entran en conflicto a la hora de regular la interrupción voluntaria del embarazo y, en consecuencia, el deber del legislador de «ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos» (STC 53/1985). Pues si bien «los no nacidos no pueden considerarse en nuestro ordenamiento como titulares del derecho fundamental a la vida que garantiza el artículo 15 de la Constitución» esto no significa que resulten privados de toda protección constitucional (STC 116/1999). La vida prenatal es un bien jurídico merecedor de protección que el legislador debe hacer eficaz, sin ignorar que la forma en que tal garantía se configure e instrumente estará siempre intermediada por la garantía de los derechos fundamentales de la mujer embarazada.

La ponderación que el legislador realiza ha tenido en cuenta la doctrina de la STC 53/1985 y atiende a los cambios cualitativos de la vida en formación que tienen lugar durante el embarazo, estableciendo, de este modo, una concordancia práctica de los derechos y bienes concurrentes a través de un modelo de tutela gradual a lo largo de la gestación.

La presente Ley reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida, que implica, entre otras cosas, que las mujeres puedan tomar la decisión inicial sobre su embarazo y que esa decisión, consciente y responsable, sea respetada. El legislador ha considerado razonable, de acuerdo con las indicaciones de las personas expertas y el análisis del derecho comparado, dejar un plazo de 14 semanas en el que se garantiza a las mujeres la posibilidad de tomar una decisión libre e informada sobre la interrupción del embarazo, sin interferencia de terceros, lo que la STC 53/1985 denomina «autodeterminación consciente», dado que la intervención determinante de un tercero en la formación de la voluntad de la mujer gestante, no ofrece una mayor garantía para el feto y, a la vez, limita innecesariamente la personalidad de la mujer, valor amparado en el artículo 10.1 de la Constitución.

La experiencia ha demostrado que la protección de la vida prenatal es más eficaz a través de políticas activas de apoyo a las mujeres embarazadas y a la maternidad. Por ello, la tutela del bien jurídico en el momento inicial de la gestación se articula a través de la voluntad de la mujer, y no contra ella. La mujer adoptará su decisión tras haber sido informada de todas las prestaciones, ayudas y derechos a los que puede acceder si desea continuar con el embarazo, de las consecuencias médicas, psicológicas y sociales derivadas de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo, así como de la posibilidad de recibir asesoramiento antes y después de la intervención. La Ley dispone un plazo de reflexión de al menos tres días y, además de exigir la claridad y objetividad de la información, impone condiciones para que ésta se ofrezca en un ámbito y de un modo exento de presión para la mujer.

En el desarrollo de la gestación, «tiene –como ha afirmado la STC 53/1985– una especial trascendencia el momento a partir del cual el nasciturus es ya susceptible de vida independiente de la madre». El umbral de la viabilidad fetal se sitúa, en consenso general avalado por la comunidad científica y basado en estudios de las unidades de neonatología, en torno a la vigésimo segunda semana de gestación. Es hasta este momento cuando la Ley permite la interrupción del embarazo siempre que concurra alguna de estas dos indicaciones: «que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada», o «que exista riesgo de graves anomalías en el feto». Estos supuestos de interrupción voluntaria del embarazo de carácter médico se regulan con las debidas garantías a fin de acreditar con la mayor seguridad posible la concurrencia de la indicación. A diferencia de la regulación vigente, se establece un límite temporal cierto en la aplicación de la llamada indicación terapéutica, de modo que en caso de existir riesgo para la vida o salud de la mujer más allá de la vigésimo segunda semana de gestación, lo adecuado será la práctica de un parto inducido, con lo que el derecho a la vida e integridad física de la mujer y el interés en la protección de la vida en formación se armonizan plenamente.

Más allá de la vigésimo segunda semana, la ley configura dos supuestos excepcionales de interrupción del embarazo. El primero se refiere a aquellos casos en que «se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida», en que decae la premisa que hace de la vida prenatal un bien jurídico protegido en tanto que proyección del artículo 15 de la Constitución (STC 212/1996). El segundo supuesto se circunscribe a los casos en que «se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico». Su compro-

bación se ha deferido al juicio experto de profesionales médicos conformado de acuerdo con la evidencia científica del momento.

La Ley establece además un conjunto de garantías relativas al acceso efectivo a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo y a la protección de la intimidad y confidencialidad de las mujeres. Con estas previsiones legales se pretende dar solución a los problemas a que había dado lugar el actual marco regulador tanto de desigualdades territoriales en el acceso a la prestación como de vulneración de la intimidad. Así, se encomienda a la Alta Inspección velar por la efectiva igualdad en el ejercicio de los derechos y el acceso a las prestaciones reconocidas en esta Ley.

Asimismo se recoge la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo, que será articulado en un desarrollo futuro de la Ley.

Se ha dado nueva redacción al artículo 145 del Código Penal con el fin de limitar la pena impuesta a la mujer que consiente o se practica un aborto fuera de los casos permitidos por la ley eliminando la previsión de pena privativa de libertad, por un lado y, por otro, para precisar la imposición de las penas en sus mitades superiores en determinados supuestos. Asimismo se introduce un nuevo artículo 145 bis, a fin de incorporar la penalidad correspondiente de las conductas de quienes practican una interrupción del embarazo dentro de los casos contemplados por la ley, pero sin cumplir los requisitos exigidos en ella.

Finalmente, se ha modificado la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente con el fin de que la prestación del consentimiento para la práctica de una interrupción voluntaria del embarazo se sujete al régimen general previsto en esta Ley y eliminar la excepcionalidad establecida en este caso.

### III

La Ley se estructura en un Título preliminar, dos Títulos, tres disposiciones adicionales, una disposición derogatoria y seis disposiciones finales.

El Título Preliminar establece el objeto, las definiciones, los principios inspiradores de la ley y proclama los derechos que garantiza.

El Título Primero, bajo la rúbrica «De la salud sexual y reproductiva, se articula en cuatro capítulos. En el capítulo I se fijan los objetivos de las políticas públicas en materia de salud sexual y reproductiva. El capítulo II contiene las medidas en el ámbito sanitario y el capítulo III se refiere a las relativas al ámbito educativo. El capítulo IV tiene como objeto la previsión de la elaboración de la Estrategia Nacional de Salud Sexual y Reproductiva como instrumento de colaboración de las distintas administraciones públicas para el adecuado desarrollo de las políticas públicas en esta materia.

En el Título Segundo se regulan las condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo y las garantías en el acceso a la prestación.

La disposición adicional primera mandata que la Alta Inspección verifique el cumplimiento efectivo de los derechos y prestaciones reconocidas en esta Ley.

La disposición adicional segunda impone al Gobierno la evaluación del coste económico de los servicios y prestaciones incluidos en la Ley así como la adopción de medidas previstas en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

Finalmente, la disposición adicional tercera se refiere al acceso a los métodos anticonceptivos y su inclusión en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud.

La disposición derogatoria deroga el artículo 417 bis del Código Penal introducido en el Código Penal de 1973 por la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, y cuya vigencia fue mantenida por el Código Penal de 1995.

La disposición final primera da nueva redacción al artículo 145 del Código Penal e introduce un nuevo artículo 145 bis, y la disposición final segunda modifica el apartado cuarto del artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Finalmente, las restantes disposiciones finales se refieren al carácter orgánico de la ley, la habilitación al Gobierno para su desarrollo reglamentario, el ámbito territorial de aplicación de la Ley y la entrada en vigor que se fija en cuatro meses desde su publicación, con el fin de que se adopten las medidas necesarias para su plena aplicación.

## TÍTULO PRELIMINAR

### Disposiciones generales

#### Artículo 1. *Objeto.*

Constituye el objeto de la presente Ley Orgánica garantizar los derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, regular las condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo y establecer las correspondientes obligaciones de los poderes públicos.

#### Artículo 2. *Definiciones.*

A los efectos de lo dispuesto en esta Ley se aplicarán las siguientes definiciones:

- a) Salud: el estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.
- b) Salud sexual: el estado de bienestar físico, psicológico y sociocultural relacionado con la sexualidad, que requiere un entorno libre de coerción, discriminación y violencia.
- c) Salud reproductiva: la condición de bienestar físico, psicológico y sociocultural en los aspectos relativos a la capacidad reproductiva de la persona, que implica que se pueda tener una vida sexual segura, la libertad de tener hijos y de decidir cuándo tenerlos.

#### Artículo 3. *Principios y ámbito de aplicación.*

1. En el ejercicio de sus derechos de libertad, intimidad y autonomía personal, todas las personas tienen derecho a adoptar libremente decisiones que afectan a su vida sexual y reproductiva sin más límites que los derivados del respeto a los derechos de las demás personas y al orden público garantizado por la Constitución y las Leyes.
2. Se reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida.
3. Nadie será discriminado en el acceso a las prestaciones y servicios previstos en esta Ley por motivos de origen racial o étnico, religión, convicción u opinión, sexo, discapacidad, orientación sexual, edad, estado civil, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.



4. Los poderes públicos, de conformidad con sus respectivas competencias, llevarán a cabo las prestaciones y demás obligaciones que establece la presente Ley en garantía de la salud sexual y reproductiva.

Artículo 4. *Garantía de igualdad en el acceso.*

El Estado, en el ejercicio de sus competencias de Alta Inspección, velará por que se garantice la igualdad en el acceso a las prestaciones y servicios establecidos por el Sistema Nacional de Salud que inciden en el ámbito de aplicación de esta Ley.

## TÍTULO I

### De la salud sexual y reproductiva

#### CAPÍTULO I

##### POLÍTICAS PÚBLICAS PARA LA SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA

Artículo 5. *Objetivos de la actuación de los poderes públicos.*

1. Los poderes públicos en el desarrollo de sus políticas sanitarias, educativas y sociales garantizarán:

- a) La información y la educación afectivo sexual y reproductiva en los contenidos formales del sistema educativo.
- b) El acceso universal a los servicios y programas de salud sexual y reproductiva.
- c) El acceso a métodos seguros y eficaces que permitan regular la fecundidad.
- d) La eliminación de toda forma de discriminación, con especial atención a las personas con algún tipo de discapacidad, a las que se les garantizará su derecho a la salud sexual y reproductiva, estableciendo para ellas los apoyos necesarios en función de su discapacidad.
- e) La educación sanitaria integral y con perspectiva de género sobre salud sexual y salud reproductiva.
- f) La información sanitaria sobre anticoncepción y sexo seguro que prevenga, tanto las enfermedades e infecciones de transmisión sexual, como los embarazos no deseados.

2. Asimismo en el desarrollo de sus políticas promoverán:

- a) Las relaciones de igualdad y respeto mutuo entre hombres y mujeres en el ámbito de la salud sexual y la adopción de programas educativos especialmente diseñados para la convivencia y el respeto a las opciones sexuales individuales.
- b) La corresponsabilidad en las conductas sexuales, cualquiera que sea la orientación sexual.

Artículo 6. *Acciones informativas y de sensibilización.*

Los poderes públicos desarrollarán acciones informativas y de sensibilización sobre salud sexual y salud reproductiva, especialmente a través de los medios de comunicación, y se prestará particular atención a la prevención de embarazos no deseados, mediante acciones dirigidas, principalmente, a la juventud y colectivos con especiales necesidades, así como a la prevención de enfermedades de transmisión sexual.

## CAPÍTULO II

## MEDIDAS EN EL ÁMBITO SANITARIO

Artículo 7. *Atención a la salud sexual y reproductiva.*

Los servicios públicos de salud garantizarán:

- a) La calidad de los servicios de atención a la salud sexual integral y la promoción de estándares de atención basados en el mejor conocimiento científico disponible.
- b) El acceso universal a prácticas clínicas efectivas de planificación de la reproducción, mediante la incorporación de anticonceptivos de última generación cuya eficacia haya sido avalada por la evidencia científica, en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud.
- c) La provisión de servicios de calidad para atender a las mujeres y a las parejas durante el embarazo, el parto y el puerperio. En la provisión de estos servicios, se tendrán en cuenta los requerimientos de accesibilidad de las personas con discapacidad.
- d) La atención perinatal, centrada en la familia y en el desarrollo saludable.

Artículo 8. *Formación de profesionales de la salud.*

La formación de profesionales de la salud se abordará con perspectiva de género e incluirá:

- a) La incorporación de la salud sexual y reproductiva en los programas curriculares de las carreras relacionadas con la medicina y las ciencias de la salud, incluyendo la investigación y formación en la práctica clínica de la interrupción voluntaria del embarazo.
- b) La formación de profesionales en salud sexual y salud reproductiva, incluida la práctica de la interrupción del embarazo.
- c) La salud sexual y reproductiva en los programas de formación continuada a lo largo del desempeño de la carrera profesional.
- d) En los aspectos formativos de profesionales de la salud se tendrán en cuenta la realidad y las necesidades de los grupos o sectores sociales más vulnerables, como el de las personas con discapacidad.

## CAPÍTULO III

## MEDIDAS EN EL ÁMBITO EDUCATIVO

Artículo 9. *Incorporación de la formación en salud sexual y reproductiva al sistema educativo.*

El sistema educativo contemplará la formación en salud sexual y reproductiva, como parte del desarrollo integral de la personalidad y de la formación en valores, incluyendo un enfoque integral que contribuya a:

- a) La promoción de una visión de la sexualidad en términos de igualdad y corresponsabilidad entre hombres y mujeres con especial atención a la prevención de la violencia de género, agresiones y abusos sexuales.

- b) El reconocimiento y aceptación de la diversidad sexual.
- c) El desarrollo armónico de la sexualidad acorde con las características de las personas jóvenes.
- d) La prevención de enfermedades e infecciones de transmisión sexual y especialmente la prevención del VIH.
- e) La prevención de embarazos no deseados, en el marco de una sexualidad responsable.
- f) En la incorporación de la formación en salud y salud sexual y reproductiva al sistema educativo, se tendrán en cuenta la realidad y las necesidades de los grupos o sectores sociales más vulnerables, como el de las personas con discapacidad proporcionando, en todo caso, a este alumnado información y materiales accesibles, adecuados a su edad.

#### Artículo 10. *Actividades formativas.*

Los poderes públicos apoyarán a la comunidad educativa en la realización de actividades formativas relacionadas con la educación afectivo sexual, la prevención de infecciones de transmisión sexual y embarazos no deseados, facilitando información adecuada a los padres y las madres.

### CAPÍTULO IV

#### ESTRATEGIA DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA

#### Artículo 11. *Elaboración de la Estrategia de Salud Sexual y Reproductiva.*

Para el cumplimiento de los objetivos previstos en esta Ley, el Gobierno, en cooperación con las Comunidades Autónomas y con respeto a su ámbito competencial, aprobará un Plan que se denominará Estrategia de Salud Sexual y Reproductiva, que contará con la colaboración de las sociedades científicas y profesionales y las organizaciones sociales.

La Estrategia se elaborará con criterios de calidad y equidad en el Sistema Nacional de Salud y con énfasis en jóvenes y adolescentes y colectivos de especiales necesidades.

La Estrategia tendrá una duración de cinco años y establecerá mecanismos de evaluación bienal que permitan la valoración de resultados y en particular del acceso universal a la salud sexual y reproductiva.

## TÍTULO II

### De la interrupción voluntaria del embarazo

#### CAPÍTULO I

##### CONDICIONES DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

#### Artículo 12. *Garantía de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo.*

Se garantiza el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en las condiciones que se determinan en esta Ley. Estas condiciones se interpretarán en el modo más

favorable para la protección y eficacia de los derechos fundamentales de la mujer que solicita la intervención, en particular, su derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica y a la no discriminación.

Artículo 13. *Requisitos comunes.*

Son requisitos necesarios de la interrupción voluntaria del embarazo:

Primero. Que se practique por un médico especialista o bajo su dirección.

Segundo. Que se lleve a cabo en centro sanitario público o privado acreditado.

Tercero. Que se realice con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal, de conformidad con lo establecido en la Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Podrá prescindirse del consentimiento expreso en el supuesto previsto en el artículo 9.2.b) de la referida Ley.

Cuarto. En el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad.

Al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades deberá ser informado de la decisión de la mujer.

Se prescindirá de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo.

Artículo 14. *Interrupción del embarazo a petición de la mujer.*

Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada, siempre que concurren los requisitos siguientes:

a) Que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, en los términos que se establecen en los apartados 2 y 4 del artículo 17 de esta Ley.

b) Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, desde la información mencionada en el párrafo anterior y la realización de la intervención.

Artículo 15. *Interrupción por causas médicas.*

Excepcionalmente, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médica especialista distinto del que la practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen.

b) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija.

c) Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico.

#### Artículo 16. *Comité clínico.*

1. El comité clínico al que se refiere el artículo anterior estará formado por un equipo pluridisciplinar integrado por dos médicos especialistas en ginecología y obstetricia o expertos en diagnóstico prenatal y un pediatra. La mujer podrá elegir uno de estos especialistas.

2. Confirmado el diagnóstico por el comité, la mujer decidirá sobre la intervención.

3. En cada Comunidad Autónoma habrá, al menos, un comité clínico en un centro de la red sanitaria pública. Los miembros, titulares y suplentes, designados por las autoridades sanitarias competentes, lo serán por un plazo no inferior a un año. La designación deberá hacerse pública en los diarios oficiales de las respectivas Comunidades Autónomas.

4. Las especificidades del funcionamiento del Comité clínico se determinarán reglamentariamente.

#### Artículo 17. *Información previa al consentimiento de la interrupción voluntaria del embarazo.*

1. Todas las mujeres que manifiesten su intención de someterse a una interrupción voluntaria del embarazo recibirán información sobre los distintos métodos de interrupción del embarazo, las condiciones para la interrupción previstas en esta Ley, los centros públicos y acreditados a los que se pueda dirigir y los trámites para acceder a la prestación, así como las condiciones para su cobertura por el servicio público de salud correspondiente.

2. En los casos en que las mujeres opten por la interrupción del embarazo regulada en el artículo 14 recibirán, además, un sobre cerrado que contendrá la siguiente información:

a) Las ayudas públicas disponibles para las mujeres embarazadas y la cobertura sanitaria durante el embarazo y el parto.

b) Los derechos laborales vinculados al embarazo y a la maternidad; las prestaciones y ayudas públicas para el cuidado y atención de los hijos e hijas; los beneficios fiscales y demás información relevante sobre incentivos y ayudas al nacimiento.

c) Datos sobre los centros disponibles para recibir información adecuada sobre anticoncepción y sexo seguro.

d) Datos sobre los centros en los que la mujer pueda recibir voluntariamente asesoramiento antes y después de la interrupción del embarazo.

Esta información deberá ser entregada en cualquier centro sanitario público o bien en los centros acreditados para la interrupción voluntaria del embarazo. Junto con la información en sobre cerrado se entregará a la mujer un documento acreditativo de la fecha de la entrega, a los efectos de lo establecido en el artículo 14 de esta Ley.

La elaboración, contenidos y formato de esta información será determinada reglamentariamente por el Gobierno.

3. En el supuesto de interrupción del embarazo previsto en la letra b del artículo 15 de esta Ley, la mujer recibirá además de la información prevista en el apartado primero de este artículo, información por escrito sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas existentes de apoyo a la autonomía de las personas con alguna discapacidad, así como la red de organizaciones sociales de asistencia social a estas personas.

4. En todos los supuestos, y con carácter previo a la prestación del consentimiento, se habrá de informar a la mujer en los términos de los artículos 4 y 10 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, y específicamente sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo.

5. La información prevista en este artículo será clara, objetiva y comprensible. En el caso de las personas con discapacidad, se proporcionará en formatos y medios accesibles, adecuados a sus necesidades.

Se comunicará, en la documentación entregada, que dicha información podrá ser ofrecida, además, verbalmente, si la mujer lo solicita.

## CAPÍTULO II

### GARANTÍAS EN EL ACCESO A LA PRESTACIÓN

#### Artículo 18. *Garantía del acceso a la prestación.*

Los servicios públicos de salud, en el ámbito de sus respectivas competencias, aplicarán las medidas precisas para garantizar el derecho a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos y con los requisitos establecidos en esta Ley. Esta prestación estará incluida en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud.

#### Artículo 19. *Medidas para garantizar la prestación por los servicios de salud.*

1. Con el fin de asegurar la igualdad y calidad asistencial de la prestación a la interrupción voluntaria del embarazo, las administraciones sanitarias competentes garantizarán los contenidos básicos que el Gobierno determine, oído el Consejo Interterritorial de Salud. Se garantizará a todas las mujeres por igual el acceso a la prestación con independencia del lugar donde residan.

2. La prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo se realizará en centros de la red sanitaria pública o vinculados a la misma.

Los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo tendrán el derecho de ejercer la objeción de conciencia sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabadas por el ejercicio de la objeción de conciencia. El rechazo o la negativa a realizar la intervención de interrupción del embarazo por razones de conciencia es una decisión siempre individual del personal sanitario directamente implicado en la realización de la interrupción voluntaria del embarazo, que debe manifestarse anticipadamente y por escrito. En todo caso los profesionales sanitarios dispensarán tratamiento y atención médica adecuados a las mujeres que lo precisen antes y después de haberse sometido a una intervención de interrupción del embarazo.

Si excepcionalmente el servicio público de salud no pudiera facilitar en tiempo la prestación, las autoridades sanitarias reconocerán a la mujer embarazada el derecho a acudir a cualquier centro acreditado en el territorio nacional, con el compromiso escrito de asumir directamente el abono de la prestación.

3. Las intervenciones contempladas en la letra c) del artículo 15 de esta Ley se realizarán preferentemente en centros cualificados de la red sanitaria pública.

Artículo 20. *Protección de la intimidad y confidencialidad.*

1. Los centros que presten la interrupción voluntaria del embarazo asegurarán la intimidad de las mujeres y la confidencialidad en el tratamiento de sus datos de carácter personal.

2. Los centros prestadores del servicio deberán contar con sistemas de custodia activa y diligente de las historias clínicas de las pacientes e implantar en el tratamiento de los datos las medidas de seguridad de nivel alto previstas en la normativa vigente de protección de datos de carácter personal.

Artículo 21. *Tratamiento de datos.*

1. En el momento de la solicitud de información sobre la interrupción voluntaria del embarazo, los centros, sin proceder al tratamiento de dato alguno, habrán de informar a la solicitante que los datos identificativos de las pacientes a las que efectivamente se les realice la prestación serán objeto de codificación y separados de los datos de carácter clínico asistencial relacionados con la interrupción voluntaria del embarazo.

2. Los centros que presten la interrupción voluntaria del embarazo establecerán mecanismos apropiados de automatización y codificación de los datos de identificación de las pacientes atendidas, en los términos previstos en esta Ley.

A los efectos previstos en el párrafo anterior, se considerarán datos identificativos de la paciente su nombre, apellidos, domicilio, número de teléfono, dirección de correo electrónico, documento nacional de identidad o documento identificativo equivalente, así como cualquier dato que revele su identidad física o genética.

3. En el momento de la primera recogida de datos de la paciente, se le asignará un código que será utilizado para identificarla en todo el proceso.

4. Los centros sustituirán los datos identificativos de la paciente por el código asignado en cualquier información contenida en la historia clínica que guarde relación con la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo, de forma que no pueda producirse con carácter general, el acceso a dicha información.

5. Las informaciones relacionadas con la interrupción voluntaria del embarazo deberán ser conservadas en la historia clínica de tal forma que su mera visualización no sea posible salvo por el personal que participe en la práctica de la prestación, sin perjuicio de los accesos a los que se refiere el artículo siguiente.

Artículo 22. *Acceso y cesión de datos de carácter personal.*

1. Únicamente será posible el acceso a los datos de la historia clínica asociados a los que identifican a la paciente, sin su consentimiento, en los casos previstos en las disposiciones legales reguladoras de los derechos y obligaciones en materia de documentación clínica.

Cuando el acceso fuera solicitado por otro profesional sanitario a fin de prestar la adecuada asistencia sanitaria de la paciente, aquél se limitará a los datos estricta y exclusivamente necesarios para la adecuada asistencia, quedando constancia de la realización del acceso.

En los demás supuestos amparados por la ley, el acceso se realizará mediante autorización expresa del órgano competente en la que se motivarán de forma detallada

las causas que la justifican, quedando en todo caso limitado a los datos estricta y exclusivamente necesarios.

2. El informe de alta, las certificaciones médicas y cualquier otra documentación relacionada con la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo que sea necesaria a cualquier efecto, será entregada exclusivamente a la paciente o persona autorizada por ella. Esta documentación respetará el derecho de la paciente a la intimidad y confidencialidad en el tratamiento de los datos de carácter personal recogido en este Capítulo.

3. No será posible el tratamiento de la información por el centro sanitario para actividades de publicidad o prospección comercial. No podrá recabarse el consentimiento de la paciente para el tratamiento de los datos para estas actividades.

#### Artículo 23. *Cancelación de datos.*

1. Los centros que hayan procedido a una interrupción voluntaria de embarazo deberán cancelar de oficio la totalidad de los datos de la paciente una vez transcurridos cinco años desde la fecha de alta de la intervención. No obstante, la documentación clínica podrá conservarse cuando existan razones epidemiológicas, de investigación o de organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Salud, en cuyo caso se procederá a la cancelación de todos los datos identificativos de la paciente y del código que se le hubiera asignado como consecuencia de lo dispuesto en los artículos anteriores.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior se entenderá sin perjuicio del ejercicio por la paciente de su derecho de cancelación, en los términos previstos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

#### Disposición adicional primera. *De las funciones de la Alta Inspección.*

El Estado ejercerá la Alta Inspección como función de garantía y verificación del cumplimiento efectivo de los derechos y prestaciones reconocidas en esta Ley en todo el Sistema Nacional de Salud.

Para la formulación de propuestas de mejora en equidad y accesibilidad de las prestaciones y con el fin de verificar la aplicación efectiva de los derechos y prestaciones reconocidas en esta Ley en todo el Sistema Nacional de Salud, el Gobierno elaborará un informe anual de situación, en base a los datos presentados por las Comunidades Autónomas al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

#### Disposición adicional segunda. *Evaluación de costes y adopción de medidas.*

El Gobierno evaluará el coste económico de los servicios y prestaciones públicas incluidas en la Ley adoptando, en su caso, las medidas necesarias de conformidad a lo dispuesto en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

#### Disposición adicional tercera. *Acceso a métodos anticonceptivos.*

El Gobierno, en el plazo de un año, desde la entrada en vigor de la Ley, concretará la efectividad del acceso a los métodos anticonceptivos. En este sentido, se garantizará la inclusión de anticonceptivos de última generación cuya eficacia haya sido avalada por la evidencia científica, en la cartera de servicios comunes del Sistema



Nacional de Salud en las mismas condiciones que las prestaciones farmacéuticas con financiación pública.

Disposición derogatoria única. *Derogación del artículo 417 bis del Código Penal.*

Queda derogado el artículo 417 bis del Texto Refundido del Código Penal publicado por el Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, redactado conforme a la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio.

Disposición final primera. *Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.*

Uno. El artículo 145 del Código Penal queda redactado de la forma siguiente:

«Artículo 145.

1. El que produzca el aborto de una mujer, con su consentimiento, fuera de los casos permitidos por la ley será castigado con la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de uno a seis años. El juez podrá imponer la pena en su mitad superior cuando los actos descritos en este apartado se realicen fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado.

2. La mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la ley, será castigada con la pena de multa de seis a veinticuatro meses.

3. En todo caso, el juez o tribunal impondrá las penas respectivamente previstas en este artículo en su mitad superior cuando la conducta se llevare a cabo a partir de la vigésimo segunda semana de gestación.»

Dos. Se añade un nuevo artículo 145 bis del Código Penal, que tendrá la siguiente redacción:

«Artículo 145 bis.

1. Será castigado con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de seis meses a dos años, el que dentro de los casos contemplados en la ley, practique un aborto:

- a) sin haber comprobado que la mujer haya recibido la información previa relativa a los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad;
- b) sin haber transcurrido el período de espera contemplado en la legislación;
- c) sin contar con los dictámenes previos preceptivos;
- d) fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado. En este caso, el juez podrá imponer la pena en su mitad superior.

2. En todo caso, el juez o tribunal impondrá las penas previstas en este artículo en su mitad superior cuando el aborto se haya practicado a partir de la vigésimo segunda semana de gestación.

3. La embarazada no será penada a tenor de este precepto.»

Tres. Se suprime el inciso «417 bis» de la letra a) del apartado primero de la disposición derogatoria única.

Disposición final segunda. *Modificación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica.*

El apartado 4 del artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica, tendrá la siguiente redacción:

«4. La práctica de ensayos clínicos y de técnicas de reproducción humana asistida se rige por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.»

Disposición final tercera. *Carácter orgánico.*

La presente Ley Orgánica se dicta al amparo del artículo 81 de la Constitución.

Los preceptos contenidos en el Título Preliminar, el Título I, el capítulo II del Título II, las disposiciones adicionales y las disposiciones finales segunda, cuarta, quinta y sexta no tienen carácter orgánico.

Disposición final cuarta. *Habilitación para el desarrollo reglamentario.*

El Gobierno adoptará las disposiciones reglamentarias necesarias para la aplicación y desarrollo de la presente Ley.

En tanto no entre en vigor el desarrollo reglamentario referido, mantienen su vigencia las disposiciones reglamentarias vigentes sobre la materia que no se opongan a lo dispuesto en la presente Ley.

Disposición final quinta. *Ámbito territorial de aplicación de la Ley.*

Sin perjuicio de las correspondientes competencias autonómicas, el marco de aplicación de la presente Ley lo será en todo el territorio del Estado.

Corresponderá a las autoridades sanitarias competentes garantizar la prestación contenida en la red sanitaria pública, o vinculada a la misma, en la Comunidad Autónoma de residencia de la mujer embarazada, siempre que así lo solicite la embarazada.

Disposición final sexta. *Entrada en vigor.*

La Ley entrará en vigor en el plazo de cuatro meses a partir del día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

LEY ORGÁNICA 5/2010, DE 22 DE JUNIO, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL

(BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010)

## PREÁMBULO

### I

La evolución social de un sistema democrático avanzado como el que configura la Constitución española determina que el ordenamiento jurídico esté sometido a un

proceso constante de revisión. La progresiva conquista de niveles de bienestar más elevados no es concebible, en un marco jurídico de respeto a los derechos fundamentales, sin un paralelo avance en materia de libertad y de seguridad, pilares indisolublemente unidos del concepto mismo de Estado de Derecho.

En este contexto, la presente reforma se enmarca en la confluencia de varias coordenadas que explican tanto su relativa extensión como la variedad de cuestiones que en ella se abordan.

Por un lado, España tiene contraídas obligaciones internacionales, especialmente en el ámbito de la armonización jurídica europea, que exigen adaptaciones –a veces de considerable calado– de nuestras normas penales. Por otro, la experiencia aplicativa del Código ha ido poniendo en evidencia algunas carencias o desviaciones que es preciso tratar de corregir. Y, en fin, la cambiante realidad social determina el surgimiento de nuevas cuestiones que han de ser abordadas. Sin olvidar que los numerosos y en ocasiones acelerados cambios introducidos en la arquitectura original del texto de 1995 han producido algunos efectos de distorsión o incongruencia necesitados de corrección.

A todo ello trata de dar respuesta esta Ley, en los términos que siguen.

## II

En materia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal se ha considerado conveniente otorgar carta de naturaleza legal a la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas. Se exige para su apreciación que el retraso en la tramitación tenga carácter extraordinario, que no guarde proporción con la complejidad de la causa y que no sea atribuible a la conducta del propio imputado. De esta manera se recogen los elementos fundamentales de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha construido esta circunstancia como atenuante por analogía.

## III

De conformidad con los principios que orientan la reforma, se procede a la modificación del artículo 36. De esta forma, para los casos de penas privativas de libertad superiores a cinco años, la exigencia de cumplimiento de al menos la mitad de la condena antes de poder obtener la clasificación en tercer grado se establece en el caso de delitos cometidos contra la libertad e indemnidad sexual de menores de trece años, delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo, así como los delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal. Esta modificación, que se estima conveniente para estos grupos de delitos de extrema gravedad, se considera por el contrario innecesaria como régimen general respecto de todos los delitos sancionados con penas de prisión superiores a cinco años. Por esta razón se elimina el automatismo hasta ahora vigente, introduciendo un mecanismo más flexible que permita a los jueces y tribunales adecuar la responsabilidad criminal a la gravedad del hecho y a la personalidad del delincuente. Así, la remodelación del llamado «periodo de seguridad» garantiza la primordial finalidad constitucional de la pena, la resocialización, sin que por otra parte ello comporte detrimento alguno en la persecución por el Estado de otros fines legítimos de la misma.

## IV

Es notorio, sin embargo, que en determinados supuestos de especial gravedad ese efecto rehabilitador de la pena se ve dificultado, en la medida en que ésta no resulta suficiente o adecuada para excluir un elevado riesgo de reincidencia.

La opción inocuizadora, que se traduciría en la prolongación ilimitada y/o indiscriminada de la privación de libertad, choca obviamente con principios elementales del Derecho Penal que la Constitución ampara. Se hace necesario, por tanto, para tales casos de especial gravedad expresamente previstos, contemplar otras soluciones que, sin cejar en el esfuerzo rehabilitador que debe seguir inspirando el tratamiento penitenciario, permitan conciliar las referidas exigencias constitucionales con otros valores no menos dignos de tutela, como son la seguridad y la libertad del resto de los ciudadanos, potenciales víctimas del delincuente no rehabilitado que el sistema penitenciario devuelve a la sociedad. Agotada, pues, la dimensión retributiva de la pena, la peligrosidad subsistente del sujeto halla su respuesta idónea en una medida de seguridad.

Por ello la presente Ley introduce, mediante la modificación parcial y una leve reordenación del Título IV del Libro Primero del Código Penal, una nueva medida denominada libertad vigilada, que se inserta naturalmente en el régimen general de dichas medidas de seguridad, algunas de las cuales se integran y refunden en ese concepto común (artículo 106).

Así, la libertad vigilada es una medida de seguridad que el Tribunal impone, de manera facultativa o preceptiva, según la propia norma señala en cada caso, y cuyo contenido se concreta en una serie de limitaciones, obligaciones, prohibiciones o reglas de conducta, aplicables separada o conjuntamente, dentro de los márgenes de duración específicos que en su caso resulten de la parte especial del Código, tendentes no solo a la protección a las víctimas, sino también a la rehabilitación y la reinserción social del delincuente, objetivo que preside toda la reforma. Y que puede modificarse, ya en fase de ejecución, atendiendo a la evolución del sujeto y mediante un sencillo trámite que se caracteriza por un reforzamiento de la garantía de contradicción, que alcanza incluso a las víctimas que no sean parte en el proceso.

La novedad sustancial que incorpora la libertad vigilada es que resulta aplicable no sólo cuando el pronóstico de peligrosidad del individuo se relaciona con estados patológicos que han determinado su inimputabilidad o semiinimputabilidad, sino también cuando la peligrosidad deriva del específico pronóstico del sujeto imputable en relación con la naturaleza del hecho cometido, siempre y cuando el propio legislador así lo haya previsto de manera expresa. En estos casos, tal y como resulta del nuevo artículo 106.2, la medida no se establece, por obvias razones, con carácter alternativo a la pena de prisión o para su ejecución previa a ésta, sino que se impone en sentencia junto a la pena privativa de libertad para su ejecución posterior a la excarcelación, y se hará o no efectiva justamente en función de ese pronóstico de peligrosidad, formulado cuando se acerca dicho momento extintivo de la pena y reconsiderado después con cadencia como mínimo anual (artículo 98.1).

Es importante destacar que en la concreción del contenido de la libertad vigilada y en su eventual sustitución, modificación, suspensión o cesación, intervienen tanto el Juez de Vigilancia Penitenciaria, debidamente informado por los servicios penitenciarios, como el Juez o Tribunal sentenciador al que corresponde hacer ejecutar lo juzgado. Precisamente este último, por haber juzgado, conoce con mayor detalle determinadas circunstancias del caso concurrentes con el pronóstico penitenciario del sujeto, que pueden resultar determinantes para la elección de la medida o medidas en que ha de concretarse la libertad vigilada. Su duración, en fin, se mantiene en general

en un máximo de cinco años, que es el que establecía hasta ahora el Código para las medidas de seguridad no privativas de libertad que se refunden bajo el concepto de libertad vigilada, pero a ello se añade, ciertamente pensando en esta nueva modalidad postpenitenciaria, la posibilidad de que el propio Código Penal la extienda hasta los diez años (artículo 105.2), como, de hecho, esta misma Ley dispone para los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y de terrorismo.

## V

En esta línea de evolución de la respuesta jurídico-penal hacia fórmulas más operativas y mejor adaptadas a las actuales necesidades y demandas sociales, la secular carencia de penas alternativas a las penas cortas de prisión del sistema español ha motivado que en esta reforma se haya optado por otorgar un mayor protagonismo a la pena de localización permanente. Con este objetivo, se le confiere una mayor extensión y contenido, si bien se ha pensado que inicialmente, aunque con vocación de futuras ampliaciones, su ámbito de aplicación se reduzca al marco de la sustitución de las penas privativas de libertad. A tal efecto se articula el correspondiente módulo de conversión en el artículo 88.

A la inversa, la localización permanente, en los supuestos en los que está prevista como pena principal, puede ser el instrumento adecuado para combatir con mayor rigor y eficacia los supuestos de reiteración de faltas que han generado una especial inseguridad ciudadana en los últimos tiempos. A estos efectos, constituyendo un límite axiológico infranqueable la asociación a las faltas de penas de carácter leve, y descartado por tanto el recurso a la genuina pena de prisión, una respuesta proporcionada y disuasoria puede ser el cumplimiento excepcional de la localización permanente en centro penitenciario en régimen de fin de semana y días festivos. Se trata de ofrecer una mayor dureza en la respuesta frente a la reiteración de la infracción que sea al tiempo compatible con la naturaleza leve de la sanción, evitando el efecto desocializador del régimen de cumplimiento continuado que caracteriza a la pena de prisión propiamente dicha.

Como aclara la nueva redacción dada al artículo 37, serán los concretos preceptos del Libro III los que den al Juez la posibilidad de acudir a este régimen excepcional de cumplimiento. La presente reforma opta por restringir su aplicación a las faltas reiteradas de hurto por un doble motivo. Por una parte, se trata del supuesto que, sobre todo en los núcleos urbanos más importantes, ha generado la mayor preocupación ciudadana y es el que a día de hoy realmente requiere la adopción de esta medida. Por otro, la restricción de esta modalidad de localización permanente a un supuesto puntual permitirá aprovechar adecuadamente los recursos disponibles en el sistema penitenciario.

La reiteración se hace depender del número de faltas cometidas, ya haya recaído condena por todas ellas en un solo proceso o en procesos distintos. En los casos de faltas de hurto no juzgadas que superen los 400 euros de importe, será de aplicación el párrafo final del artículo 234 y la conducta habrá de ser considerada como delito.

## VI

Para solucionar los problemas interpretativos surgidos acerca de cuál es el procedimiento penal donde debe abonarse el tiempo de prisión provisional sufrido por un imputado que al mismo tiempo está cumpliendo una pena de privación de libertad impuesta en otra causa, se procede a la modificación del artículo 58 para dejar claro

que en esos supuestos solamente será de abono el tiempo de prisión realmente sufrido en la liquidación de condena referente a la pena que esté cumpliendo.

## VII

Se regula de manera pormenorizada la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandan 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 informáticos...). Esta responsabilidad únicamente podrá ser declarada en aquellos supuestos donde expresamente se prevea.

Para la fijación de la responsabilidad de las personas jurídicas se ha optado por establecer una doble vía. Junto a la imputación de aquellos delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, por las personas que tienen poder de representación en las mismas, se añade la responsabilidad por aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre sus empleados, naturalmente con la imprescindible consideración de las circunstancias del caso concreto a efectos de evitar una lectura meramente objetiva de esta regla de imputación.

Se deja claro que la responsabilidad penal de la persona jurídica podrá declararse con independencia de que se pueda o no individualizar la responsabilidad penal de la persona física. En consecuencia, se suprime el actual apartado 2 del artículo 31.

En este ámbito se concreta un catálogo de penas imponibles a las personas jurídicas, añadiéndose –respecto 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. Se opta en este punto por el sistema claramente predominante en el Derecho comparado y en los textos comunitarios objeto de transposición, según el cual la multa es la pena común y general para todos los supuestos de responsabilidad, reservándose la imposición adicional de otras medidas más severas sólo para los supuestos cualificados que se ajusten a las reglas fijadas en el nuevo artículo 66 bis. Igualmente, se tiene en cuenta el posible fraccionamiento del pago de las multas que les sean impuestas a las personas jurídicas cuando exista peligro para la supervivencia de aquellas o la estabilidad de los puestos de trabajo, así como cuando lo aconseje el interés general. Además, se regulan taxativamente los supuestos de atenuación de la responsabilidad de las personas jurídicas, entre los que destacan la confesión de la infracción a las autoridades, la reparación del daño 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, al objeto de evitar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas 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 aquélla continúe con su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, trasladándose en aquellos casos la responsabilidad penal a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y extendiéndose a la entidad o entidades a que dé lugar la escisión.

## VIII

De singular importancia resulta la transposición de la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito. Como se recoge en el instrumento internacional, el principal objetivo de la delincuencia organizada es el beneficio económico y, en consecuencia, el establecimiento de normas comunes relativas al seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los productos del delito es objetivo prioritario para conseguir una eficaz lucha contra aquella.

Por ello, se ha completado la regulación existente del comiso encomendando a los jueces y tribunales acordarlo respecto de aquellos efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal, o bien cuando se trate de delitos de terrorismo, con independencia de si estos últimos se cometen en el seno de una organización o grupo terrorista, tal y como se prevé en la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo, sobre la lucha contra el terrorismo. Para facilitar la medida, se establece una presunción de procedencia de actividades delictivas cuando el valor del patrimonio sea desproporcionado con respecto a los ingresos legales de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal. Asimismo, se faculta a los jueces y tribunales para acordar el comiso cuando se trate de un delito imprudente que lleve aparejado en la ley la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año.

## IX

En el ámbito de la prescripción del delito, con el objetivo de aumentar la seguridad jurídica, se ha optado por una regulación detallada del instituto que ponga fin a las diferencias interpretativas surgidas en los últimos tiempos. Para llevar a cabo esta tarea, se ha prestado especial atención a la necesidad de precisar el momento de inicio de la interrupción de la prescripción, estableciéndose que ésta se produce, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra persona determinada que aparezca indiciariamente como penalmente responsable. Para entender que ello ocurre se requiere, cuando menos, una actuación material del Juez Instructor.

Del mismo modo, se ha considerado necesario abordar el problema de los efectos que para la interrupción de la prescripción puede tener la presentación de denuncias o querellas y para ello se opta por suspender el cómputo de la prescripción por un máximo de seis meses o dos meses, según se trate de delito o falta, desde dicha presentación siempre que sea ante un órgano judicial y contra una persona determinada. Si el órgano judicial no la admite a trámite o no dirige el procedimiento contra la persona denunciada o querellada, continúa el cómputo de prescripción desde la fecha de presentación. También continuará el cómputo si dentro de dichos plazos el Juez no adopta ninguna de las resoluciones citadas.

El replanteamiento del régimen procesal de la prescripción en los términos expuestos aconseja también revisar algunos aspectos de su regulación sustantiva. La impunidad debida a la prescripción de ciertos delitos castigados con penas de no excesiva gravedad (estafas, delitos urbanísticos, por ejemplo, o algunos delitos contra la Administración Pública), cuyo descubrimiento e investigación pueden sin embargo resultar extremadamente complejos y dilatados, ha redundado en descrédito del sistema judicial y en directo perjuicio de las víctimas. En este sentido, se opta por elevar el plazo mínimo de prescripción de los delitos a cinco años, suprimiendo por tanto el

plazo de tres años que hasta ahora regía para los que tienen señalada pena de prisión o inhabilitación inferior a tres años.

Las modificaciones en materia de prescripción del delito se completan con la declaración de la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo que hubieren causado la muerte de una persona. El fundamento de la institución de la prescripción se halla vinculado en gran medida a la falta de necesidad de aplicación de la pena tras el transcurso de cierto tiempo. La reforma se fundamenta en este punto en que tal premisa no puede cumplirse frente a conductas delictivas que presentan las características del tipo mencionado.

## X

Como respuesta al fenómeno cada vez más extendido de la compraventa de órganos humanos y al llamamiento de diversos foros internacionales a abordar su punición, se ha incorporado como infracción penal la obtención o el tráfico ilícito de órganos humanos, así como el trasplante de los mismos. Ya en el año 2004 la Organización Mundial de la Salud declaró que la venta de órganos era contraria a la Declaración Universal de Derechos Humanos, exhortando a los médicos a que no realizaran trasplantes si tenían sospechas de que el órgano había sido objeto de una transacción. Recientemente, en la Cumbre internacional sobre turismo de trasplantes y tráfico de órganos celebrada en mayo de 2008, representantes de 78 países consensuaron la denominada «Declaración de Estambul», en donde se deja constancia de que dichas prácticas violan los principios de igualdad, justicia y respeto a la dignidad humana debiendo ser erradicadas. Y, aunque nuestro Código Penal ya contempla estas conductas en el delito de lesiones, se considera necesario dar un tratamiento diferenciado a dichas actividades castigando a todos aquellos que promuevan, favorezcan, faciliten o publiciten la obtención o el tráfico ilegal de órganos humanos ajenos o su trasplante. En este marco, se ha considerado que también debe incriminarse, con posibilidad de moderar la sanción penal en atención a las circunstancias concurrentes, al receptor del órgano que, conociendo su origen ilícito, consienta en la realización del trasplante.

## XI

Dentro de los delitos de torturas y contra la integridad moral, se incrimina la conducta de acoso laboral, entendiendo por tal el hostigamiento psicológico u hostil en el marco de cualquier actividad laboral o funcional que humille al que lo sufre, imponiendo situaciones de grave ofensa a la dignidad. Con ello quedarían incorporadas en el tipo penal todas aquellas conductas de acoso producidas tanto en el ámbito de las relaciones jurídico privadas como en el de las relaciones jurídico-públicas.

Igualmente, al hilo de la proliferación, durante la última década, de conductas acosadoras en la esfera de la vivienda, se sanciona también el acoso inmobiliario. Con ello se pretende tutelar el derecho al disfrute de la vivienda por parte de propietarios o inquilinos frente a los ataques dirigidos a obligar a unos o a otros a abandonarla para así alcanzar, en la mayoría de los casos, objetivos especuladores. Distintos pronunciamientos judiciales habían venido poniendo de manifiesto las dificultades que para la represión de estas conductas se derivaba de la ausencia hasta el momento de una específica regulación penal de este fenómeno.



## XII

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 resulta imprescindible tanto para cumplir con los mandatos de los compromisos internacionales como para poner fin a los constantes conflictos interpretativos.

Para llevar a cabo este objetivo se procede a la creación del Título VII bis, denominado «De la trata de seres humanos». Así, el artículo 177 bis tipifica un delito en el que prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren. Por otro lado, resulta fundamental resaltar que no estamos ante un delito que pueda ser cometido exclusivamente contra personas extranjeras, sino que abarcará todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionadas o no con la delincuencia organizada.

En cambio, el delito de inmigración clandestina siempre tendrá carácter transnacional, predominando, en este caso, la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios.

Además de la creación del artículo 177 bis, y como consecuencia de la necesidad de dotar de coherencia interna al sistema, esta reestructuración de los tipos ha requerido la derogación de las normas contenidas en los artículos 313.1. y 318 bis. 2.

## XIII

En el ámbito de los delitos sexuales, junto al acrecentamiento del nivel de protección de las víctimas, especialmente de aquellas más desvalidas, ha de mencionarse la necesidad de trasponer la 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. Resulta indudable que en los casos de delitos sexuales cometidos sobre menores el bien jurídico a proteger adquiere una dimensión especial por el mayor contenido de injusto que presentan estas conductas. 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 y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor. Por ello se procede a la incorporación, en el Título VIII del Libro II del Código Penal, del Capítulo II bis denominado «De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años». Por otra parte, la extensión de la utilización de Internet y de las tecnologías de la información y la comunicación con fines sexuales contra menores ha evidenciado la necesidad de castigar penalmente las conductas que una persona adulta desarrolla a través de tales medios para ganarse la confianza de menores con el fin de concertar encuentros para obtener concesiones de índole sexual. Por ello, se introduce un nuevo artículo 183 bis mediante el que se regula el internacionalmente denominado «child grooming», previéndose además penas agravadas cuando el acercamiento al menor se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.

En el ámbito de las figuras de prostitución y pornografía infantil, la traslación de la Decisión Marco a nuestro ordenamiento determina la necesidad de tipificar nuevas conductas. Es el caso de la captación de niños para que participen en espectáculos pornográficos, que queda incorporada a la regulación en el artículo 189.1. Lo mismo sucede con la conducta de quien se lucra con la participación de los niños en esta clase de espectáculos, cuya incorporación se realiza en el apartado 1.a) del artículo 189. En relación al delito de prostitución, se incorpora la conducta del cliente

en aquellos casos en los que la relación sexual se realice con una persona menor de edad o incapaz.

Para completar el elenco de normas destinadas a otorgar mayor protección a los menores, se considera adecuado crear la pena de privación de la patria potestad o instituciones análogas previstas en la legislación civil de las Comunidades Autónomas que se incluye en el catálogo de penas privativas de derechos previstas en el artículo 39, fijándose su contenido en el artículo 46. Esta nueva pena tendrá el carácter de principal en los supuestos previstos en el artículo 192 y el de pena accesoria de acuerdo a lo establecido en los artículos 55 y 56, cuando los derechos derivados de la patria potestad hubieren tenido una relación directa con el delito cometido.

#### XIV

En el marco de los denominados delitos informáticos, para cumplimentar la Decisión Marco 2005/222/JAI, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información, se ha resuelto incardinar las conductas punibles en dos apartados diferentes, al tratarse de bienes jurídicos diversos. El primero, relativo a los daños, donde quedarían incluidas las consistentes en dañar, deteriorar, alterar, suprimir o hacer inaccesibles datos o programas informáticos ajenos, así como obstaculizar o interrumpir el funcionamiento de un sistema informático ajeno. El segundo apartado se refiere al descubrimiento y revelación de secretos, donde estaría comprendido el acceso sin autorización vulnerando las medidas de seguridad a datos o programas informáticos contenidos en un sistema o en parte del mismo.

#### XV

Entre las estafas descritas en el artículo 248 del Código Penal, cuyo catálogo en su momento ya se había acrecentado con los fraudes informáticos, ha sido preciso incorporar la cada vez más extendida modalidad consistente en defraudar utilizando las tarjetas ajenas o los datos obrantes en ellas, realizando con ello operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero.

El sistema de cualificaciones o agravantes específicas propio de la estafa ha venido planteando problemas interpretativos en la praxis, pues da lugar a que se superpongan dobles valoraciones jurídicas sobre unos mismos elementos del hecho, cosa que es particularmente evidente cuando se trata de la modalidad de uso de cheque, pagaré, letra de cambio en blanco o negocio cambiario ficticio –que, además, puede confundirse con alguna modalidad de falsedad documental– que son, a su vez, instrumento y materialización del engaño, y no algo que se sume al ardid defraudatorio, por lo cual su valoración separada es innecesaria.

#### XVI

En el delito de alzamiento de bienes se han agravado las penas en los supuestos en que la deuda u obligación que se trate de eludir sea de Derecho público y la acreedora sea una persona jurídico-pública, así como cuando concurren determinadas circunstancias entre las que destaca la especial gravedad, en función de la entidad del perjuicio y de la situación económica en que deje a la víctima o a su familia.

## XVII

El agravamiento penológico operado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, en el ámbito de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial ha evidenciado una cierta quiebra de la necesaria proporcionalidad de la pena en el caso de conductas consistentes en la venta a pequeña escala de copias fraudulentas de obras amparadas por tales derechos, máxime cuando frecuentemente los autores de este tipo de conductas son personas en situaciones de pobreza, a veces utilizados por organizaciones criminales, que con tales actos aspiran a alcanzar ingresos mínimos de subsistencia. Por ello, añadiendo un párrafo segundo al apartado 1 del artículo 270 y modificando el apartado 2 del artículo 274, para aquellos casos de distribución al por menor de escasa trascendencia, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido por éste, siempre que no concorra ninguna de las circunstancias de agravación que el propio Código Penal prevé, se opta por señalar penas de multa o trabajos en beneficio de la comunidad. Además, en tales supuestos, cuando el beneficio no alcance los 400 euros la conducta se castigará como falta.

## XVIII

Teniendo como referente la Directiva 2003/06 del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado, se han llevado a cabo reformas en el campo de los delitos relativos al mercado y los consumidores. Así, se incorpora como figura delictiva la denominada estafa de inversores, incriminando a los administradores de sociedades emisoras de valores negociados en los mercados de valores que falseen las informaciones sobre sus recursos, actividades y negocios presentes o futuros, y de ese modo consigan captar inversores u obtener créditos o préstamos.

Del mismo modo, se castiga la difusión de noticias o rumores sobre empresas donde se ofreciesen datos falsos para alterar o preservar el precio de cotización de un instrumento financiero y la conducta de quienes utilizando información privilegiada realicen transacciones u órdenes de operación que proporcionen o puedan proporcionar indicios falsos o engañosos en cuanto a la oferta, la demanda o el precio de instrumentos financieros, o para asegurar, en concierto con otras personas, el precio de uno o varios instrumentos financieros en un nivel anormal o artificial, así como el concierto para asegurarse una posición dominante sobre la oferta o demanda de un instrumento financiero.

## XIX

Otro de los aspectos importantes de la reforma es la transposición de la Decisión Marco 2003/568/JAI, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. La idea fuerza en este ámbito es que la garantía de una competencia justa y honesta pasa por la represión de los actos encaminados a corromper a los administradores de entidades privadas de forma similar a lo que se hace a través del delito de cohecho. Porque con estos comportamientos, que exceden de la esfera de lo privado, se rompen las reglas de buen funcionamiento del mercado. La importancia del problema es grande si se repara en la repercusión que pueden tener las decisiones empresariales, no solo para sus protagonistas inmediatos, sino para otras muchas personas. Obviamente, las empresas públicas o las empresas privadas que presten servicios públicos serán some-

tidas a la disciplina penal del cohecho obviando, por voluntad legal, la condición formal de funcionario que ha de tener al menos una de las partes.

Se ha considerado conveniente tipificar penalmente las conductas más graves de corrupción en el deporte. En este sentido se castigan todos aquellos sobornos llevados a cabo tanto por los miembros y colaboradores de entidades deportivas como por los deportistas, árbitros o jueces, encaminados a predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva, siempre que estas tengan carácter profesional.

## XX

Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo son objeto de reforma en varios aspectos. De un lado, se modifica la rúbrica del Capítulo I del Título XVI del Libro II, en la que se explicita, junto a la ordenación del territorio, el urbanismo como objeto de tutela. De otro lado, se introducen mejoras. Así, se amplía el ámbito de las conductas típicas a las obras ilegales o clandestinas de urbanización, ya que éstas pueden tener un mayor impacto sobre el territorio que las de mera construcción o edificación, a las que además suelen preceder. A fin de evitar la consolidación de los beneficios del delito por parte del infractor, se perfecciona el sistema en lo que respecta a la pena de multa, estableciéndose, junto a la ya existente previsión de multa por cuotas diarias, la imposición de multa proporcional para aquellos casos en que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante de la aplicación de aquella. Además, se concreta que en todo caso se dispondrá el comiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar.

Respecto del delito de prevaricación urbanística, se completa el ámbito de los objetos sobre los que se puede proyectar la conducta prevaricadora con la inclusión de los «instrumentos de planeamiento», así como la de los proyectos de parcelación y reparcelación. Y, como venía siendo demandado por la doctrina, se otorga rango típico a la ocultación de actos ilícitos observados por la inspección y a la omisión de inspecciones que tuvieran carácter obligatorio. En todos estos supuestos, se agravan las penas en correspondencia con la gravedad de este tipo de conductas, suprimiéndose además en el artículo 320 la alternatividad entre la pena de prisión o multa a fin de evitar que los funcionarios y responsables públicos tengan un tratamiento privilegiado.

## XXI

Las modificaciones en los delitos contra el medio ambiente responden a la necesidad de acoger elementos de armonización normativa de la Unión Europea en este ámbito. De conformidad con las obligaciones asumidas, se produce una agravación de las penas y se incorporan a la legislación penal española los supuestos previstos en la Directiva 2008/99/CE de 19 de noviembre, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal.

## XXII

Se perfecciona técnicamente el artículo 337, eliminando el requisito del ensañamiento, que dificultaba de manera notable la aplicación del precepto, al objeto de

dotar de una mayor protección a los animales domésticos o amansados frente a los malos tratos que ocasionen su muerte o menoscaben gravemente su salud.

### XXIII

En el ámbito de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social se ha producido un endurecimiento de las penas al objeto de hacerlas más adecuadas y proporcionales a la gravedad de las conductas. Se prevé asimismo que los jueces y tribunales recaben el auxilio de los servicios de la Administración Tributaria para la ejecución de la pena de multa y la responsabilidad civil.

En lo que respecta al fraude de subvenciones, se unifica con respecto al delito fiscal la cuantía para considerar delictivos los hechos y se establece que para la determinación de la cantidad defraudada se tomará como referencia el año natural, debiendo tratarse de subvenciones obtenidas para el fomento de la misma actividad privada subvencionable, aunque procedan de distintas Administraciones o entidades públicas.

### XXIV

En materia de tráfico de drogas se producen algunos reajustes en materia de penas, de conformidad con las normas internacionales, en concreto la 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. De acuerdo con los criterios punitivos marcados por dicha norma armonizadora, se refuerza el principio de proporcionalidad de la pena reconfigurando la relación entre el tipo básico y los tipos agravados de delito de tráfico de drogas. Las numerosas agravaciones específicas que contiene el Código Penal en esta materia –también de acuerdo con la pauta europea– siguen asegurando dentro de la nueva escala punitiva una respuesta efectiva frente a aquellas conductas que realmente exigen una reacción especialmente firme.

Asimismo, se acoge la previsión contenida en el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, de 25 de octubre de 2005, en relación con la posibilidad de reducir la pena respecto de supuestos de escasa entidad, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias recogidas en los artículos 369 bis, 370 y siguientes.

Del mismo modo, se precisa más adecuadamente la agravante de buque, en la que venían detectándose algunos problemas de interpretación, añadiéndose el término «embarcación» a fin de permitir la inclusión de otros tipos de embarcaciones habitualmente utilizadas en estos delitos, como, por ejemplo, las semirrígidas.

### XXV

En la búsqueda de una mayor proporcionalidad en la respuesta jurídico penal a determinadas conductas de peligro abstracto, concretamente en el ámbito de los delitos contra la seguridad vial, se ha considerado conveniente reformar los artículos 379 y 384 en un triple sentido. En primer lugar se equipara la pena de prisión prevista para ambos delitos, al entender que no existe razón de fondo que justifique la diferencia en la respuesta punitiva. Por otra parte, se elimina la actual disyuntiva entre la pena de prisión y la de multa y trabajos en beneficio de la comunidad, estableciéndose los tres

tipos de penas como alternativas. De este modo se concede un mayor grado de arbitrio al Juez a la hora de decidir sobre la imposición de cualquiera de las tres penas previstas, permitiendo reservar la pena de prisión, como la de mayor gravedad, para supuestos excepcionales. De otro lado, superando el sistema actual en el que únicamente se prevé para el caso del delito del artículo 381, se introduce un nuevo artículo 385 bis en el que se establece que el vehículo a motor o ciclomotor utilizado en los hechos previstos en el Capítulo se considerará instrumento del delito a los efectos de los artículos 127 y 128.

Por último, en los supuestos de imposición de la pena de prisión, tratándose de los delitos contenidos en los artículos 379, 383, 384 y 385, se concede a los jueces la facultad excepcional de rebajarla en grado atendiendo a la menor entidad del riesgo y a las demás circunstancias del hecho enjuiciado.

## XXVI

También se han abordado reformas en ámbitos como el de la falsificación de certificados, a la que se ha de añadir, en todas sus modalidades, la de documentos de identidad que se ha transformado en una práctica intolerablemente extendida. Por razones fácilmente comprensibles, la intervención penal se extiende al tráfico de documentos de identidad falsos, así como a las mismas conductas realizadas en relación con documentos de identidad pertenecientes a otro Estado de la Unión Europea o de un tercer Estado si el objetivo es utilizarlos en España.

Las tarjetas de crédito o débito requieren también su propia tutela frente a la falsificación, a cuyo fin se describe específicamente esa conducta referida a ellas o a los cheques de viaje. La comprobada frecuencia con la que estas actividades delictivas se descubren como propias de organizaciones criminales obliga al establecimiento de las correspondientes previsiones represoras. La tutela penal se extiende a su vez al tráfico con esos instrumentos falsos y a su uso y tenencia en condiciones que permitan inferir su destino al tráfico, aunque no se haya intervenido en la falsificación.

## XXVII

En los delitos de cohecho se han producido importantes cambios dirigidos a adecuar nuestra legislación a los compromisos internacionales asumidos, en concreto, al Convenio Penal sobre la corrupción del Consejo de Europa de 27 de enero de 1999 y al Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo k.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea.

Con base en lo establecido en dichos convenios se precisaba una adaptación de las penas, pues se exige que al menos en los casos graves se prevean penas privativas de libertad que puedan dar lugar a la extradición. A ello se suma la conveniencia de extender el concepto de funcionario para que alcance también al funcionario comunitario y al funcionario extranjero al servicio de otro país miembro de la Unión Europea.

A través de las Leyes Orgánicas 3/2000 y 15/2003 se incorporó a nuestro Código Penal el delito de corrupción de funcionario público extranjero en las transacciones comerciales internacionales, en cumplimiento del Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales. Pese

a ello, lo cierto es que la configuración del tipo penal presenta deficiencias que demandan una nueva reforma que, de manera definitiva, acomode nuestro Derecho interno a los términos del Convenio, lo que obliga a dar una nueva redacción al artículo 445 para que así quepa, de una parte, acoger conductas de corrupción que no están suficientemente contempladas en la actualidad, así como regular con precisión la responsabilidad penal de personas jurídicas que intervengan en esa clase de hechos.

## XXVIII

El devenir de los pronunciamientos jurisprudenciales ha demostrado la incapacidad del actual delito de asociación ilícita para responder adecuadamente a los diferentes supuestos de agrupaciones u organizaciones criminales.

En primer lugar –y de ello da prueba la escasa aplicación del vigente artículo 515 del Código Penal, fuera de los casos de bandas armadas u organizaciones terroristas– la configuración de dicho delito como una manifestación de ejercicio abusivo, desviado o patológico del derecho de asociación que consagra el artículo 22 de la Constitución, no responde ni a la letra ni al espíritu de esta norma. El texto constitucional declara la ilegalidad de las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito; de donde desde luego no es forzoso deducir que cualquier agrupación de personas en torno a una actividad delictiva pueda conceptuarse como asociación, y menos aún asimilarse al ejercicio de un derecho fundamental, como sugiere la ubicación sistemática de la norma penal.

Las organizaciones y grupos criminales en general no son realmente «asociaciones» que delinquen, sino agrupaciones de naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva, carentes en muchos casos de forma o apariencia jurídica alguna, o dotadas de tal apariencia con el exclusivo propósito de ocultar su actividad y buscar su impunidad. Adicionalmente hay que apuntar que la inclusión de las organizaciones terroristas en el artículo 515 del Código Penal había generado problemas en el campo de la cooperación internacional por los problemas que para el cumplimiento del requisito de doble incriminación suponía la calificación de la organización terrorista como asociación ilícita.

A sabiendas, precisamente, de la polémica doctrinal surgida en torno a la ubicación sistemática de estos tipos penales, se ha optado finalmente, en el propósito de alterar lo menos posible la estructura del vigente Código Penal, por situarlos dentro del Título XXII del Libro II, es decir, en el marco de los delitos contra el orden público. Lo son, inequívocamente, si se tiene en cuenta que el fenómeno de la criminalidad organizada atenta directamente contra la base misma de la democracia, puesto que dichas organizaciones, aparte de multiplicar cuantitativamente la potencialidad lesiva de las distintas conductas delictivas llevadas a cabo en su seno o a través de ellas, se caracterizan en el aspecto cualitativo por generar procedimientos e instrumentos complejos específicamente dirigidos a asegurar la impunidad de sus actividades y de sus miembros, y a la ocultación de sus recursos y de los rendimientos de aquéllas, en lo posible dentro de una falsa apariencia de conformidad con la ley, alterando a tal fin el normal funcionamiento de los mercados y de las instituciones, corrompiendo la naturaleza de los negocios jurídicos, e incluso afectando a la gestión y a la capacidad de acción de los órganos del Estado.

La seguridad jurídica, la vigencia efectiva del principio de legalidad, los derechos y las libertades de los ciudadanos, en fin, la calidad de la democracia, constituyen de este modo objetivos directos de la acción destructiva de estas organizaciones. La reacción penal frente a su existencia se sitúa, por tanto, en el núcleo mismo del concepto

de orden público, entendido éste en la acepción que corresponde a un Estado de Derecho, es decir, como núcleo esencial de preservación de los referidos principios, derechos y libertades constitucionales.

Hay que recordar también que la jurisprudencia relativa al delito de asociación ilícita, así como la que ha analizado las ocasionales menciones que el Código Penal vigente hace a las organizaciones criminales (por ejemplo, en materia de tráfico de drogas), requiere la comprobación de una estructura con vocación de permanencia, quedando fuera por tanto otros fenómenos análogos muy extendidos en la sociedad actual, a veces extremadamente peligrosos o violentos, que no reúnen esos requisitos estructurales. La necesidad de responder a esta realidad conduce a la definición, en paralelo con las organizaciones, de los que esta Ley denomina grupos criminales, definidos en el nuevo artículo 570 ter precisamente por exclusión, es decir, como formas de concertación criminal que no encajan en el arquetipo de las citadas organizaciones, pero sí aportan un plus de peligrosidad criminal a las acciones de sus componentes.

La estructura de las nuevas infracciones responde a un esquema similar en ambos casos, organizaciones y grupos, si bien por un lado las penas son más graves en el caso de las primeras, cuya estructura más compleja responde al deliberado propósito de constituir una amenaza cualitativa y cuantitativamente mayor para la seguridad y orden jurídico, y por otra parte su distinta naturaleza exige algunas diferencias en la descripción de las acciones típicas.

Así, en el caso de las organizaciones criminales, el nuevo artículo 570 bis tipifica primero las conductas básicas de constitución, dirección y coordinación, distinguiendo según se trate de cometer delitos graves u otras infracciones criminales (incluida la reiteración de faltas), y en un segundo nivel punitivo sitúa las actividades de participación o cooperación, a las que se anuda una respuesta penal inferior, agregando en fin agravaciones específicas en función de las características de la organización y el tipo de delitos que tiene por objeto.

Los grupos criminales se contemplan en el artículo 570 ter, equiparándose las conductas de constitución de los mismos con la financiación de su actividad o la integración en ellos, pero siempre distinguiendo la respuesta punitiva a partir de la gravedad de las infracciones criminales que tratan de cometer, en términos análogos a los que rigen para las organizaciones, y con similares agravaciones en razón de las características del grupo.

## XXIX

Según se ha adelantado, otra de las importantes novedades que introduce la presente ley es una profunda reordenación y clarificación del tratamiento penal de las conductas terroristas, incluyendo entre ellas la propia formación, integración o participación en organizaciones o grupos terroristas, al tiempo que se incorporan algunas novedades que dan cumplimiento a las obligaciones legislativas derivadas de la Decisión Marco 2008/919/JAI.

El tratamiento de estas organizaciones y grupos se desplaza a un nuevo capítulo VII del Título XXII, aprovechando a tal fin el artículo 571, cuyo contenido se traslada al 572, lo que permite constituir con aquel una sección primera dedicada a dichas organizaciones y grupos, para mantener en la segunda los actuales delitos de terrorismo. Así, se sitúan las organizaciones y grupos terroristas –por obvias razones de proximidad conceptual, en los términos y por las razones ya expuestas– a continuación de las organizaciones y grupos criminales, al tiempo que se unifica en un



mismo capítulo del Código Penal la reacción penal contra todas las manifestaciones de terrorismo.

En atención a la gravedad intrínseca de la actividad terrorista, considerada como la mayor amenaza para el Estado de Derecho, así como a la peculiar forma de operar de determinados grupos o células terroristas de relativamente reciente desarrollo en el plano internacional, cuyo grado de autonomía constituye precisamente un factor añadido de dificultad para su identificación y desarticulación, se opta –a diferencia del esquema adoptado en el capítulo anterior para las otras organizaciones y grupos criminales– por equiparar plenamente el tratamiento punitivo de los grupos terroristas al de las organizaciones propiamente dichas, manteniendo en este punto la misma respuesta penal que hasta ahora había venido dando la jurisprudencia.

De conformidad con la pauta marcada por la citada Decisión Marco, al artículo 576 se añade un número 3 que amplía el concepto de colaboración con organización o grupo terrorista, asimilándoles conductas que hasta el presente han planteado algunas dificultades de encaje legal: así se ofrece la oportuna respuesta punitiva a la actuación de los grupos o células –e incluso de las conductas individuales– que tienen por objeto la captación, el adoctrinamiento, el adiestramiento o la formación de terroristas. En la misma línea apuntada por la normativa armonizadora europea, se recogen en el primer apartado del artículo 579 las conductas de distribución o difusión pública, por cualquier medio, de mensajes o consignas que, sin llegar necesariamente a constituir resoluciones manifestadas de delito (esto es, provocación, conspiración o proposición para la realización de una concreta acción criminal) se han acreditado como medios innegablemente aptos para ir generando el caldo de cultivo en el que, en un instante concreto, llegue a madurar la decisión ejecutiva de delinquir, si bien, tal y como exigen la Decisión Marco y el Convenio del Consejo de Europa sobre terrorismo, tales conductas deberán generar o incrementar un cierto riesgo de comisión de un delito de terrorismo.

Por su parte, el artículo 576 bis, que había quedado vacío de contenido tras su derogación por la Ley Orgánica 2/2005 de 22 de junio, pasa ahora a recoger la tipificación expresa del delito de financiación del terrorismo, que además se completa, siguiendo la línea normativa trazada en materia de blanqueo de capitales, con la inclusión de la conducta imprudente de los sujetos especialmente obligados a colaborar con la Administración en la prevención de dicha financiación.

Para concluir este apartado, y de acuerdo con las consideraciones que en su lugar se realizaron, se ha previsto la aplicación a estos sujetos de la nueva medida postpenitenciaria de libertad vigilada por un tiempo de cinco a diez años, que no obstante puede quedar excluida cuando, tratándose de un solo delito aislado y no grave, cometido por un delincuente primario, quede a juicio del Tribunal acreditada la falta de peligrosidad del autor.

### XXX

Las normas de desarrollo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, así como la ratificación por España de otros instrumentos de Derecho Internacional Humanitario, entre los que destacan la Convención de 18 de septiembre de 1997 (Tratado de Ottawa) sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonas y sobre su destrucción, la Convención sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado de 9 de diciembre de 1994, el Segundo Protocolo de 26 de marzo de 1999 de la Convención de La Haya de 1954, sobre protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado

y el Protocolo Facultativo de 25 de mayo de 2000 de la Convención de 1989, sobre los derechos del niño, relativo a la participación de los niños en los conflictos armados, han puesto de relieve la necesidad de adecuar los delitos contra la comunidad internacional.

Es de destacar la especial protección penal dispensada a mujeres y niños en conflictos armados castigándose expresamente a quienes atenten contra la libertad sexual de una persona protegida cometiendo actos de violación, esclavitud sexual, prostitución inducida o forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de agresión sexual y, a aquellos que recluten o alisten a menores de 18 años o los utilicen para participar directamente en dichos conflictos.

Por último, se procede a la creación de un nuevo delito de piratería dentro del Título dedicado a los delitos contra la comunidad internacional. La razón de ser de esta reforma radica en la necesidad de dar respuesta a la problemática de los eventuales actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima y aérea, y se conforma recogiendo los postulados del Convenio de Montego Bay de 10 de diciembre de 1982 sobre el Derecho del mar y de la Convención sobre la navegación marítima firmado en Roma el 10 de marzo de 1988.

### XXXI

Finalmente, entre las reformas que se realizan con ocasión de esta modificación del Código Penal figura también –en la línea de protección de las víctimas de delitos que la caracteriza– la introducción de una tutela civil específica de los derechos de éstas. No infrecuentemente, en los últimos tiempos han accedido a la programación de los medios de comunicación autores de infracciones penales condenados por sentencia firme que llegan a hacer ostentación de la conducta criminal perpetrada, difunden datos manifiestamente falsos sobre la misma y obtienen además con ello un lucro económico injustificable. Tales comportamientos atentan contra la dignidad de quienes han sufrido las consecuencias de esos actos y de sus allegados, que son sometidos a una nueva experiencia traumática derivada de esta invasión pública de su honor e intimidad. Dadas las limitaciones que caracterizan al Derecho penal, se ha considerado que la vía idónea para responder adecuadamente a este fenómeno consiste en articular una acción civil eficaz que, en el marco de la Ley Orgánica 1/1982, permita a las víctimas actuar frente a este tipo de conductas instando su cese, el resarcimiento del daño moral causado y la evitación de todo enriquecimiento injusto derivado de esta intromisión ilegítima. Además, a fin de reforzar la tutela, se ha optado por legitimar para la acción al Ministerio Fiscal, en tanto que defensor de los derechos de los ciudadanos.

Artículo único. *Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.*

Primero.

La circunstancia 6.<sup>a</sup> del artículo 21 pasa a ser 7.<sup>a</sup> y se añade una circunstancia 6.<sup>a</sup> con la redacción siguiente:

«6.<sup>a</sup> La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.»

Segundo.

Se modifica la circunstancia 4.<sup>a</sup> del artículo 22, que queda redactada como sigue:

«4.<sup>a</sup> Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, la enfermedad que padezca o su discapacidad.»

Tercero.

Se suprime el apartado 2 del artículo 31.

Cuarto.

Se añade el artículo 31 bis, que tendrá la siguiente redacción:

«1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

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 atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. 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 que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente.

4. Sólo podrán considerarse 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 esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado 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 no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.»

Quinto.

Se añade la letra *j*) al apartado 2, se modifica la letra *j*) y se añaden las letras *l*) y *m*) al apartado 3, se modifica la letra *g*) del apartado 4 y se añade un apartado 7 al artículo 33 con el siguiente contenido:

«2. Son penas graves:

[...]

*j*) La privación de la patria potestad.»

«3. Son penas menos graves:

[...]

*j*) La multa proporcional, cualquiera que fuese su cuantía, salvo lo dispuesto en el apartado 7 de este artículo.

*l*) La localización permanente de tres meses y un día a seis meses.

*m*) La pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social, cualquiera que sea su duración.»

«4. Son penas leves:

[...]

*g*) La localización permanente de un día a tres meses.»

«7. Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes:

*a*) Multa por cuotas o proporcional.

*b*) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.

*c*) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

*d*) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

*e*) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.

*f*) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.

g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.

La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa.»

Sexto.

Se modifica el apartado 2 del artículo 36, que queda redactado como sigue:

«2. Cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, el Juez o Tribunal podrá ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta.

En cualquier caso, cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años y se trate de los delitos enumerados a continuación, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la misma:

- a) Delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código.
- b) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.
- c) Delitos del artículo 183.
- d) Delitos del Capítulo V del Título VIII del Libro II de este Código, cuando la víctima sea menor de trece años.

El Juez de Vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento, salvo en los supuestos contenidos en el párrafo anterior.»

Séptimo.

Se modifica el apartado 1 y se añade el apartado 4 al artículo 37, que quedan redactados como sigue:

«1. La localización permanente tendrá una duración de hasta seis meses. Su cumplimiento obliga al penado a permanecer en su domicilio o en lugar determinado fijado por el Juez en sentencia o posteriormente en auto motivado.

No obstante, en los casos en los que la localización permanente esté prevista como pena principal, atendiendo a la reiteración en la comisión de la infracción y siempre que así lo disponga expresamente el concreto precepto aplicable, el Juez podrá acordar

en sentencia que la pena de localización permanente se cumpla los sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado.

4. Para garantizar el cumplimiento efectivo, el Juez o Tribunal podrá acordar la utilización de medios mecánicos o electrónicos que permitan la localización del reo.»

Octavo.

Se añade la letra *j*) al artículo 39, que queda redactada como sigue:

Son penas privativas de derechos:

[...]

«*j*) La privación de la patria potestad.»

Noveno.

Se modifica el artículo 46, que queda redactado como sigue:

«La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva al penado de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. La pena de privación de la patria potestad implica la pérdida de la titularidad de la misma, subsistiendo los derechos de los que sea titular el hijo respecto del penado. El Juez o Tribunal podrá acordar estas penas respecto de todos o alguno de los menores o incapaces que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso.

A los efectos de este artículo, la patria potestad comprende tanto la regulada en el Código Civil, incluida la prorrogada, como las instituciones análogas previstas en la legislación civil de las Comunidades Autónomas.»

Décimo.

Se modifica el apartado 1 del artículo 48, que queda redactado como sigue:

«1. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito o falta, o a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos.»

Undécimo.

Se modifica el párrafo primero del artículo 49, que queda redactado como sigue:

«Los trabajos en beneficio de la comunidad, que no podrán imponerse sin el consentimiento del penado, le obligan a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, que podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas, así como en la participación del penado en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares. Su duración diaria no podrá exceder de ocho horas y sus condiciones serán las siguientes:»

Duodécimo.

Se modifican los apartados 3 y 4 del artículo 50, que quedan redactados como sigue:

«3. Su extensión mínima será de diez días y la máxima de dos años. Las penas de multa imponibles a personas jurídicas tendrán una extensión máxima de cinco años.

4. La cuota diaria tendrá un mínimo de dos y un máximo de 400 euros, excepto en el caso de las multas imponibles a las personas jurídicas, en las que la cuota diaria tendrá un mínimo de 30 y un máximo de 5.000 euros. A efectos de cómputo, cuando se fije la duración por meses o por años, se entenderá que los meses son de treinta días y los años de trescientos sesenta.»

Decimotercero.

Se añade un apartado 4 al artículo 52 con la siguiente redacción:

«4. En los casos en los que este Código prevé una pena de multa para las personas jurídicas en proporción al beneficio obtenido o facilitado, al perjuicio causado, al valor del objeto, o a la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, de no ser posible el cálculo en base a tales conceptos, el Juez o Tribunal motivará la imposibilidad de proceder a tal cálculo y las multas previstas se sustituirán por las siguientes:

a) Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.

b) Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el inciso anterior.

c) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.»

Decimocuarto.

Se añade un apartado 5 al artículo 53 con la siguiente redacción:

«5. Podrá ser fraccionado el pago de la multa impuesta a una persona jurídica, durante un período de hasta cinco años, cuando su cuantía ponga probadamente en peligro la supervivencia de aquélla o el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes en la misma, o cuando lo aconseje el interés general. Si la persona jurídica condenada no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta en el plazo que se hubiere señalado, el Tribunal podrá acordar su intervención hasta el pago total de la misma.»

Decimoquinto.

Se modifica el artículo 55, que queda redactado como sigue:

«La pena de prisión igual o superior a diez años llevará consigo la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, salvo que ésta ya estuviere prevista como pena principal para el supuesto de que se trate. El Juez podrá además disponer la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, o bien la privación de la patria potestad, cuando estos derechos hubieren tenido relación directa con el delito cometido. Esta vinculación deberá determinarse expresamente en la sentencia.»

Decimosexto.

Se modifica la circunstancia 3.<sup>a</sup> del apartado 1 del artículo 56, que queda redactada como sigue:

«1. En las penas de prisión inferiores a diez años, los jueces o tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias, alguna o algunas de las siguientes:

[...]

3.<sup>a</sup> Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, comercio, ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, la privación de la patria potestad, si estos derechos

hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en el artículo 579 de este Código.»

Decimoséptimo.

Se modifica el apartado 1 del artículo 58, que queda redactado como sigue:

«1. El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada, salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella. En ningún caso un mismo periodo de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa.»

Decimoctavo.

Se añade un artículo 66 bis nuevo, que tendrá la siguiente redacción:

«En la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas se estará a lo dispuesto en las reglas 1.<sup>a</sup> a 4.<sup>a</sup> y 6.<sup>a</sup> a 8.<sup>a</sup> del primer número del artículo 66, así como a las siguientes:

1.<sup>a</sup> En los supuestos en los que vengan establecidas por las disposiciones del Libro II, para decidir sobre la imposición y la extensión de las penas previstas en las letras *b*) a *g*) del apartado 7 del artículo 33 habrá de tenerse en cuenta:

*a*) Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos.

*b*) Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores.

*c*) El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control.

2.<sup>a</sup> Cuando las penas previstas en las letras *c*) a *g*) del apartado 7 del artículo 33 se impongan con una duración limitada, ésta no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física.

Para la imposición de las sanciones previstas en las letras *c*) a *g*) por un plazo superior a dos años será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes:

*a*) Que la persona jurídica sea reincidente.

*b*) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.

Para la imposición con carácter permanente de las sanciones previstas en las letras *b*) y *e*), y para la imposición por un plazo superior a cinco años de las previstas en las letras *e*) y *f*) del apartado 7 del artículo 33, será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes:

*a*) Que se esté ante el supuesto de hecho previsto en la regla 5.<sup>a</sup> del primer número del artículo 66.

*b*) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.»



Decimonoveno.

Se modifica el artículo 83, apartado 1, punto 5.º que queda redactado como sigue:

«5.º Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales y otros similares.»

Vigésimo.

Se modifican los párrafos primero y tercero del apartado 1 del artículo 88, que quedan redactados como sigue:

«1. Los jueces o tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión que no excedan de un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, y en los casos de penas de prisión que no excedan de seis meses, también por localización permanente, aunque la Ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo o por un día de localización permanente. En estos casos el Juez o Tribunal podrá además imponer al penado la observancia de una o varias obligaciones o deberes previstos en el artículo 83 de este Código, de no haberse establecido como penas en la sentencia, por tiempo que no podrá exceder de la duración de la pena sustituida.

[...]

En el caso de que el reo hubiera sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente en lugar distinto y separado del domicilio de la víctima. En estos supuestos, el Juez o Tribunal impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1.ª y 2.ª, del apartado 1 del artículo 83 de este Código.»

Vigésimo primero.

Se modifica el artículo 89, que queda redactado como sigue:

«1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

También podrá acordarse la expulsión en auto motivado posterior, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas.

2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado.

3. La expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

4. Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas. No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la auto-

ridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

5. Los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado y de las partes personadas, acordarán en sentencia, o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España, que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena, salvo que previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España.

6. Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa.

En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma o su sustitución en los términos del artículo 88 de este Código.

7. Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 313 y 318 bis de este Código.»

Vigésimo segundo.

Se modifica el apartado 3 del artículo 96, que queda redactado como sigue:

«3. Son medidas no privativas de libertad:

- 1.ª) La inhabilitación profesional.
- 2.ª) La expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España.
- 3.ª) La libertad vigilada
- 4.ª) La custodia familiar. El sometido a esta medida quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el Juez de Vigilancia Penitenciaria y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado.
- 5.ª) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.
- 6.ª) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.»

Vigésimo tercero.

Se modifica el artículo 97, que queda redactado como sigue:

«Durante la ejecución de la sentencia, el Juez o Tribunal sentenciador adoptará, por el procedimiento establecido en el artículo siguiente, alguna de las siguientes decisiones:

- a) Mantener la ejecución de la medida de seguridad impuesta.
- b) Decretar el cese de cualquier medida de seguridad impuesta en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto.
- c) Sustituir una medida de seguridad por otra que estime más adecuada, entre las previstas para el supuesto de que se trate. En el caso de que fuera acordada la sustitución y el sujeto evolucionara desfavorablemente, se dejará sin efecto la sustitución, volviéndose a aplicar la medida sustituida.

d) Dejar en suspenso la ejecución de la medida en atención al resultado ya obtenido con su aplicación, por un plazo no superior al que reste hasta el máximo señalado en la sentencia que la impuso. La suspensión quedará condicionada a que el sujeto no delinca durante el plazo fijado, y podrá dejarse sin efecto si nuevamente resultara acreditada cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 95 de este Código.»

Vigésimo cuarto.

Se modifica el artículo 98, que queda redactado como sigue:

«1. A los efectos del artículo anterior, cuando se trate de una medida de seguridad privativa de libertad o de una medida de libertad vigilada que deba ejecutarse después del cumplimiento de una pena privativa de libertad, el Juez de Vigilancia Penitenciaria estará obligado a elevar al menos anualmente, una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la misma. Para formular dicha propuesta el Juez de Vigilancia Penitenciaria deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a medida de seguridad o por las Administraciones Públicas competentes y, en su caso, el resultado de las demás actuaciones que a este fin ordene.

2. Cuando se trate de cualquier otra medida no privativa de libertad, el Juez o Tribunal sentenciador recabará directamente de las Administraciones, facultativos y profesionales a que se refiere el apartado anterior, los oportunos informes acerca de la situación y la evolución del condenado, su grado de rehabilitación y el pronóstico de reincidencia o reiteración delictiva.

3. En todo caso, el Juez o Tribunal sentenciador resolverá motivadamente a la vista de la propuesta o los informes a los que respectivamente se refieren los dos apartados anteriores, oída la propia persona sometida a la medida, así como el Ministerio Fiscal y las demás partes. Se oirá asimismo a las víctimas del delito que no estuvieren personadas cuando así lo hubieran solicitado al inicio o en cualquier momento de la ejecución de la sentencia y permanezcan localizables a tal efecto.»

Vigésimo quinto.

Se modifica el apartado 3 del artículo 100, que queda redactado como sigue:

«3. En ambos casos el Juez o Tribunal deducirá testimonio por el quebrantamiento. A estos efectos, no se considerará quebrantamiento de la medida la negativa del sujeto a someterse a tratamiento médico o a continuar un tratamiento médico inicialmente consentido. No obstante, el Juez o Tribunal podrá acordar la sustitución del tratamiento inicial o posteriormente rechazado por otra medida de entre las aplicables al supuesto de que se trate.»

Vigésimo sexto.

Se modifica el apartado 3 del artículo 103 del Código Penal, que queda redactado como sigue:

«3. En este supuesto, la propuesta a que se refiere el artículo 98 de este Código deberá hacerse al terminar cada curso o grado de enseñanza.»

Vigésimo séptimo.

Se modifica el artículo 105, que queda redactado como sigue:

«En los casos previstos en los artículos 101 a 104, cuando imponga la medida privativa de libertad o durante la ejecución de la misma, el Juez o Tribunal podrá imponer razonadamente una o varias medidas que se enumeran a continuación.

Deberá asimismo imponer alguna o algunas de dichas medidas en los demás casos expresamente previstos en este Código.

1. Por un tiempo no superior a cinco años:

a) Libertad vigilada.  
b) Custodia familiar. El sometido a esta medida quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el Juez de Vigilancia y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado.

2. Por un tiempo de hasta diez años:

a) Libertad vigilada, cuando expresamente lo disponga este Código.  
b) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.  
c) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

Para decretar la obligación de observar alguna o algunas de las medidas previstas en este artículo, así como para concretar dicha obligación cuando por ley viene obligado a imponerlas, el Juez o Tribunal sentenciador deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales encargados de asistir al sometido a la medida de seguridad.

El Juez de Vigilancia Penitenciaria o los servicios de la Administración correspondiente informarán al Juez o Tribunal sentenciador.

En los casos previstos en este artículo, el Juez o Tribunal sentenciador dispondrá que los servicios de asistencia social competentes presten la ayuda o atención que precise y legalmente le corresponda al sometido a medidas de seguridad no privativas de libertad.»

Vigésimo octavo.

Se modifica el artículo 106, que queda redactado como sigue:

«1. La libertad vigilada consistirá en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las siguientes medidas:

a) La obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente.

b) La obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca.

c) La de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el Juez o Tribunal señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo.

d) La prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del Juez o Tribunal.

e) La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

f) La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

g) La prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos.

h) La prohibición de residir en determinados lugares.

i) La prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza.

j) La obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares.

k) La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 105, el Juez o Tribunal deberá imponer en la sentencia la medida de libertad vigilada para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad impuesta siempre que así lo disponga de manera expresa este Código.

En estos casos, al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, de modo que la medida de libertad vigilada pueda iniciarse en ese mismo momento, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, por el procedimiento previsto en el artículo 98, elevará la oportuna propuesta al Juez o Tribunal sentenciador, que, con arreglo a dicho procedimiento, concretará, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 97, el contenido de la medida fijando las obligaciones o prohibiciones enumeradas en el apartado 1 de este artículo que habrá de observar el condenado.

Si éste lo hubiera sido a varias penas privativas de libertad que deba cumplir sucesivamente, lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá referido al momento en que concluya el cumplimiento de todas ellas.

Asimismo, el penado a quien se hubiere impuesto por diversos delitos otras tantas medidas de libertad vigilada que, dado el contenido de las obligaciones o prohibiciones establecidas, no pudieran ser ejecutadas simultáneamente, las cumplirá de manera sucesiva, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal pueda ejercer las facultades que le atribuye el apartado siguiente.

3. Por el mismo procedimiento del artículo 98, el Juez o Tribunal podrá:

a) Modificar en lo sucesivo las obligaciones y prohibiciones impuestas.

b) Reducir la duración de la libertad vigilada o incluso poner fin a la misma en vista del pronóstico positivo de reinserción que considere innecesaria o contraproducente la continuidad de las obligaciones o prohibiciones impuestas.

c) Dejar sin efecto la medida cuando la circunstancia descrita en la letra anterior se dé en el momento de concreción de las medidas que se regula en el número 2 del presente artículo.

4. En caso de incumplimiento de una o varias obligaciones el Juez o Tribunal, a la vista de las circunstancias concurrentes y por el mismo procedimiento indicado en los números anteriores, podrá modificar las obligaciones o prohibiciones impuestas. Si el incumplimiento fuera reiterado o grave, revelador de la voluntad de no someterse a las obligaciones o prohibiciones impuestas, el Juez deducirá, además, testimonio por un presunto delito del artículo 468 de este Código.»

Vigésimo noveno.

Se añade un apartado 3 al artículo 116, que tendrá la siguiente redacción:

«3. La responsabilidad penal de una persona jurídica llevará consigo su responsabilidad civil en los términos establecidos en el artículo 110 de este Código de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos.»

Trigésimo.

Se modifica el artículo 127, que queda redactado como sigue:

«1. Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito

o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente.

El Juez o Tribunal deberá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas.

2. En los casos en que la ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año por la comisión de un delito imprudente, el Juez o Tribunal podrá acordar la pérdida de los efectos que provengan del mismo y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito, cualquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar.

3. Si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes señalados en los apartados anteriores de este artículo, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho.

4. El Juez o Tribunal podrá acordar el comiso previsto en los apartados anteriores de este artículo aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita.

5. Los que se decomisan se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado si la ley no previera otra cosa, y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán.»

Trigésimo primero.

Se modifica el artículo 129, que queda redactado como sigue:

«1. En caso de delitos o faltas cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis de este Código, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en los apartados *c)* a *g)* del artículo 33.7.

Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita.

2. Las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos o faltas por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas.

3. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el artículo 33.7.»

Trigésimo segundo.

El actual artículo 130 pasa a ser el apartado 1 de dicho artículo y se le añade un apartado 2, con el siguiente contenido:

«2. 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, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella.

No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.»

Trigésimo tercero.

Se modifica el párrafo cuarto y se suprime el párrafo quinto del apartado 1, se modifica el apartado 4 y se añade un apartado 5 al artículo 131, que quedan redactados como sigue:

«1. Los delitos prescriben:

[...]

A los cinco, los demás delitos, excepto los de injuria y calumnia, que prescriben al año.

4. Los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el artículo 614, no prescribirán en ningún caso.

Tampoco prescribirán los delitos de terrorismo, si hubieren causado la muerte de una persona.

5. En los supuestos de concurso de infracciones o de infracciones conexas, el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave.»

Trigésimo cuarto.

Se modifica el apartado 2 del artículo 132, que queda redactado como sigue:

«2. La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito o falta, comenzando a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena de acuerdo con las reglas siguientes:

1.<sup>a</sup> Se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta.

2.<sup>a</sup> No obstante lo anterior, la presentación de querrela o la denuncia formulada ante un órgano judicial, en la que se atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta, suspenderá el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses para el caso de delito y de dos meses para el caso de falta, a contar desde la misma fecha de presentación de la querrela o de formulación de la denuncia.

Si dentro de dicho plazo se dicta contra el querellado o denunciado, o contra cualquier otra persona implicada en los hechos, alguna de las resoluciones judiciales mencionadas en el apartado anterior, la interrupción de la prescripción se entenderá retroactivamente producida, a todos los efectos, en la fecha de presentación de la querrela o denuncia.

Por el contrario, el cómputo del término de prescripción continuará desde la fecha de presentación de la querrela o denuncia si, dentro del plazo de seis o dos meses, en los respectivos supuestos de delito o falta, recae resolución judicial firme de inadmisión a trámite de la querrela o denuncia o por la que se acuerde no dirigir el procedimiento contra la persona querrelada o denunciada. La continuación del cómputo se producirá también si, dentro de dichos plazos, el Juez de Instrucción no adoptara ninguna de las resoluciones previstas en este artículo.

3.<sup>a</sup> A los efectos de este artículo, la persona contra la que se dirige el procedimiento deberá quedar suficientemente determinada en la resolución judicial, ya sea mediante su identificación directa o mediante datos que permitan concretar posteriormente dicha identificación en el seno de la organización o grupo de personas a quienes se atribuya el hecho.»

Trigésimo quinto.

Se modifica el apartado 2 del artículo 133, que queda redactado como sigue:

«2. Las penas impuestas por los delitos de lesa humanidad y de genocidio y por los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el artículo 614, no prescribirán en ningún caso.

Tampoco prescribirán las penas impuestas por delitos de terrorismo, si estos hubieren causado la muerte de una persona.»

Trigésimo sexto.

Se añade el artículo 156 bis, que tendrá la siguiente redacción:

«1. Los que promuevan, favorezcan, faciliten o publiciten la obtención o el tráfico ilegal de órganos humanos ajenos o el trasplante de los mismos serán castigados con la pena de prisión de seis a doce años si se tratara de un órgano principal, y de prisión de tres a seis años si el órgano fuera no principal.

2. Si el receptor del órgano consintiera la realización del trasplante conociendo su origen ilícito será castigado con las mismas penas que en el apartado anterior, que podrán ser rebajadas en uno o dos grados atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable.

3. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras *b)* a *g)* del apartado 7 del artículo 33.»

Trigésimo séptimo.

Se añade un tercer párrafo al apartado 1 del artículo 172, con la siguiente redacción:

«También se impondrán las penas en su mitad superior cuando la coacción ejercida tuviera por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda.»



Trigésimo octavo.

Se añaden un segundo y un tercer párrafo al apartado 1 del artículo 173, con la siguiente redacción:

«Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcionarial y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima.

Se impondrá también la misma pena al que de forma reiterada lleve a cabo actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda.»

Trigésimo noveno.

Se crea el Título VII bis dentro del Libro II, que comprende el artículo 177 bis y tendrá la siguiente rúbrica:

## «TÍTULO VII BIS

### De la trata de seres humanos»

Cuadragésimo.

Se añade el artículo 177 bis, que tendrá la siguiente redacción:

«1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la capture, transportare, trasladare, acogiere, recibiere o la alojare con cualquiera de las finalidades siguientes:

- a) La imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad.
- b) La explotación sexual, incluida la pornografía.
- c) La extracción de sus órganos corporales.

2. Aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación.

3. El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo.

4. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando:

- a) Con ocasión de la trata se ponga en grave peligro a la víctima;
- b) la víctima sea menor de edad;
- c) la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, discapacidad o situación.

Si concurriere más de una circunstancia se impondrá la pena en su mitad superior.

5. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación absoluta de seis a doce años a los que realicen los hechos

prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. Si concurriera además alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en su mitad superior.

6. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. Si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en la mitad superior. Si concurriera la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo se impondrán las penas señaladas en este en su mitad superior.

Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. En todo caso se elevará la pena a la inmediatamente superior en grado si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 o la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo.

7. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras *b)* a *g)* del apartado 7 del artículo 33.

8. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de trata de seres humanos serán castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.

9. En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación.

10. Las condenas de jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en este artículo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español.

11. Sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado.»

Cuadragésimo primero.

Se modifica el artículo 178, que queda redactado como sigue:

«El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años.»

Cuadragésimo segundo.

Se modifica el párrafo primero y la circunstancia 3.<sup>a</sup> del apartado 1 del artículo 180, que quedan redactados como sigue:

«1. Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cinco a diez años para las agresiones del artículo 178, y de doce a quince años para las del artículo 179, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

[...]

3.<sup>a</sup> Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, salvo lo dispuesto en el artículo 183.»

Cuadragésimo tercero.

En el artículo 181, se modifica el apartado 2, el apartado 4 pasa a ser 5 y se añade un apartado 4 nuevo, quedando redactados como sigue:

«2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.

4. En todos los casos anteriores, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a diez años.»

Cuadragésimo cuarto.

Se modifica el artículo 182, que queda redactado como sigue:

«1. El que, interviniendo engaño, realice actos de carácter sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años, o multa de doce a veinticuatro meses.

2. Cuando los actos consistan en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, la pena será de prisión de dos a seis años. La pena se impondrá en su mitad superior si concurriera la circunstancia 3.<sup>a</sup>, o la 4.<sup>a</sup>, de las previstas en el artículo 180.1 de este Código.»

Cuadragésimo quinto.

Se añade un nuevo Capítulo II bis al Título VIII del Libro II del Código Penal, denominado «De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años», que comprende los artículos 183 y 183 bis.

Cuadragésimo sexto.

Se modifica el artículo 183, que queda redactado como sigue:

«1. El que realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años.

2. Cuando el ataque se produzca con violencia o intimidación el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión.

3. Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años, en el caso del apartado 1 y con la pena de doce a quince años, en el caso del apartado 2.

4. Las conductas previstas en los tres números anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima la hubiera colocado en una situación de total indefensión y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años.

b) Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.

c) Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

d) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

e) Cuando el autor haya puesto en peligro la vida del menor.

f) Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminales que se dedicaren a la realización de tales actividades.

5. En todos los casos previstos en este artículo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se aplicará, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.»

Cuadragésimo séptimo.

Se añade un nuevo artículo 183 bis, que tendrá la siguiente redacción:

«El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.»

Cuadragésimo octavo.

Los actuales apartados 2 y 3 del artículo 187 pasan a ser apartados 3 y 4, se modifica el apartado 1 y se añaden dos nuevos apartados 2 y 5, quedando redactados como sigue:

«1. El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad o incapaz será castigado con las penas de uno a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses. La misma pena se impondrá al que solicite, acepte u obtenga a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con persona menor de edad o incapaz.

2. El que realice las conductas descritas en el apartado 1 de este artículo siendo la víctima menor de trece años será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años.

5. Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las infracciones contra la libertad o indemnidad sexual cometidas sobre los menores e incapaces.»

Cuadragésimo noveno.

El actual apartado 4 pasa a ser apartado 5 y se modifican los apartados 2, 3 y 4 del artículo 188, que quedan redactados como sigue:

«2. Si las mencionadas conductas se realizaran sobre persona menor de edad o incapaz, para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución, se impondrá al responsable la pena de prisión de cuatro a seis años.

3. El que lleve a cabo la conducta prevista en el apartado anterior, siendo la víctima menor de trece años será castigado con la pena de prisión de cinco a diez años.

4. Se impondrán las penas previstas en los apartados anteriores en su mitad superior, en sus respectivos casos, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. En este caso se aplicará, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.

b) Cuando el culpable perteneciere a una organización o grupo criminales que se dedicaren a la realización de tales actividades.

c) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.»

Quincuagésimo.

Se suprime el apartado 8 del artículo 189 y se modifican el primer párrafo y las letras a) y b) del apartado 1 y el primer párrafo del apartado 3, que quedan redactados como sigue:

«1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años:

a) El que capture o utilice a menores de edad o a incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades o se lucrare con ellas.

b) El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.

3. Serán castigados con la pena de prisión de cinco a nueve años los que realicen los actos previstos en el apartado 1 de este artículo cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

[...]

8. (Suprimido).»

Quincuagésimo primero.

Se añade un artículo 189 bis, que tendrá la siguiente redacción:

«Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas:

a) Multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.

b) Multa del doble al quádruple del beneficio obtenido, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el anterior inciso.

c) Multa del doble al triple del beneficio obtenido, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.»

Quincuagésimo segundo.

Los apartados 1 y 2 del artículo 192 pasan a ser los apartados 2 y 3 del mismo artículo, se añade un apartado 1 nuevo y se modifica el resultante apartado 3, que quedan redactados como sigue:

«1. A los condenados a pena de prisión por uno o más delitos comprendidos en este Título se les impondrá además la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad. La duración de dicha medida será de cinco a diez años, si alguno de los delitos fuera grave, y de uno a cinco años, si se trata de uno o más delitos menos graves. En este último caso, cuando se trate de un solo delito cometido por un delincuente primario, el Tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor.

2. [...]

3. El Juez o Tribunal podrá imponer razonadamente, además, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda, empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio, por el tiempo de seis meses a seis años, o bien la privación de la patria potestad.»

Quincuagésimo tercero.

En el artículo 197 se introduce un nuevo apartado 3, pasando los actuales apartados 3, 4, 5 y 6 a ser los apartados 4, 5, 6 y 7, y se añade un apartado 8, con la siguiente redacción:

«3. El que por cualquier medio o procedimiento y vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, acceda sin autorización a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático o en parte del mismo o se mantenga dentro del mismo en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo, será castigado con pena de prisión de seis meses a dos años.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

[...]

8. Si los hechos descritos en los apartados anteriores se cometiesen en el seno de una organización o grupo criminales, se aplicarán respectivamente las penas superiores en grado.»

Quincuagésimo cuarto.

Se modifica el apartado 3 del artículo 201, que tendrá la siguiente redacción:

«3. El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 5º del apartado 1 del artículo 130.»

Quincuagésimo quinto.

Se modifica el apartado 3 del artículo 215, que tendrá la siguiente redacción:

«3. El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 5º del apartado 1 del artículo 130 de este Código.»

## Quincuagésimo sexto.

Se modifica el artículo 234, quedando redactado como sigue:

«El que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño será castigado, como reo de hurto, con la pena de prisión de seis a dieciocho meses si la cuantía de lo sustraído excede de 400 euros.

Con la misma pena se castigará al que en el plazo de un año realice tres veces la acción descrita en el apartado 1 del artículo 623 de este Código, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito.»

## Quincuagésimo séptimo.

Se modifica el artículo 235, que queda redactado como sigue:

«El hurto será castigado con la pena de prisión de uno a tres años:

- 1.º Cuando se sustraigan cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico.
- 2.º Cuando se trate de cosas de primera necesidad o destinadas a un servicio público, siempre que la sustracción ocasionare un grave quebranto a éste o una situación de desabastecimiento.
- 3.º Cuando revista especial gravedad, atendiendo al valor de los efectos sustraídos, o se produjeren perjuicios de especial consideración.
- 4.º Cuando ponga a la víctima o a su familia en grave situación económica o se haya realizado abusando de las circunstancias personales de la víctima.
- 5.º Cuando se utilice a menores de catorce años para la comisión del delito.»

## Quincuagésimo octavo.

Se modifica el artículo 239, quedando redactado como sigue:

«Se considerarán llaves falsas:

1. Las ganzúas u otros instrumentos análogos.
2. Las llaves legítimas perdidas por el propietario u obtenidas por un medio que constituya infracción penal.
3. Cualesquiera otras que no sean las destinadas por el propietario para abrir la cerradura violentada por el reo.

A los efectos del presente artículo, se consideran llaves las tarjetas, magnéticas o perforadas, los mandos o instrumentos de apertura a distancia y cualquier otro instrumento tecnológico de eficacia similar.»

## Quincuagésimo noveno.

Se modifica el artículo 242, quedando redactado como sigue:

- «1. El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años, sin perjuicio de la que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizase.
2. Cuando el robo se cometa en casa habitada o en cualquiera de sus dependencias, se impondrá la pena de prisión de tres años y seis meses a cinco años.
3. Las penas señaladas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando el delincuente hiciere uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, sea al cometer el delito o para proteger la huida, y cuando atacare a los que acudiesen en auxilio de la víctima o a los que le persiguieren.
4. En atención a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas y valorando además las restantes circunstancias del hecho, podrá imponerse la pena inferior en grado a la prevista en los apartados anteriores.»

Sexagésimo.

Se modifica el apartado 1 del artículo 245, quedando redactado como sigue:

«1. Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena, se le impondrá, además de las penas en que incurriere por las violencias ejercidas, la pena de prisión de uno a dos años, que se fijará teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado.»

Sexagésimo primero.

Se modifica el artículo 248, que queda redactado como sigue:

«1. Cometan estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno.

2. También se consideran reos de estafa:

a) Los que, con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro.

b) Los que fabricaren, introdujeran, poseyeran o facilitaren programas informáticos específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo.

c) Los que utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero.»

Sexagésimo segundo.

Se modifica el artículo 250, que queda redactado de la siguiente forma:

«1. El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de un año a seis años y multa de seis a doce meses, cuando:

1.º Recaiga sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social.

2.º Se perpetre abusando de firma de otro, o sustrayendo, ocultando o inutilizando, en todo o en parte, algún proceso, expediente, protocolo o documento público u oficial de cualquier clase.

3.º Recaiga sobre bienes que integren el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico.

4.º Revista especial gravedad, atendiendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia.

5.º Cuando el valor de la defraudación supere los 50.000 euros.

6.º Se cometa abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional.

7.º Se cometa estafa procesal. Incurren en la misma los que, en un procedimiento judicial de cualquier clase, manipulen las pruebas en que pretendieran fundar sus alegaciones o emplearen otro fraude procesal análogo, provocando error en el Juez o Tribunal y llevándole a dictar una resolución que perjudique los intereses económicos de la otra parte o de un tercero.

2. Si concurrieran las circunstancias 4.ª, 5.ª o 6.ª con la 1ª del número anterior, se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses.»



Sexagésimo tercero.

Se añade el artículo 251 bis, que tendrá la siguiente redacción:

«Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en esta Sección, se le impondrán las siguientes penas:

a) Multa del triple al quíntuple de la cantidad defraudada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.

b) Multa del doble al cuádruple de la cantidad defraudada, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.»

Sexagésimo cuarto.

El apartado 3 del artículo 257 pasa a ser apartado 5, y se añaden dos nuevos apartados 3 y 4 a dicho artículo, que quedan redactados como sigue:

«3. En el caso de que la deuda u obligación que se trate de eludir sea de Derecho público y la acreedora sea una persona jurídica pública, la pena a imponer será de uno a seis años y multa de doce a veinticuatro meses.

4. Las penas previstas en el presente artículo se impondrán en su mitad superior en los supuestos previstos en los ordinales 1.º, 4.º y 5.º del apartado primero del artículo 250.»

Sexagésimo quinto.

Se añade el artículo 261 bis, que tendrá la siguiente redacción:

«Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas:

a) Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.

b) Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el inciso anterior.

c) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.»

Sexagésimo sexto.

El actual contenido del artículo 263 pasa a ser el apartado 1 de dicho artículo y se añade un apartado 2, que queda redactado como sigue:

«2. Será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses el que causare daños expresados en el apartado anterior, si concurriere alguno de los supuestos siguientes:

1.º Que se realicen para impedir el libre ejercicio de la autoridad o como consecuencia de acciones ejecutadas en el ejercicio de sus funciones, bien se cometiere el delito contra funcionarios públicos, bien contra particulares que, como testigos o de cualquier otra manera, hayan contribuido o puedan contribuir a la ejecución o aplicación de las Leyes o disposiciones generales.

- 2.º Que se cause por cualquier medio, infección o contagio de ganado.
- 3.º Que se empleen sustancias venenosas o corrosivas.
- 4.º Que afecten a bienes de dominio o uso público o comunal.
- 5.º Que arruinen al perjudicado o se le coloque en grave situación económica.»

Sexagésimo séptimo.

Se modifica el artículo 264, que queda redactado como sigue:

«1. El que por cualquier medio, sin autorización y de manera grave borrase, dañase, deteriorase, alterase, suprimiese, o hiciese inaccesibles datos, programas informáticos o documentos electrónicos ajenos, cuando el resultado producido fuera grave, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

2. El que por cualquier medio, sin estar autorizado y de manera grave obstaculizara o interrumpiera el funcionamiento de un sistema informático ajeno, introduciendo, transmitiendo, dañando, borrando, deteriorando, alterando, suprimiendo o haciendo inaccesibles datos informáticos, cuando el resultado producido fuera grave, será castigado, con la pena de prisión de seis meses a tres años.

3. Se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente señaladas en los dos apartados anteriores y, en todo caso, la pena de multa del tanto al décuplo del perjuicio ocasionado, cuando en las conductas descritas concorra alguna de las siguientes circunstancias:

- 1.º Se hubiese cometido en el marco de una organización criminal.
- 2.º Haya ocasionado daños de especial gravedad o afectado a los intereses generales.

4. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrán las siguientes penas:

- a) Multa del doble al cuádruple del perjuicio causado, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años.
- b) Multa del doble al triple del perjuicio causado, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.»

Sexagésimo octavo.

Se modifica el párrafo tercero del artículo 267, que tendrá la siguiente redacción:

«En estos casos, el perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 5.º del apartado 1 del artículo 130 de este Código.»

Sexagésimo noveno.

Se añade un párrafo segundo al apartado 1 del artículo 270, que tendrá la siguiente redacción:

«No obstante, en los casos de distribución al por menor, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico, siempre que no concorra ninguna de las circunstancias del artículo siguiente, el Juez podrá imponer la pena de multa de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días. En los mismos supuestos, cuando el beneficio no exceda de 400 euros, se castigará el hecho como falta del artículo 623.5.»

Septuagésimo.

Se modifican los apartados 1 y 2 del artículo 274, que quedan redactados como sigue:

«1. Será castigado con las penas de seis meses a dos años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses el que, con fines industriales o comerciales, sin consentimiento del titular de un derecho de propiedad industrial registrado conforme a la legislación de marcas y con conocimiento del registro, reproduzca, imite, modifique o de cualquier otro modo usurpe un signo distintivo idéntico o confundible con aquel, para distinguir los mismos o similares productos, servicios, actividades o establecimientos para los que el derecho de propiedad industrial se encuentre registrado. Igualmente, incurrirán en la misma pena los que importen estos productos.

2. Las mismas penas se impondrán al que, a sabiendas, posea para su comercialización o ponga en el comercio, productos o servicios con signos distintivos que, de acuerdo con el apartado 1 de este artículo, suponen una infracción de los derechos exclusivos del titular de los mismos, aun cuando se trate de productos importados.

No obstante, en los casos de distribución al por menor, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias del artículo 276, el Juez podrá imponer la pena de multa de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días. En los mismos supuestos, cuando el beneficio no exceda de 400 euros, se castigará el hecho como falta del artículo 623.5.»

Septuagésimo primero.

Se añade el artículo 282 bis, que tendrá la siguiente redacción:

«Los que, como administradores de hecho o de derecho de una sociedad emisora de valores negociados en los mercados de valores, falsearan la información económico-financiera contenida en los folletos de emisión de cualesquiera instrumentos financieros o las informaciones que la sociedad debe publicar y difundir conforme a la legislación del mercado de valores sobre sus recursos, actividades y negocios presentes y futuros, con el propósito de captar inversores o depositantes, colocar cualquier tipo de activo financiero, u obtener financiación por cualquier medio, serán castigados con la pena de prisión de uno a cuatro años, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 308 de este Código.

En el supuesto de que se llegue a obtener la inversión, el depósito, la colocación del activo o la financiación, con perjuicio para el inversor, depositante, adquirente de los activos financieros o acreedor, se impondrá la pena en la mitad superior. Si el perjuicio causado fuera de notoria gravedad, la pena a imponer será de uno a seis años de prisión y multa de seis a doce meses.»

Septuagésimo segundo.

Se modifica el artículo 284, que queda redactado como sigue:

«Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses a los que:

1.º Empleando violencia, amenaza o engaño, intentaren alterar los precios que hubieren de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores o instrumentos financieros, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación, sin perjuicio de la pena que pudiere corresponderles por otros delitos cometidos.

2.º Difundieren noticias o rumores, por sí o a través de un medio de comunicación, sobre personas o empresas en que a sabiendas se ofrecieren datos económicos total o parcialmente falsos con el fin de alterar o preservar el precio de cotización de un valor o instrumento financiero, obteniendo para sí o para tercero un beneficio económico superior a los 300.000 euros o causando un perjuicio de idéntica cantidad.

3.º Utilizando información privilegiada, realizaren transacciones o dieren órdenes de operación susceptibles de proporcionar indicios engañosos sobre la oferta, la demanda o el precio de valores o instrumentos financieros, o se aseguraren utilizando la misma información, por sí o en concierto con otros, una posición dominante en el mercado de dichos valores o instrumentos con la finalidad de fijar sus precios en niveles anormales o artificiales.

En todo caso se impondrá la pena de inhabilitación de uno a dos años para intervenir en el mercado financiero como actor, agente o mediador o informador.»

Septuagésimo tercero.

La Sección 4.ª del Capítulo XI del Título XIII del Libro II pasa a ser la Sección 5.ª del mismo Capítulo, Título y Libro, y se introduce una Sección 4.ª con la siguiente rúbrica:

«Sección 4.ª De la corrupción entre particulares»

Septuagésimo cuarto.

Se integra como artículo único de la Sección 4.ª del Capítulo XI del Título XIII del Libro II el artículo 286 bis, que queda redactado como sigue:

«1. Quien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja.

2. Con las mismas penas será castigado el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales.

3. Los jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio.

4. Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesionales.»

Septuagésimo quinto.

Se modifica el artículo 287, que queda redactado como sigue:

«1. Para proceder por los delitos previstos en la Sección 3.<sup>a</sup> de este Capítulo, excepto los previstos en los artículos 284 y 285, será necesaria denuncia de la persona agraviada o de sus representantes legales. Cuando aquella sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas.»

Septuagésimo sexto.

Se modifica el artículo 288, que queda redactado como sigue:

«En los supuestos previstos en los artículos anteriores se dispondrá la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales y, si lo solicitara el perjudicado, el Juez o Tribunal podrá ordenar su reproducción total o parcial en cualquier otro medio informativo, a costa del condenado.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas:

1. En el caso de los delitos previstos en los artículos 270, 271, 273, 274, 275, 276, 283, 285 y 286:

*a)* Multa del doble al cuádruple del beneficio obtenido o favorecido, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años.

*b)* Multa del doble al triple del beneficio obtenido o favorecido, en el resto de los casos.

En el caso de los delitos previstos en los artículos 277, 278, 279, 280, 281, 282, 282 bis y 286 bis:

*a)* Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad.

*b)* Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.

2. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras *b)* a *g)* del apartado 7 del artículo 33.»

Septuagésimo séptimo.

Se modifica la rúbrica del Capítulo XIV, del Título XIII, del Libro II, que queda redactada de la siguiente forma:

#### «CAPÍTULO XIV

##### DE LA RECEPCIÓN Y EL BLANQUEO DE CAPITALES»

Septuagésimo octavo.

Se modifica el apartado 1 del artículo 301, que queda redactado como sigue:

«1. El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a elu-

dir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años.

La pena se impondrá en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los artículos 368 a 372 de este Código. En estos supuestos se aplicarán las disposiciones contenidas en el artículo 374 de este Código.

También se impondrá la pena en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos comprendidos en los Capítulos V, VI, VII, VIII, IX y X del Título XIX o en alguno de los delitos del Capítulo I del Título XVI.»

Septuagésimo noveno.

Se modifica el apartado 2 del artículo 302, que queda redactado como sigue:

«2. En tales casos, cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis sea responsable una persona jurídica, se le impondrán las siguientes penas:

a) Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.

b) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.»

Octogésimo.

Se modifica el párrafo primero del apartado 1 y se añade un apartado 5 al artículo 305, que quedan redactados como sigue:

«1. El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta de retribuciones en especie obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de ciento veinte mil euros, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía.

[...]

5. En los procedimientos por el delito contemplado en este artículo, para la ejecución de la pena de multa y la responsabilidad civil, que comprenderá el importe de la deuda tributaria que la Administración Tributaria no haya podido liquidar por prescripción u otra causa legal en los términos previstos en la Ley General Tributaria, incluidos sus intereses de demora, los jueces y tribunales recabarán el auxilio de los servicios de la Administración Tributaria que las exigirá por el procedimiento administrativo de apremio en los términos establecidos en la citada ley.»

Octogésimo primero.

Se modifica el artículo 306, que queda redactado como sigue:

«El que por acción u omisión defraude a los presupuestos generales de la Unión Europea u otros administrados por ésta, en cuantía superior a cincuenta mil euros,

eludiendo el pago de cantidades que se deban ingresar, o dando a los fondos obtenidos una aplicación distinta de aquella a que estuvieren destinados, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía.»

Octogésimo segundo.

Se modifica el párrafo primero del apartado 1 del artículo 307, que queda redactado como sigue:

«1. El que, por acción u omisión, defraude a la Seguridad Social eludiendo el pago de las cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta, obteniendo indebidamente devoluciones de las mismas o disfrutando de deducciones por cualquier concepto asimismo de forma indebida, siempre que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de ciento veinte mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía.

[...]

Octogésimo tercero.

Se modifican los apartados 1 y 2 del artículo 308, que quedan redactados como sigue:

«1. El que obtenga subvenciones, desgravaciones o ayudas de las Administraciones públicas de más de ciento veinte mil euros falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubiesen impedido, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de su importe.

Para la determinación de la cantidad defraudada se estará al año natural y deberá tratarse de subvenciones obtenidas para el fomento de la misma actividad privada subvencionable, aunque procedan de distintas Administraciones o entidades públicas.

2. Las mismas penas se impondrán al que, en el desarrollo de una actividad subvencionada con fondos de las Administraciones públicas cuyo importe supere los ciento veinte mil euros, incumpla las condiciones establecidas alterando sustancialmente los fines para los que la subvención fue concedida.»

Octogésimo cuarto.

Se modifica el artículo 309, que queda redactado como sigue:

«El que obtenga indebidamente fondos de los presupuestos generales de la Unión Europea u otros administrados por ésta, en cuantía superior a cincuenta mil euros, falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubieran impedido, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía.»

Octogésimo quinto.

Se añade el artículo 310 bis, que tendrá la siguiente redacción:

«Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrán las siguientes penas:

- a) Multa del doble al cuádruple de la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años.
- b) Multa de seis meses a un año, en los supuestos recogidos en el artículo 310.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras *b)* a *g)* del apartado 7 del artículo 33.»

Octogésimo sexto.

Se modifica el artículo 313, que queda redactado como sigue:

«El que determinare o favoreciere la emigración de alguna persona a otro país simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante, será castigado con la pena prevista en el artículo anterior.»

Octogésimo séptimo.

Se suprime el apartado 2, se reenumeran los apartados 3, 4, 5 y 6, que pasan a ser 2, 3, 4 y 5, y se modifican los resultantes apartados 2 y 4 del artículo 318 bis, que quedan redactados como sigue:

«2. Los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, serán castigados con las penas en su mitad superior. Si la víctima fuera menor de edad o incapaz, serán castigados con las penas superiores en grado a las previstas en el apartado anterior.

4. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados 1 a 3 de este artículo, en sus respectivos casos, e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades.

Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quíntuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras *b)* a *g)* del apartado 7 del artículo 33.»

Octogésimo octavo.

Se modifica la rúbrica del Título XVI del Libro II, que tendrá la siguiente redacción:

## «TÍTULO XVI

### **De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente»**

Octogésimo noveno.

Se modifica la rúbrica del Capítulo I del Título XVI del Libro II, que tendrá la siguiente redacción:



## «CAPÍTULO I

## DE LOS DELITOS SOBRE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y EL URBANISMO»

Nonagésimo.

Se modifica el artículo 319, que tendrá la siguiente redacción:

«1. Se impondrán las penas de prisión de un año y seis meses a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección.

2. Se impondrá la pena de prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en el suelo no urbanizable.

3. En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe. En todo caso se dispondrá el comiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.

4. En los supuestos previstos en este artículo, cuando fuere responsable una persona jurídica de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código se le impondrá la pena de multa de uno a tres años, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del doble al cuádruple del montante de dicho beneficio.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras *b)* a *g)* del apartado 7 del artículo 33.»

Nonagésimo primero.

Se modifica el artículo 320, que tendrá la siguiente redacción:

«1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes, o que con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de un año y seis meses a cuatro años y la de multa de doce a veinticuatro meses.

2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de la aprobación de los instrumentos de planeamiento, los proyectos de urbani-

zación, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de las licencias a que se refiere el apartado anterior, a sabiendas de su injusticia.»

Nonagésimo segundo.

Se modifica el artículo 325, que queda redactado como sigue:

«Será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior.»

Nonagésimo tercero.

Se modifica el artículo 327, que queda redactado como sigue:

«Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en los dos artículos anteriores, se le impondrán las siguientes penas:

- a) Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión superior a cinco años.
- b) Multa de uno a tres años, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.»

Nonagésimo cuarto.

Se modifica el artículo 328, que queda redactado como sigue:

«1. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de diez a catorce meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a dos años quienes establezcan depósitos o vertederos de desechos o residuos sólidos o líquidos que sean tóxicos o peligrosos y puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas.

2. Con las mismas penas previstas en el apartado anterior serán castigados quienes, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general, lleven a cabo la explotación de instalaciones en las que se realice una actividad peligrosa o en las que se almacenen o utilicen sustancias o preparados peligrosos y que causen o puedan causar la muerte o lesiones graves a personas, o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas, o a animales o plantas.

3. Serán castigados con la pena de prisión de uno a dos años los que en la recogida, el transporte, la valorización, la eliminación o el aprovechamiento de residuos, incluida la omisión de los deberes de vigilancia sobre tales procedimientos, pongan en grave peligro la vida, integridad o la salud de las personas, o la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas.

4. El que contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general traslade una cantidad importante de residuos, tanto en el caso de uno como en el de varios

traslados que aparezcan vinculados, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años.

5. Cuando con ocasión de las conductas previstas en los apartados anteriores se produjera, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad, los jueces o tribunales apreciarán tan solo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior.

6. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este artículo, se le impondrán las siguientes penas:

a) Multa de uno a tres años, o del doble al cuádruple del perjuicio causado cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad.

b) Multa de seis meses a dos años, o del doble al triple del perjuicio causado si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

7. Cuando en la comisión de cualquiera de los hechos previstos en los apartados anteriores de este artículo concorra alguna de las circunstancias recogidas en los apartados a), b), c) o d) del artículo 326 se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente previstas, sin perjuicio de las que puedan corresponder con arreglo a otros preceptos de este Código.»

Nonagésimo quinto.

Se modifica el apartado 1 del artículo 329, que queda redactado como sigue:

«1. 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 hubiere silenciado la infracción de leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen, o que hubiere omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio, será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a tres años y la de multa de ocho a veinticuatro meses.»

Nonagésimo sexto.

Se modifica el artículo 333, que queda redactado como sigue:

«El que introdujera o liberara especies de flora o fauna no autóctona, de modo que perjudique el equilibrio biológico, contraviniendo las leyes o disposiciones de carácter general protectoras de las especies de flora o fauna, será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses y, en todo caso, inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años.»

Nonagésimo séptimo.

Se modifica el apartado 1 del artículo 334, que queda redactado como sigue:

«1. El que cace o pesque especies amenazadas, realice actividades que impidan o dificulten su reproducción o migración, o destruya o altere gravemente su hábitat, contraviniendo las leyes o disposiciones de carácter general protectoras de las especies de fauna silvestre, o comercie o trafique con ellas o con sus restos, será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro

meses y, en cualquier caso, la de inhabilitación especial para profesión u oficio e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de dos a cuatro años.»

Nonagésimo octavo.

Se modifica el artículo 336, que queda redactado como sigue:

«El que, sin estar legalmente autorizado, emplee para la caza o pesca veneno, medios explosivos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva o no selectiva para la fauna, será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses y, en cualquier caso, la de inhabilitación especial para profesión u oficio e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho a cazar o pescar por tiempo de uno a tres años. Si el daño causado fuera de notoria importancia, se impondrá la pena de prisión antes mencionada en su mitad superior.»

Nonagésimo noveno.

Se modifica el artículo 337, que queda redactado como sigue:

«El que por cualquier medio o procedimiento maltrate injustificadamente a un animal doméstico o amansado, causándole la muerte o lesiones que menoscaben gravemente su salud, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión e inhabilitación especial de uno a tres años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales.»

Centésimo.

Se modifica el artículo 339, que queda redactado como sigue:

«Los jueces o tribunales ordenarán la adopción, a cargo del autor del hecho, de las medidas necesarias encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como de cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este Título.»

Centésimo primero.

Se modifica el artículo 343, que queda redactado como sigue:

«1. El que mediante el vertido, la emisión o la introducción en el aire, el suelo o las aguas de una cantidad de materiales o de radiaciones ionizantes, o la exposición por cualquier otro medio a dichas radiaciones ponga en peligro la vida, integridad, salud o bienes de una o varias personas, será sancionado con la pena de prisión de seis a doce años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de seis a diez años. La misma pena se impondrá cuando mediante esta conducta se ponga en peligro la calidad del aire, del suelo o de las aguas o a animales o plantas.

2. Cuando con ocasión de la conducta descrita en el apartado anterior se produjere, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad, los jueces o tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior.

3. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras *b)* a *g)* del apartado 7 del artículo 33.»

Centésimo segundo.

Se modifica el artículo 345, que queda redactado como sigue:

«1. El que se apodere de materiales nucleares o elementos radiactivos, aun sin ánimo de lucro, será sancionado con la pena de prisión de uno a cinco años. La misma pena se impondrá al que sin la debida autorización posea, trafique, facilite, trate, transforme, utilice, almacene, transporte o elimine materiales nucleares u otras sustancias radiactivas peligrosas que causen o puedan causar la muerte o lesiones graves a personas, o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas o a animales o plantas.

2. Si el hecho se ejecutara empleando fuerza en las cosas, se impondrá la pena en su mitad superior.

3. Si el hecho se cometiera con violencia o intimidación en las personas, el culpable será castigado con la pena superior en grado.

4. El que sin la debida autorización produjere tales materiales o sustancias será castigado con la pena superior en grado.»

Centésimo tercero.

Se modifican los apartados 1 y 3 del artículo 348, que quedan redactados como sigue:

«1. Los que en la fabricación, manipulación, transporte, tenencia o comercialización de explosivos, sustancias inflamables o corrosivas, tóxicas y asfixiantes, o cualesquiera otras materias, aparatos o artificios que puedan causar estragos, contravinieran las normas de seguridad establecidas, poniendo en concreto peligro la vida, la integridad física o la salud de las personas, o el medio ambiente, serán castigados con la pena 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 por tiempo de seis a doce años. Las mismas penas se impondrán a quien, de forma ilegal, produzca, importe, exporte, comercialice o utilice sustancias destructoras del ozono.

3. En los supuestos recogidos en los apartados anteriores, cuando de los hechos fuera responsable una persona jurídica de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, se le impondrá la pena de multa de uno a tres años, salvo que, acreditado el perjuicio producido, su importe fuera mayor, en cuyo caso la multa será del doble al cuádruple del montante de dicho perjuicio.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras *b)* a *g)* del apartado 7 del artículo 33.

Las penas establecidas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando se trate de los directores, administradores o encargados de la sociedad, empresa, organización o explotación.»

Centésimo cuarto.

Se modifica el artículo 368, que queda redactado como sigue:

«Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al tripló del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las

circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370.»

Centésimo quinto.

Se suprimen las circunstancias 2.<sup>a</sup> y 10.<sup>a</sup> del apartado 1, pasando las restantes 3.<sup>a</sup>, 4.<sup>a</sup>, 5.<sup>a</sup>, 6.<sup>a</sup>, 7.<sup>a</sup>, 8.<sup>a</sup> y 9.<sup>a</sup> a ser las 2.<sup>a</sup>, 3.<sup>a</sup>, 4.<sup>a</sup>, 5.<sup>a</sup>, 6.<sup>a</sup>, 7.<sup>a</sup> y 8.<sup>a</sup>, y se suprime el apartado 2 del artículo 369.

Centésimo sexto.

Se añade el artículo 369 bis con el siguiente contenido:

«Cuando los hechos descritos en el artículo 368 se hayan realizado por quienes pertenecieren a una organización delictiva, se impondrán las penas de prisión de nueve a doce años y multa del tanto al cuádruple del valor de la droga si se tratara de sustancias y productos que causen grave daño a la salud y de prisión de cuatro años y seis meses a diez años y la misma multa en los demás casos.

A los jefes, encargados o administradores de la organización se les impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el párrafo primero.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en los dos artículos anteriores, se le impondrán las siguientes penas:

a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del valor de la droga cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.

b) Multa de uno a tres años, o del doble al cuádruple del valor de la droga cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el anterior inciso.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.»

Centésimo séptimo.

Se modifica el ordinal 2.º y el párrafo segundo del ordinal 3.º del artículo 370, que quedan redactados como sigue:

«2.º Se trate de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones a que se refiere la circunstancia 2.<sup>a</sup> del apartado 1 del artículo 369.

3.º [...]»

Se consideran de extrema gravedad los casos en que la cantidad de las sustancias a que se refiere el artículo 368 excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia, o se hayan utilizado buques, embarcaciones o aeronaves como medio de transporte específico, o se hayan llevado a cabo las conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas, o se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades, o cuando concurrieren tres o más de las circunstancias previstas en el artículo 369.1.

[...]»

Centésimo octavo.

Se modifica el artículo 379, que tendrá la siguiente redacción:

«1. El que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en

vía interurbana a la permitida reglamentariamente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o con la de multa de seis a doce meses o con la de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días, y, en cualquier caso, con la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.

2. Con las mismas penas será castigado el que condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas. En todo caso será condenado con dichas penas el que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro.»

Centésimo noveno.

Se suprime el apartado 3 del artículo 381.

Centésimo décimo.

Se modifica el artículo 384, que queda redactado como sigue:

«El que condujere un vehículo de motor o ciclomotor en los casos de pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida total de los puntos asignados legalmente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o con la de multa de doce a veinticuatro meses o con la de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días.

La misma pena se impondrá al que realizare la conducción tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial y al que condujere un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción.»

Centésimo undécimo.

Se añade un nuevo artículo 385 bis, que queda redactado como sigue:

«El vehículo a motor o ciclomotor utilizado en los hechos previstos en este Capítulo se considerará instrumento del delito a los efectos de los artículos 127 y 128.»

Centésimo duodécimo.

Se añade un nuevo artículo 385 ter, con la siguiente redacción:

«En los delitos previstos en los artículos 379, 383, 384 y 385, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, podrá rebajar en un grado la pena de prisión en atención a la menor entidad del riesgo causado y a las demás circunstancias del hecho.»

Centésimo decimotercero.

Se modifica el artículo 387, que queda redactado como sigue:

«A los efectos del artículo anterior, se entiende por moneda la metálica y el papel moneda de curso legal. Se equiparán a la moneda nacional las de otros países de la Unión Europea y las extranjeras.»

Centésimo decimocuarto.

Se modifica el artículo 392, que queda redactado como sigue:

«1. El particular que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390, será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.

2. Las mismas penas se impondrán al que, sin haber intervenido en la falsificación, traficare de cualquier modo con un documento de identidad falso. Se impondrá la pena de prisión de seis meses a un año y multa de tres a seis meses al que hiciere uso, a sabiendas, de un documento de identidad falso.

Esta disposición es aplicable aun cuando el documento de identidad falso aparezca como perteneciente a otro Estado de la Unión Europea o a un tercer Estado o haya sido falsificado o adquirido en otro Estado de la Unión Europea o en un tercer Estado si es utilizado o se trafica con él en España.»

Centésimo decimoquinto.

Se modifica el artículo 399, que queda redactado como sigue:

«1. El particular que falsificare una certificación de las designadas en los artículos anteriores será castigado con la pena de multa de tres a seis meses.

2. La misma pena se impondrá al que hiciere uso, a sabiendas, de la certificación, así como al que, sin haber intervenido en su falsificación, traficare con ella de cualquier modo.

3. Esta disposición es aplicable aun cuando el certificado aparezca como perteneciente a otro Estado de la Unión Europea o a un tercer Estado o haya sido falsificado o adquirido en otro Estado de la Unión Europea o en un tercer Estado si es utilizado en España.»

Centésimo decimosexto.

Se añade la Sección 4.<sup>a</sup> del Capítulo II del Título XVIII del Libro II, que comprenderá el artículo 399 bis y tendrá la siguiente rúbrica:

«De la falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje»

Centésimo decimoséptimo.

Se añade el artículo 399 bis, que queda redactado como sigue:

«1. El que altere, copie, reproduzca o de cualquier otro modo falsifique tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años. Se impondrá la pena en su mitad superior cuando los efectos falsificados afecten a una generalidad de personas o cuando los hechos se cometan en el marco de una organización criminal dedicada a estas actividades.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los anteriores delitos, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras *b)* a *g)* del apartado 7 del artículo 33.

2. La tenencia de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje falsificados destinados a la distribución o tráfico será castigada con la pena señalada a la falsificación.

3. El que sin haber intervenido en la falsificación usare, en perjuicio de otro y a sabiendas de la falsedad, tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje falsificados será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años.»

Centésimo decimoctavo.

Se añade el artículo 400 bis, que tendrá la siguiente redacción:

«En los supuestos descritos en los artículos 392, 393, 394, 396 y 399 de este Código también se entenderá por uso de documento, despacho, certificación o documento de identidad falsos el uso de los correspondientes documentos, despachos, cer-



tificaciones o documentos de identidad auténticos realizado por quien no esté legitimado para ello.»

La adición de este artículo implica que la rúbrica del correspondiente Capítulo III, en que se integra, pase a ser «Disposiciones generales».

Centésimo decimonoveno.

Se modifica el artículo 419, que tendrá la siguiente redacción:

«La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito.»

Centésimo vigésimo.

Se modifica el artículo 420, que tendrá la siguiente redacción:

«La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo, incurrirá en la pena de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a siete años.»

Centésimo vigésimo primero.

Se modifica el artículo 421, que tendrá la siguiente redacción:

«Las penas señaladas en los artículos precedentes se impondrán también cuando la dádiva, favor o retribución se recibiere o solicitare por la autoridad o funcionario público, en sus respectivos casos, como recompensa por la conducta descrita en dichos artículos.»

Centésimo vigésimo segundo.

Se modifica el artículo 422, que tendrá la siguiente redacción:

«La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, admitiera, por sí o por persona interpuesta, dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su cargo o función, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a un año y suspensión de empleo y cargo público de uno a tres años.»

Centésimo vigésimo tercero.

Se modifica el artículo 423, que tendrá la siguiente redacción:

«Lo dispuesto en los artículos precedentes será igualmente aplicable a los jura-dos, árbitros, peritos, administradores o interventores designados judicialmente, o a cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública.»

Centésimo vigésimo cuarto.

Se modifica el artículo 424, que tendrá la siguiente redacción:

«1. El particular que ofreciere o entregare dádiva o retribución de cualquier otra clase a una autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la

función pública para que realice un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo o un acto propio de su cargo, para que no realice o retrase el que debiera practicar, o en consideración a su cargo o función, será castigado en sus respectivos casos, con las mismas penas de prisión y multa que la autoridad, funcionario o persona corrompida.

2. Cuando un particular entregare la dádiva o retribución atendiendo la solicitud de la autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública, se le impondrán las mismas penas de prisión y multa que a ellos les correspondan.

3. Si la actuación conseguida o pretendida de la autoridad o funcionario tuviere relación con un procedimiento de contratación, de subvenciones o de subastas convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá al particular y, en su caso, a la sociedad, asociación u organización a que representare la pena de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de tres a siete años.»

Centésimo vigésimo quinto.

Se modifica el artículo 425, que tendrá la siguiente redacción:

«Cuando el soborno mediare en causa criminal a favor del reo por parte de su cónyuge u otra persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o de algún ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza, por adopción o afines en los mismos grados, se impondrá al sobornador la pena de prisión de seis meses a un año.»

Centésimo vigésimo sexto.

Se modifica el artículo 426, que tendrá la siguiente redacción:

«Quedarán exentos de pena por el delito de cohecho el particular que, habiendo accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por autoridad o funcionario público, denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación antes de la apertura del procedimiento, siempre que no haya transcurrido más de dos meses desde la fecha de los hechos.»

Centésimo vigésimo séptimo.

Se modifica el artículo 427, que tendrá la siguiente redacción:

«1. Lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable cuando los hechos sean imputados o afecten a los funcionarios de la Unión Europea o a los funcionarios nacionales de otro Estado miembro de la Unión.

A estos efectos se entenderá que es funcionario de la Unión Europea:

1.º toda persona que tenga la condición de funcionario o de agente contratado en el sentido del Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o del Régimen aplicable a otros agentes de la Unión Europea;

2.º toda persona puesta a disposición de la Unión Europea por los Estados miembros o por cualquier organismo público o privado que ejerza en ellas funciones equivalentes a las que ejercen los funcionarios u otros agentes de la Unión Europea;

3.º los miembros de organismos creados de conformidad con los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, así como el personal de dichos organismos, en la medida en que el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o el Régimen aplicable a otros agentes de la Unión Europea no les sea aplicable.

Asimismo, se entenderá por funcionario nacional de otro Estado miembro de la Unión el que tenga esta condición a los fines de la aplicación del Derecho penal de dicho Estado miembro.

2. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas:

a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del beneficio obtenido cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.

b) Multa de uno a tres años, o del doble al cuádruple del beneficio obtenido cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad no incluida en el anterior inciso.

c) Multa de seis meses a dos años, o del doble al triple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.»

Centésimo vigésimo octavo.

Se modifica el artículo 428, que queda redactado como sigue:

«El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a dos años, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años. Si obtuviere el beneficio perseguido, estas penas se impondrán en su mitad superior.»

Centésimo vigésimo noveno.

Se modifica el artículo 429, que queda redactado como sigue:

«El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido. Si obtuviere el beneficio perseguido, estas penas se impondrán en su mitad superior.»

Centésimo trigésimo.

Se modifica el párrafo segundo y se añade un párrafo tercero al artículo 430, que quedan redactados como sigue:

«Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.»

Centésimo trigésimo primero.

Se modifica el artículo 436, que queda redactado como sigue:

«La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años. Al particular que se haya concertado con la autoridad o funcionario público se le impondrá la misma pena de prisión que a éstos, así como la de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de dos a cinco años.»

Centésimo trigésimo segundo.

Se modifica el artículo 439, que queda redactado como sigue:

«La autoridad o funcionario público que, debiendo intervenir por razón de su cargo en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años.»

Centésimo trigésimo tercero.

Se modifica el artículo 445, que tendrá la siguiente redacción:

«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 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 el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al duplo del montante de dicho beneficio.

Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pena de prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, y la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública por un periodo 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 de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código una persona jurídica sea responsable de este delito, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quintuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras *b)* a *g)* del apartado 7 del artículo 33.

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 una función pública para un país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública.
- c) Cualquier funcionario o agente de una organización internacional pública.»

Centésimo trigésimo cuarto.

Se modifica la letra *a)* del ordinal 3.º del artículo 451, que queda redactada como sigue:

«*a)* Que el hecho encubierto sea constitutivo de traición, homicidio del Rey, de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, de la Reina consorte o del consorte de la Reina, del Regente o de algún miembro de la Regencia, o del Príncipe heredero de la Corona, genocidio, delito de lesa humanidad, delito contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, rebelión, terrorismo, homicidio, piratería, trata de seres humanos o tráfico ilegal de órganos.»

Centésimo trigésimo quinto.

Se modifica el apartado 2 del artículo 468, que queda redactado como sigue:

«2. Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, así como a aquellos que quebrantaren la medida de libertad vigilada.»

Centésimo trigésimo sexto.

Se suprime el ordinal 2.º del artículo 515.

Centésimo trigésimo séptimo.

Se suprime el artículo 516.

Centésimo trigésimo octavo.

Se modifica la rúbrica del Capítulo V del Título XXII del Libro II, que queda redactada como sigue:

«De la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos»

Centésimo trigésimo noveno.

Se suprimen las rúbricas de las Secciones Primera y Segunda del Capítulo V del Título XXII del Libro II, manteniéndose en dicho Capítulo los artículos 563 a 570 y pasando los restantes a integrar el nuevo Capítulo VII.

Centésimo cuadragésimo.

Se modifican los ordinales 1.º y 3.º del apartado 1 y el apartado 2 del artículo 566, que quedan redactados como sigue:

«1. Los que fabriquen, comercialicen o establezcan depósitos de armas o municiones no autorizados por las leyes o la autoridad competente serán castigados:

1.º Si se trata de armas o municiones de guerra o de armas químicas o biológicas o de minas antipersonas o municiones en racimo, con la pena de prisión de cinco a diez años los promotores y organizadores, y con la de prisión de tres a cinco años los que hayan cooperado a su formación.

2.º [...]

3.º Con las mismas penas será castigado, en sus respectivos casos, el tráfico de armas o municiones de guerra o de defensa, o de armas químicas o biológicas o de minas antipersonas o municiones en racimo.

2. Las penas contempladas en el punto 1.º del apartado anterior se impondrán a los que desarrollen o empleen armas químicas o biológicas o minas antipersonas o municiones en racimo, o inicien preparativos militares para su empleo o no las destruyan con infracción de los tratados o convenios internacionales en los que España sea parte.»

Centésimo cuadragésimo primero.

Se modifican los apartados 1 y 2 del artículo 567, que quedan redactados como sigue:

«1. Se considera depósito de armas de guerra la fabricación, la comercialización o la tenencia de cualquiera de dichas armas, con independencia de su modelo o clase, aun cuando se hallen en piezas desmontadas. Se considera depósito de armas químicas o biológicas o de minas antipersonas o de municiones en racimo la fabricación, la comercialización o la tenencia de las mismas.

El depósito de armas, en su vertiente de comercialización, comprende tanto la adquisición como la enajenación.

2. Se consideran armas de guerra las determinadas como tales en las disposiciones reguladoras de la defensa nacional. Se consideran armas químicas o biológicas, minas antipersonas o municiones en racimo las determinadas como tales en los tratados o convenios internacionales en los que España sea parte.

Se entiende por desarrollo de armas químicas o biológicas, minas antipersonas o municiones en racimo cualquier actividad consistente en la investigación o estudio de carácter científico o técnico encaminada a la creación de una nueva arma química o biológica, mina antipersona o munición en racimo o la modificación de una preexistente.»

Centésimo cuadragésimo segundo.

Se añade un Capítulo VI al Título XXII del Libro II, que comprenderá los artículos 570 bis, 570 ter y 570 quáter y tendrá la siguiente rúbrica:

«De las organizaciones y grupos criminales»

Centésimo cuadragésimo tercero.

Se añade el artículo 570 bis, que queda redactado como sigue:

«1. Quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años si aquella tuviere por finalidad u objeto la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de tres a seis años en los demás casos; y quienes participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años si tuviere como fin la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de uno a tres años en los demás casos.

A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas.

2. Las penas previstas en el número anterior se impondrán en su mitad superior cuando la organización:

- a) Esté formada por un elevado número de personas.
- b) Disponga de armas o instrumentos peligrosos.
- c) Disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables.

Si concurrieran dos o más de dichas circunstancias se impondrán las penas superiores en grado.

3. Se impondrán en su mitad superior las penas respectivamente previstas en este artículo si los delitos fueren contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos.»

Centésimo cuadragésimo cuarto.

Se añade el artículo 570 ter, que queda redactado como sigue:

«1. Quienes constituyeren, financiaren o integren un grupo criminal serán castigados:

- a) Si la finalidad del grupo es cometer delitos de los mencionados en el apartado 3 del artículo anterior, con la pena de dos a cuatro años de prisión si se trata de uno o más delitos graves y con la de uno a tres años de prisión si se trata de delitos menos graves.
- b) Con la pena de seis meses a dos años de prisión si la finalidad del grupo es cometer cualquier otro delito grave.
- c) Con la pena de tres meses a un año de prisión cuando se trate de cometer uno o varios delitos menos graves no incluidos en el apartado a) o de la perpetración reiterada de faltas, debiéndose imponer en este último caso la pena en su mitad inferior, salvo que la finalidad del grupo fuera la perpetración reiterada de la falta prevista en el número 1 del artículo 623, en cuyo caso podrá imponerse la pena en toda su extensión.

A los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas.

2. Las penas previstas en el número anterior se impondrán en su mitad superior cuando el grupo:

- a) Esté formado por un elevado número de personas.
- b) Disponga de armas o instrumentos peligrosos.
- c) Disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables.

Si concurrieran dos o más de dichas circunstancias se impondrán las penas superiores en grado.»

Centésimo cuadragésimo quinto.

Se añade el artículo 570 quáter, que queda redactado como sigue:

«1. Los jueces o tribunales, en los supuestos previstos en este Capítulo, acordarán la disolución de la organización o grupo y, en su caso, cualquier otra de las consecuencias del artículo 31 bis de este Código.

2. Asimismo se impondrá a los responsables de las conductas descritas en los dos artículos anteriores, además de las penas en ellos previstas, la de inhabilitación especial para todas aquellas actividades económicas o negocios jurídicos relacionados con la actividad de la organización o grupo criminal o con su actuación en el seno de los mismos, por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, al número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente.

En todo caso, cuando las conductas previstas en dichos artículos estuvieren comprendidas en otro precepto de este Código, será de aplicación lo dispuesto en la regla 4.<sup>a</sup> del artículo 8.

3. Las disposiciones de este Capítulo serán aplicables a toda organización o grupo criminal que lleve a cabo cualquier acto penalmente relevante en España, aun que se hayan constituido, estén asentados o desarrollen su actividad en el extranjero.

4. Los jueces o tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer al responsable de cualquiera de los delitos previstos en este Capítulo la pena inferior en uno o dos grados, siempre que el sujeto haya abandonado de forma voluntaria sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o grupos a que haya pertenecido, bien para evitar la perpetración de un delito que se tratara de cometer en el seno o a través de dichas organizaciones o grupos.»

Centésimo cuadragésimo sexto.

Se crea un Capítulo VII en el Título XXII del Libro II, que comprenderá los artículos 571 a 580 y tendrá la siguiente rúbrica:

«De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo»

Centésimo cuadragésimo séptimo.

Se crea la Sección 1.<sup>a</sup> del Capítulo VII del Título XXII del Libro II, que comprenderá el artículo 571 y tendrá la siguiente rúbrica:

«De las organizaciones y grupos terroristas»

Centésimo cuadragésimo octavo.

Se modifica el artículo 571, que queda redactado como sigue:

«1. Quienes promovieren, constituyeren, organizaran o dirigieren una organización o grupo terrorista serán castigados con las penas de prisión de ocho a catorce años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de ocho a quince años.

2. Quienes participaren activamente en la organización o grupo, o formaren parte de los mismos, serán castigados con las penas de prisión de seis a doce años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a catorce.

3. A los efectos de este Código, se considerarán organizaciones o grupos terroristas aquellas agrupaciones que, reuniendo las características respectivamente establecidas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 bis) y en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 ter, tengan por finalidad o por objeto subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública mediante la perpetración de cualquiera de los delitos previstos en la Sección siguiente.»



Centésimo cuadragésimo noveno.

Se crea la Sección 2.<sup>a</sup> del Capítulo VII del Título XXII del Libro II, que comprenderá los artículos 572 a 580 y tendrá la siguiente rúbrica:

«De los delitos de terrorismo»

Centésimo quincuagésimo.

Se modifica el artículo 572, que queda redactado como sigue:

«1. Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con organizaciones o grupos terroristas cometan los delitos de estragos o de incendios tipificados en los artículos 346 y 351, respectivamente, serán castigados con la pena de prisión de quince a veinte años, sin perjuicio de la pena que les corresponda si se produjera lesión para la vida, integridad física o salud de las personas.

2. Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con las organizaciones o grupos terroristas atentaren contra las personas, incurrirán:

1.º En la pena de prisión de veinte a treinta años si causaran la muerte de una persona.

2.º En la pena de prisión de quince a veinte años si causaran lesiones de las previstas en los artículos 149 y 150 o secuestraran a una persona.

3.º En la pena de prisión de diez a quince años si causaran cualquier otra lesión o detuvieran ilegalmente, amenazaran o coaccionaran a una persona.

3. Si los hechos se realizaran contra las personas mencionadas en el apartado 2 del artículo 551 o contra miembros de las Fuerzas Armadas, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Policías de las Comunidades Autónomas o de los Entes locales, se impondrá la pena en su mitad superior.»

Centésimo quincuagésimo primero.

Se modifica el artículo 574, que queda redactado como sigue:

«Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con organizaciones o grupos terroristas, cometan cualquier otra infracción con alguna de las finalidades expresadas en el apartado 3 del artículo 571, serán castigados con la pena señalada al delito o falta ejecutados en su mitad superior.»

Centésimo quincuagésimo segundo.

Se modifica el artículo 576, que queda redactado como sigue:

«1. Será castigado con las penas de prisión de cinco a diez años y multa de dieciocho a veinticuatro meses el que lleve a cabo, recabe o facilite cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una organización o grupo terrorista.

2. Son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones; la construcción, el acondicionamiento, la cesión o la utilización de alojamientos o depósitos; la ocultación o traslado de personas vinculadas a organizaciones o grupos terroristas; la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas, y, en general, cualquier otra forma equivalente de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas organizaciones o grupos terroristas.

Cuando la información o vigilancia de personas mencionada en el párrafo anterior ponga en peligro la vida, la integridad física, la libertad o el patrimonio de las mismas, se impondrá la pena prevista en el apartado 1 en su mitad superior. Si llegara

a ejecutarse el riesgo prevenido, se castigará el hecho como coautoría o complicidad, según los casos.

3. Las mismas penas previstas en el número 1 de este artículo se impondrán a quienes lleven a cabo cualquier actividad de captación, adoctrinamiento, adiestramiento o formación, dirigida a la incorporación de otros a una organización o grupo terrorista o a la perpetración de cualquiera de los delitos previstos en este Capítulo.»

Centésimo quincuagésimo tercero.

Se añade el artículo 576 bis, que queda redactado como sigue:

«1. El que por cualquier medio, directa o indirectamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo o para hacerlos llegar a una organización o grupo terroristas, será castigado con penas de prisión de cinco a diez años y multa de dieciocho a veinticuatro meses.

Si los fondos llegaran a ser empleados para la ejecución de actos terroristas concretos, el hecho se castigará como coautoría o complicidad, según los casos, siempre que le correspondiera una pena mayor.

2. El que estando específicamente sujeto por la ley a colaborar con la autoridad en la prevención de las actividades de financiación del terrorismo dé lugar, por imprudencia grave en el cumplimiento de dichas obligaciones, a que no sea detectada o impedida cualquiera de las conductas descritas en el apartado primero de este artículo, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a la prevista en él.

3. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este artículo, se le impondrán las siguientes penas:

*a)* Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.

*b)* Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad no incluida en el anterior inciso.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis de este Código, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras *b)* a *g)* del apartado 7 del artículo 33.»

Centésimo quincuagésimo cuarto.

Se modifica el artículo 579, que queda redactado como sigue:

«1. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos 571 a 578 se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que corresponda, respectivamente, a los hechos previstos en los artículos anteriores.

Cuando no quede comprendida en el párrafo anterior o en otro precepto de este Código que establezca mayor pena, la distribución o difusión pública por cualquier medio de mensajes o consignas dirigidos a provocar, alentar o favorecer la perpetración de cualquiera de los delitos previstos en este capítulo, generando o incrementando el riesgo de su efectiva comisión, será castigada con la pena de seis meses a dos años de prisión.

2. Los responsables de los delitos previstos en este Capítulo, sin perjuicio de las penas que correspondan con arreglo a los artículos precedentes, serán también castigados con la pena de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso

en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurren en el delincuente.

3. A los condenados a pena grave privativa de libertad por uno o más delitos comprendidos en este Capítulo se les impondrá además la medida de libertad vigilada de cinco a diez años, y de uno a cinco años si la pena privativa de libertad fuera menos grave. No obstante lo anterior, cuando se trate de un solo delito que no sea grave cometido por un delincuente primario, el Tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor.

4. En los delitos previstos en esta sección, los jueces y tribunales, razonándolo en sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito de que se trate, cuando el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en que haya participado, y además colabore activamente con éstas para impedir la producción del delito o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de organizaciones o grupos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado.»

Centésimo quincuagésimo quinto.

Se modifica el inciso inicial del apartado 1 del artículo 607, que queda redactado como sigue:

«1. Los que, con propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados:

[...]

Centésimo quincuagésimo sexto.

Se modifica el punto 1.º del apartado 1 del artículo 607 bis, que queda redactado como sigue:

«1.º Por razón de pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, discapacidad u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.»

Centésimo quincuagésimo séptimo.

Se añaden los ordinales 8.º y 9.º al artículo 611, que tendrán la siguiente redacción:

«8.º Declare abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un Juez o Tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte adversa.

9.º Atente contra la libertad sexual de una persona protegida cometiendo actos de violación, esclavitud sexual, prostitución inducida o forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de agresión sexual.»

Centésimo quincuagésimo octavo.

Se modifican los ordinales 3.º y 4.º y se añaden los ordinales 8.º, 9.º y 10.º al artículo 612, con la siguiente redacción:

«3.º Injurie gravemente, prive o no procure el alimento indispensable o la asistencia médica necesaria a cualquier persona protegida o la haga objeto de tratos humillantes o degradantes, omite informarle, sin demora justificada y de modo comprensible, de su situación, imponga castigos colectivos por actos individuales o

viole las prescripciones sobre el alojamiento de mujeres y familias o sobre protección especial de mujeres y niños establecidas en los tratados internacionales en los que España fuera parte y, en particular, reclute o aliste a menores de dieciocho años o los utilice para participar directamente en las hostilidades.

4.º Use indebidamente los signos protectores o distintivos, emblemas o señales establecidos y reconocidos en los tratados internacionales en los que España fuere parte, especialmente los signos distintivos de la Cruz Roja, de la Media Luna Roja y del Cristal Rojo.

8.º Haga padecer intencionadamente hambre a la población civil como método de guerra, privándola de los bienes indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar arbitrariamente los suministros de socorro, realizados de conformidad con los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales.

9.º Viole suspensión de armas, armisticio, capitulación u otro convenio celebrado con la parte adversa.

10.º Dirija intencionadamente ataques contra cualquier miembro del personal de las Naciones Unidas, personal asociado o participante en una misión de paz o de asistencia humanitaria, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a personas o bienes civiles, con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados, o les amenace con tal ataque para obligar a una persona natural o jurídica a realizar o abstenerse de realizar algún acto.»

Centésimo quincuagésimo noveno.

Se modifica el artículo 613, que queda redactado como sigue:

«1. Será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años el que, con ocasión de un conflicto armado, realice u ordene realizar alguna de las siguientes acciones:

*a)* Ataque o haga objeto de represalias o actos de hostilidad contra bienes culturales o lugares de culto que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, siempre que tales bienes o lugares no estén situados en la inmediata proximidad de un objetivo militar o no sean utilizados en apoyo del esfuerzo militar del adversario y estén debidamente señalizados;

*b)* Use indebidamente los bienes culturales o lugares de culto referidos en la letra *a)* en apoyo de una acción militar;

*c)* Se apropie a gran escala, robe, saquee o realice actos de vandalismo contra los bienes culturales o lugares de culto referidos en la letra *a)*;

*d)* Ataque o haga objeto de represalias o de actos de hostilidad a bienes de carácter civil de la parte adversa, causando su destrucción, siempre que ello no ofrezca, en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida o que tales bienes no contribuyan eficazmente a la acción militar del adversario;

*e)* Ataque, destruya, sustraiga o inutilice los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, salvo que la parte adversa utilice tales bienes en apoyo directo de una acción militar o exclusivamente como medio de subsistencia para los miembros de sus fuerzas armadas;

*f)* Ataque o haga objeto de represalias a las obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas, cuando tales ataques puedan producir la liberación de aquellas fuerzas y causar, en consecuencia, pérdidas importantes en la población civil, salvo que tales obras o instalaciones se utilicen en apoyo regular, importante y directo de

operaciones militares y que tales ataques sean el único medio factible de poner fin a tal apoyo;

g) Destruya, dañe o se apodere, sin necesidad militar, de cosas que no le pertenezcan, obligue a otro a entregarlas o realice cualesquiera otros actos de pillaje;

h) Requite, indebida o innecesariamente, bienes muebles o inmuebles en territorio ocupado o destruya buque o aeronave no militares, y su carga, de una parte adversa o neutral o los capture, con infracción de las normas internacionales aplicables a los conflictos armados en la mar;

i) Ataque o realice actos de hostilidad contra las instalaciones, material, unidades, residencia privada o vehículos de cualquier miembro del personal referido en el ordinal 10.º del artículo 612 o amenace con tales ataques o actos de hostilidad para obligar a una persona natural o jurídica a realizar o abstenerse de realizar algún acto.

2. Cuando el ataque, la represalia, el acto de hostilidad o la utilización indebida tengan por objeto bienes culturales o lugares de culto bajo protección especial o a los que se haya conferido protección en virtud de acuerdos especiales, o bienes culturales inmuebles o lugares de culto bajo protección reforzada o sus alrededores inmediatos, se podrá imponer la pena superior en grado.

En los demás supuestos previstos en el apartado anterior de este artículo, se podrá imponer la pena superior en grado cuando se causen destrucciones extensas e importantes en los bienes, obras o instalaciones sobre los que recaigan o en los supuestos de extrema gravedad.»

Centésimo sexagésimo.

Se modifica el artículo 614, que queda redactado como sigue:

«El que, con ocasión de un conflicto armado, realice u ordene realizar cualesquiera otras infracciones o actos contrarios a las prescripciones de los tratados internacionales en los que España fuere parte y relativos a la conducción de las hostilidades, regulación de los medios y métodos de combate, protección de los heridos, enfermos y náufragos, trato debido a los prisioneros de guerra, protección de las personas civiles y protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.»

Centésimo sexagésimo primero.

Se modifica el artículo 615, que queda redactado como sigue:

«La provocación, la conspiración y la proposición para la ejecución de los delitos previstos en los capítulos anteriores de este Título se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que correspondería a los mismos.»

Centésimo sexagésimo segundo.

Se modifica el artículo 616, que queda redactado como sigue:

«En el caso de cometerse cualquiera de los delitos comprendidos en los Capítulos anteriores de este Título, excepto los previstos en el artículo 614 y en los apartados 2 y 6 del 615 bis, y en el Título anterior por una autoridad o funcionario público, se le impondrá, además de las penas señaladas en ellos, la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años; si fuese un particular, los jueces y tribunales podrán imponerle la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a diez años.»

Centésimo sexagésimo tercero.

Se añade un Capítulo V al Título XXIV del Libro II, que comprenderá los artículos 616 ter y 616 quáter y tendrá la siguiente rúbrica:

#### «CAPÍTULO V

#### DELITO DE PIRATERÍA»

Centésimo sexagésimo cuarto.

Se añade el artículo 616 ter, que queda redactado como sigue:

«El que con violencia, intimidación o engaño, se apodere, dañe o destruya una aeronave, buque u otro tipo de embarcación o plataforma en el mar, o bien atente contra las personas, cargamento o bienes que se hallaren a bordo de las mismas, será castigado como reo del delito de piratería con la pena de prisión de diez a quince años.

En todo caso, la pena prevista en este artículo se impondrá sin perjuicio de las que correspondan por los delitos cometidos.»

Centésimo sexagésimo quinto.

Se añade el artículo 616 quáter, que queda redactado como sigue:

«1. El que con ocasión de la prevención o persecución de los hechos previstos en el artículo anterior, se resistiere o desobedeciere a un buque de guerra o aeronave militar u otro buque o aeronave que lleve signos claros y sea identificable como buque o aeronave al servicio del Estado español y esté autorizado a tal fin, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años.

2. Si en la conducta anterior se empleare fuerza o violencia se impondrá la pena de diez a quince años de prisión.

3. En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos cometidos.»

Centésimo sexagésimo sexto.

Se modifica el apartado 1 y se añade un nuevo apartado 5 al artículo 623, con la siguiente redacción:

«1. Los que cometan hurto, si el valor de lo hurtado no excediera de 400 euros. En los casos de perpetración reiterada de esta falta, se impondrá en todo caso la pena de localización permanente. En este último supuesto, el Juez podrá disponer en sentencia que la localización permanente se cumpla en sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 37.1.

Para apreciar la reiteración, se atenderá al número de infracciones cometidas, hayan sido o no enjuiciadas, y a la proximidad temporal de las mismas.

5. Los que realicen los hechos descritos en el párrafo segundo de los artículos 270.1 y 274.2, cuando el beneficio no sea superior a 400 euros, salvo que concurra alguna de las circunstancias prevenidas en los artículos 271 y 276, respectivamente.»

Centésimo sexagésimo séptimo.

Se modifica el artículo 626, que queda redactado como sigue:

«Los que deslucieren bienes muebles o inmuebles de dominio público o privado, sin la debida autorización de la Administración o de sus propietarios, serán castigados con la pena de localización permanente de dos a seis días o tres a nueve días de trabajos en beneficio de la comunidad.»

Centésimo sexagésimo octavo.

Se modifica el artículo 631, que queda redactado como sigue:

«1. Los dueños o encargados de la custodia de animales feroces o dañinos que los dejaren sueltos o en condiciones de causar mal serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses.

2. Quienes abandonen a un animal doméstico en condiciones en que pueda peligrar su vida o su integridad serán castigados con la pena de multa de quince días a dos meses.»

Centésimo sexagésimo noveno.

Se modifica el párrafo segundo de la disposición adicional segunda del Código Penal, que queda redactado como sigue:

«Asimismo, en los supuestos en que el Juez o Tribunal acuerde la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, el acogimiento, la guarda, tutela o curatela, o la privación de la patria potestad lo comunicará de inmediato a la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada la protección de los menores y al Ministerio Fiscal para que actúen de conformidad con sus respectivas competencias.»

Disposición adicional primera.

Las referencias que se hacen a los delitos de terrorismo de la Sección Segunda del Capítulo V del Título XXII del Libro II en los artículos 76 y 93 del Código Penal, se entenderán hechas a delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de dicho Código.

Las referencias que se hacen a los delitos de terrorismo de la Sección Segunda del Capítulo V del Título XXII del Libro II, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, en los artículos 78, 90 y 91 del Código Penal, se entenderán hechas a delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de dicho Código, o cometidos en el seno de organizaciones o grupos criminales.

Se suprime la expresión «bandas armadas» de los artículos 90, 170, 505, 573, 575, 577 y 580 del Código Penal.

Disposición adicional segunda. *Sistema electrónico de registro de faltas.*

El Gobierno, en colaboración con las Comunidades Autónomas con competencia en la materia, establecerá en el plazo de un año un sistema electrónico de registro para las faltas.

Disposición transitoria primera. *Legislación aplicable.*

1. Los delitos y faltas cometidos hasta el día de la entrada en vigor de esta Ley se juzgarán conforme a la legislación penal vigente en el momento de su comisión. No obstante lo anterior, se aplicará esta Ley, una vez que entre en vigor, si las disposiciones de la misma son más favorables para el reo, aunque los hechos hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor.

2. Para la determinación de cuál sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas complejas del Código actual y de la reforma contenida en esta Ley.

3. En todo caso, será oído el reo.

Disposición transitoria segunda. *Revisión de sentencias.*

1. El Consejo General del Poder Judicial, en el ámbito de las competencias que le atribuye el artículo 98 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, podrá asignar a uno o varios de los Juzgados de lo Penal o secciones de las Audiencias Provinciales dedicados en régimen de exclusividad a la ejecución de sentencias penales la revisión de las sentencias firmes dictadas antes de la vigencia de esta Ley.

Dichos jueces o tribunales procederán a revisar las sentencias firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena, aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial. En las penas privativas de libertad no se considerará más favorable esta Ley cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código. Se exceptúa el supuesto en que esta Ley contenga para el mismo hecho la previsión alternativa de una pena no privativa de libertad; en tal caso, deberá revisarse la sentencia.

2. No se revisarán las sentencias en que el cumplimiento de la pena esté suspendido, sin perjuicio de hacerlo en caso de que se revoque la suspensión y antes de proceder al cumplimiento efectivo de la pena suspendida.

Igual regla se aplicará si el penado se encuentra en período de libertad condicional.

Tampoco se revisarán las sentencias en que, con arreglo a la redacción anterior de los artículos del Código y a la presente reforma, corresponda exclusivamente pena de multa.

3. No serán revisadas las sentencias en que la pena esté ejecutada o suspendida, aunque se encuentren pendientes de ejecutar otros pronunciamientos del fallo, así como las ya totalmente ejecutadas, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal que en el futuro pudiera tenerlas en cuenta a efectos de reincidencia deba examinar previamente si el hecho en ellas penado ha dejado de ser delito o pudiera corresponderle una pena menor de la impuesta en su día, conforme a esta Ley.

4. En los supuestos de indulto parcial, no se revisarán las sentencias cuando la pena resultante que se halle cumpliendo el condenado se encuentre comprendida en un marco imponible inferior respecto a esta Ley.

Disposición transitoria tercera. *Reglas de invocación de la normativa aplicable en materia de recursos.*

En las sentencias dictadas conforme a la legislación que se deroga y que no sean firmes por estar pendientes de recurso, se observarán, una vez transcurrido el período de vacatio, las siguientes reglas:

a) Si se trata de un recurso de apelación, las partes podrán invocar y el Juez o Tribunal aplicará de oficio los preceptos de la nueva ley, cuando resulten más favorables al reo.

b) Si se trata de un recurso de casación, aún no formalizado, el recurrente podrá señalar las infracciones legales basándose en los preceptos de la nueva ley.

c) Si, interpuesto recurso de casación, estuviera sustanciándose, se pasará de nuevo al recurrente, de oficio o a instancia de parte, por el término de ocho días,



para que adapte, si lo estima procedente, los motivos de casación alegados a los preceptos de la nueva ley, y del recurso así modificado se instruirán las partes interesadas, el fiscal y el magistrado ponente, continuando la tramitación conforme a derecho.

Disposición final primera. *Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.*

Se modifican el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 263 bis, el apartado 4 del artículo 282 bis y el apartado 1.7.<sup>a</sup> del artículo 796, y se añade un nuevo artículo 367 septies a la Ley de Enjuiciamiento Criminal en los términos siguientes:

Uno. Se modifica el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 263 bis, que queda redactado como sigue:

«También podrá ser autorizada la circulación o entrega vigilada de los equipos, materiales y sustancias a los que se refiere el artículo 371 del Código Penal, de los bienes y ganancias a que se hace referencia en el artículo 301 de dicho Código en todos los supuestos previstos en el mismo, así como de los bienes, materiales, objetos y especies animales y vegetales a los que se refieren los artículos 332, 334, 386, 399 bis, 566, 568 y 569, también del Código Penal.»

Dos. Se modifica el apartado 4 del artículo 282 bis, que queda redactado como sigue:

«4. A los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo, se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes:

- a) Delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos, previstos en el artículo 156 bis del Código Penal.
- b) Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal.
- c) Delito de trata de seres humanos previsto en el artículo 177 bis del Código Penal.
- d) Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal.
- e) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal.
- f) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270 a 277 del Código Penal.
- g) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal.
- h) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previstos en el artículo 318 bis del Código Penal.
- i) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del Código Penal.
- j) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal.
- k) Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal.

l) Delitos de falsificación de moneda, previsto en el artículo 386 del Código Penal, y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, previsto en el artículo 399 bis del Código Penal.

m) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del Código Penal.

n) Delitos de terrorismo previstos en los artículos 572 a 578 del Código Penal.

o) Delitos contra el patrimonio histórico previstos en el artículo 2.1.e de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.»

Tres. Se añade un nuevo artículo 367 septies con la siguiente redacción:

«El Juez o Tribunal, a instancia del Ministerio Fiscal, podrá encomendar la localización, conservación, administración y realización de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización criminal a una Oficina de Recuperación de Activos.

Dicha Oficina tendrá la consideración de Policía Judicial, y su organización y funcionamiento, así como sus facultades para desempeñar por sí o con la colaboración de otras entidades o personas las funciones de conservación, administración y realización mencionadas en el párrafo anterior, se regularán reglamentariamente.

Asimismo, la autoridad judicial podrá acordar que, con las debidas garantías para su conservación y mientras se sustancia el procedimiento, el objeto del decomiso, si fuese de lícito comercio, pueda ser utilizado provisionalmente por la Oficina de Recuperación de Activos o, a través de ella, por cualquier otra unidad de la Policía Judicial encargada de la represión de la criminalidad organizada.

El producto de la realización de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias a los que se refiere este apartado podrá asignarse total o parcialmente de manera definitiva, en los términos y por el procedimiento que reglamentariamente se establezcan, a la Oficina de Recuperación de Activos y a los órganos del Ministerio Fiscal encargados de la represión de las actividades de las organizaciones criminales.

El Plan Nacional sobre Drogas actuará como oficina de recuperación de activos en el ámbito de su competencia, de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley, en el Código Penal y en las demás disposiciones legales y reglamentarias que lo regulan.»

Cuatro. Se modifica el apartado 1.7.<sup>a</sup> del artículo 796, que queda redactado como sigue:

«7.<sup>a</sup> La práctica de las pruebas de alcoholemia se ajustará a lo establecido en la legislación de seguridad vial.

Las pruebas para detectar la presencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en los conductores de vehículos a motor y ciclomotores serán realizadas por agentes de la policía judicial de tráfico con formación específica y sujeción, asimismo, a lo previsto en las normas de seguridad vial. Cuando el test indiciario salival, al que obligatoriamente deberá someterse el conductor, arroje un resultado positivo o el conductor presente signos de haber consumido las sustancias referidas, estará obligado a facilitar saliva en cantidad suficiente, que será analizada en laboratorios homologados, garantizándose la cadena de custodia.

Todo conductor podrá solicitar prueba de contraste consistente en análisis de sangre, orina u otras análogas. Cuando se practicaren estas pruebas, se requerirá al personal sanitario que lo realice para que remita el resultado al Juzgado de guardia por el medio más rápido y, en todo caso, antes del día y hora de la citación a que se refieren las reglas anteriores.»

Disposición final segunda. *Modificación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.*

Se añaden un nuevo apartado cuatro al artículo cuarto y un nuevo apartado ocho al artículo séptimo, y se modifica el artículo noveno de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en los términos siguientes:

Uno. Se añade un nuevo apartado cuatro al artículo cuarto, que queda redactado como sigue:

«Cuatro. En los supuestos de intromisión ilegítima en los derechos de las víctimas de un delito a que se refiere el apartado ocho del artículo séptimo, estará legitimado para ejercer las acciones de protección el ofendido o perjudicado por el delito cometido, haya o no ejercido la acción penal o civil en el proceso penal precedente. También estará legitimado en todo caso el Ministerio Fiscal. En los supuestos de fallecimiento, se estará a lo dispuesto en los apartados anteriores.»

Dos. Se añade un nuevo apartado ocho al artículo séptimo, que queda redactado como sigue:

«Ocho. La utilización del delito por el condenado en sentencia penal firme para conseguir notoriedad pública u obtener provecho económico, o la divulgación de datos falsos sobre los hechos delictivos, cuando ello suponga el menoscabo de la dignidad de las víctimas.»

Tres. Se modifica el artículo noveno, que tendrá la redacción siguiente:

«Uno. La tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos a que se refiere la presente Ley podrá recabarse por las vías procesales ordinarias o por el procedimiento previsto en el artículo 53.2 de la Constitución. También podrá acudir, cuando proceda, al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Dos. La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y, en particular, las necesarias para:

a) El restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición del estado anterior. En caso de intromisión en el derecho al honor, el restablecimiento del derecho violado incluirá, sin perjuicio del derecho de réplica por el procedimiento legalmente previsto, la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del condenado con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida.

b) Prevenir intromisiones inminentes o ulteriores.

c) La indemnización de los daños y perjuicios causados.

d) La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos.

Estas medidas se entenderán sin perjuicio de la tutela cautelar necesaria para asegurar su efectividad.

Tres. La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido.

Cuatro. El importe de la indemnización por el daño moral, en el caso de los tres primeros apartados del artículo cuarto, corresponderá a las personas a que se refiere su apartado dos y, en su defecto, a sus causahabientes, en la proporción en que la sentencia estime que han sido afectados. En los casos del artículo sexto, la indemnización se entenderá comprendida en la herencia del perjudicado.

En el caso del apartado cuatro del artículo cuarto, la indemnización corresponderá a los ofendidos o perjudicados por el delito que hayan ejercitado la acción. De haberse ejercitado por el Ministerio Fiscal, éste podrá solicitar la indemnización para todos los perjudicados que hayan resultado debidamente identificados y no hayan renunciado expresamente a ella.

Cinco. Las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas.»

Disposición final tercera. *Modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.*

Se modifica la letra b) del apartado 1.º del artículo 65 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que tendrá la siguiente redacción:

«b) Falsificación de moneda y fabricación de tarjetas de crédito y débito falsas y cheques de viajero falsos, siempre que sean cometidos por organizaciones o grupos criminales.»

Disposición final cuarta. *Habilitación competencial.*

Los preceptos de la presente Ley se dictan en virtud del artículo 149.1.6.ª de la Constitución.

Disposición final quinta. *Preceptos de carácter ordinario.*

Esta Ley tiene carácter orgánico, excepto el apartado Tres de la disposición final primera, por el que se añade un artículo 367 septies a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que tendrá carácter de ley ordinaria.

Disposición final sexta. *Incorporación de Derecho de la Unión Europea.*

En esta Ley se incorporan al Derecho español las siguientes normas de la Unión Europea:

Decisión Marco 003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado.

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.

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.

Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito.

Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información.

Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI, sobre la 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.

Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el derecho penal.

Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado).

Disposición final séptima. *Entrada en vigor.*

La presente Ley Orgánica entrará en vigor a los seis meses de su completa publicación en el «Boletín Oficial del Estado».



# SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

## Comentarios a la Jurisprudencia penal

Sección dirigida por  
SANTIAGO MIR PUIG

### El Derecho penal ante la mentira de Auschwitz\*

Comentario a la STC 235/2077, de 7 de noviembre,  
Ponente: Excmo. Sr. don Eugeni Gay Montalvo

VÍCTOR GÓMEZ MARTÍN  
Profesor Titular de Derecho penal  
Universidad de Barcelona

#### I

1. Con fecha de 16 de noviembre de 1998, el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona dictó una Sentencia en la que condenaba a don

---

\* ABREVIATURAS: AAP: Auto de la Audiencia Provincial; AAPP: Audiencias Provinciales; ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; AP: Actualidad penal; CDP: Cuadernos de Derecho Público; CE: Constitución española; CFGE: Circular de la Fiscalía General del Estado; Coord./Coords.: coordinador/coordinadores; CP: Código penal; Dir.: director, directora; ed.: edición, editor; EPC: Estudios de Política Criminal; FJ: Fundamento Jurídico; FGE: Fiscalía General del Estado; LH: Libro Homenaje; LL: La Ley; LO: Ley Orgánica; PE: Parte Especial; PG: Parte General; PJ: Poder Judicial; PP: Páginas; RAD: Revista Aranzadi Doctrinal; RDPC: Revista de Derecho penal y Criminología; REDC: Revista Española de Derecho Constitucional; RVAP: Revista Vasca de Administración Pública; RGDCDEE Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado; reimpr.: reimpresión; RP: Revista Penal; SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial; SSAP: Sentencias de la Audiencia Provincial; SSTS: Sentencias del Tribunal Supremo; STC: Sentencia del Tribunal Constitucional; STS: Sentencia del Tribunal Supremo; trad.: traducción, traducido; TS: Tribunal Supremo; VV.AA.: Varios autores.

Pedro V. G. como autor de un delito continuado de genocidio del artículo 607.2 CP a la pena de dos años de prisión con sus correspondientes accesorias y costas. Asimismo le condena también como autor responsable de un delito continuado con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución consistente en provocación a la discriminación, al odio racial y a la violencia contra grupos o asociaciones por motivos racistas y antisemitas (art. 510.1 CP), a la pena de tres años de prisión y multa por tiempo de doce meses a razón de una cuota diaria de 2.000 ptas., asimismo con sus correspondientes accesorias y costas (1).

2. Según la declaración de hechos probados de la Sentencia, el acusado, actuando en su condición de titular y director de la librería Europa, sita en la calle Séneca núm. 12 de esta ciudad de Barcelona, ha venido procediendo de forma habitual y continuada, con posterioridad al mes de junio de 1996, y a sabiendas de la entrada en vigor en España de la actual legislación penal en esta materia, a la distribución, difusión y venta de todo tipo de materiales en soporte documental y videográfico, libros, publicaciones, cartas, carteles, etc., en los que de forma reiterada e inequívocamente vejatoria para el grupo social integrado por la comunidad judía, se negaba la persecución y genocidio sufridos por dicho pueblo durante el período histórico de la segunda guerra mundial, masacre colectiva programada y ejecutada por los responsables de la Alemania nazi que gobernaron en la época del III Reich. La inmensa mayoría de dichas publicaciones, contenían textos en los que se incita a la discriminación y al odio hacia la raza judía, considerándoles inferiores a los que se debe exterminar como «a las ratas».

Conocida dicha actividad por la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, se solicitó y obtuvo autorización judicial de entrada y registro en la sede la citada librería, practicada el día 11 de diciembre de 1996 con todas las garantías legales, por una comisión judicial dotada del pertinente Secretario encargado de la fe pública, con la asistencia de los Mossos d'Esquadra en funciones de policía judicial. Como consecuencia de dicha diligencia, fueron ocupados 20.972 libros, 324 vídeos, 35 cintas de audio, 124 fotolitos, 35 catálogos y numerosa correspondencia, relacionados con las publicaciones anteriores, así como multitud de revistas, postales, posters, en los que aparecen reproducidos los símbolos del nacionalsocialismo, en actitud inequívocamente exaltatoria y se hacen continuas alusiones ofensivas y de denigración a la raza judía.

---

(1) Un análisis de esta resolución se encuentra en RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «La declaración de inconstitucionalidad del delito de “negacionismo” (art. 607.2 del Código penal)», RP, 23 (2009), pp. 124 ss.



En la citada librería se vendían también publicaciones relativas a arte, Historia y Mitología religiosa, pero su número era manifiestamente testimonial en comparación con las obras dedicadas al revisionismo del holocausto judío. El público habitual del establecimiento eran jóvenes caracterizados por su afinidad con las ideologías defensoras de la violencia, como método de resolución de conflictos. Dichas publicaciones y material, estaban a la venta al público, y se exportaban por correo a multitud de clientes en Alemania, Austria, Bélgica, Brasil, Chile, Argentina y Sudáfrica, entre otros países. La librería Europa figuraba en toda la correspondencia remitida y recibida, como editora y distribuidora del material comercializado.

A título de simple ilustración de sus contenidos y en aras de la necesaria concreción fáctica, de entre los libros ocupados merecen destacarse las siguientes reseñas extractadas:

a) Del libro titulado «Murieron realmente 6 millones»: (*sic*)... esta alegación constituye la invención más colosal y la más lograda estafa que se haya visto jamás (p. 4). Mientras este mito se mantenga, los pueblos de todos los países serán sus esclavos (p. 4). Es inconcebible que Hitler, si hubiera abrigado la intención de exterminar a los judíos, permitiera que más de 800.000 de ellos abandonaran el territorio del Reich, y es menos concebible aún, que en aquel caso considerara planes para su emigración masiva a Palestina y Madagascar (p. 7). Si la historia de los 6 millones de muertos fuera verdadera, esto significaría que casi todos habrían sido exterminados (p. 43). Hay que preguntarse también si habría sido físicamente posible destruir a los millones de judíos pretendidamente asesinados. ¿Dispusieron los alemanes del tiempo necesario para ello?

b) Del libro titulado «Informe Leuchter, el fin de una mentira: cámaras de gas y holocausto judío» (*sic*)... Dedicamos a Adolf Hitler la edición en castellano y la publicación en Chile de este informe, que destruye para siempre la infame mentira del holocausto judío (p. 5). Nunca hubo cámaras de gas ni holocausto (p. 10). La misma naturaleza judía edifica su existencia sobre la mentira, el plagio, la falsificación, desde los más remotos tiempos. Lo predicen sus libros, como el Talmud. Por ello, Alfred Rosenberg declaró: «la verdad del judío es la mentira orgánica. Mentira el holocausto, mentira las cámaras de gas, mentira los jabones hechos con grasa de judío, mentira los crímenes de guerra nazis, mentira el diario de Anna Frank. Todo mentira: mentiras genéticamente montadas por una antirraza que no puede decir la verdad porque se destruiría, porque su alimento y su aire, su sangre es la mentira» (p. 10). Como los judíos controlan la banca internacional, el dinero y los medios informativos del mundo, impu-

nemente repiten su mentira universal sobre el genocidio, el holocausto, los campos nazis de exterminio y la maldad congénita del alemán (p. 11).

c) Del libro titulado «Absolución para Hitler» (*sic*)... Las cámaras de gas son fantasías de la posguerra y de la propaganda, comparables en toda su extensión con la inmundicia recogida durante la 1.<sup>a</sup> Guerra Mundial (p. 26). La Solución Final no era ningún plan de destrucción, sino de emigración (p. 38). Auschwitz era una fábrica de armamento y no un campo de exterminio (p. 39). No existieron las cámaras de gas; no hubo tales salas en las cuales se mandaba a los niños, mujeres y ancianos para gasearlos, supuestamente con Zyclon-B. Eso es, benévolutamente dicho, una leyenda y una murmuración (p. 46). No existieron cámaras de gas en Dachau, ni tampoco las hubo en otros campos de concentración de Alemania (p. 82). Lo que nuestros enemigos siempre olvidan decir, es que dondequiera que existieron hornos crematorios, siempre fueron usados para los muertos y no para los vivos. Asegurar que presos condenados a muerte fueron quemados vivos, es una de las mentiras más infames y nuestros enemigos lo saben. Nadie, fuera judío o no, fue quemado vivo por orden de una autoridad nacionalsocialista (p. 122). De los anteriores libros, fueron incautados 17, 16 y 275 ejemplares. Los libros titulados «Informe Leuchter, fin de una mentira sobre el holocausto judío», «El judío internacional», «El mito del siglo xx», «La política racial nacionalsocialista», «Nosotros los racistas», «El antisemitismo actual», de los que se ocuparon 16 ejemplares, 117 ejemplares, 21 ejemplares, 308 ejemplares, 22 ejemplares y 255 ejemplares respectivamente, que se hallaban a la venta al público en la citada librería Europa, contienen análogas afirmaciones y valoraciones. Asimismo, todos los vídeos incautados, contienen inequívocas referencias textuales a la raza judía como grupo étnico al que hay que eliminar, destacando entre ellas la cinta titulada «El judío errante», en la que se compara a dicha raza con las ratas, propagadoras de enfermedades por todo el mundo y a las que hay que exterminar sin contemplaciones. 5. En fecha no determinada del otoño-invierno del 1996, el acusado Serafin escribió y distribuyó a sus clientes, tanto por «mail» como mediante entrega gratuita a quienes visitaban la librería Europa, el núm. 10 de una serie denominada «Cartas», en la que bajo el título «El Mito de Ana Frank» afirma entre otras cosas: «El mito ¿o tendríamos que decir el timo de Anne Frank?, es probablemente ambas cosas a la vez, a raíz de las investigaciones que hemos podido reunir al respecto. Conocida en el mundo entero por su famoso Diario, es sin duda «la víctima del holocausto» más celebrada... Pero lo cierto es que el caso de Ana Frank no es diferente

al de otros muchos judíos sujetos a la política de medidas antisemitas en tiempo de guerra, llevadas a cabo por las potencias del Eje, no en menor medida justificadas por la declaración de guerra que la nación judía realizó contra Alemania ya en 1933, es decir, seis años antes del conflicto bélico. Como parte del programa de evacuación de los judíos de Europa occidental, la niña de 14 años y otros miembros de su familia, fueron trasladados por tren de Holanda al campo de trabajo de Auschwitz-Bierkenau. Varias semanas más tarde, ante el avance del ejército soviético, junto a otros muchos deportados judíos fue trasladada al campo de Bergen-Belsen, en Alemania del Norte. Fue allí donde, junto a otros compañeros del campo, Anne cayó enferma de tifus, enfermedad de la que murió a mediados de marzo de 1945. No fue ejecutada ni asesinada. Anne Frank, pereció –al igual que millones de no judíos en Europa durante los meses finales del conflicto–, como otra víctima indirecta de la guerra mas devastadora».

La razón social de la librería Europa, había constituido simultáneamente hasta la fecha de su disolución en marzo de 1994, la sede del Círculo Español de Amigos de Europa, por anagrama CEDADE, grupo político defensor de la ideología nacionalsocialista, del que el acusado fue su último presidente. El material y fondo bibliográfico de ambas entidades ha sido gestionado, utilizado y difundido indistintamente, bajo supervisión y dirección del acusado.

3. La representación procesal del condenado interpuso contra la Sentencia condenatoria el correspondiente recurso de apelación. Con carácter previo a la resolución del mismo, la Sección 3.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona dirigió al Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad (la núm. 5152/2000) a propósito del conocido caso de la Librería Europa, por considerarlo contrario al artículo 20.1 CE (2). La cuestión fue resuelta por la STC 235/2007, de 7 de noviembre. Según esta importante Sentencia, la tipificación como delito de la justificación del genocidio es plenamente compatible con el derecho fundamental a la libertad de expresión, previsto en el artículo 20.1 CE. Distinto es el caso de la negación del genocidio. En este caso, el Tribunal Constitucional considera que la incriminación de la negación del genocidio sólo es conforme a la Constitución Española cuando se realice de modo adecuado para incitar a la violencia contra aquellas personas que pertenezcan a los mismos grupos que en su día fueron víctimas del concreto delito de genocidio cuya inexis-

---

(2) En realidad, la Audiencia Provincial de Barcelona elevó en dos ocasiones la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, siendo ésta admitida a trámite en la segunda ocasión. En la primera la cuestión fue inadmitida mediante ATC 18-1-2000 por extemporánea.

tencia se pretende (3), o, cuando menos, para provocar un clima de hostilidad social contra dichos grupos. Es inconstitucional, en cambio, la tipificación como delito de la mera negación del genocidio (4).

4. Con fecha 5 de marzo de 2008, la Sección 3.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó Sentencia por el que estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la defensa del condenado contra la resolución de primera instancia. La resolución condenó a recurrente como autor de un delito de genocidio del artículo 607.2 CP, concurriendo la circunstancia atenuante analógica muy cualificada de dilaciones indebidas, a la pena de siete meses de prisión, con las accesorias legales inherentes, condenándole asimismo al pago de la mitad de las costas procesales de instancia. Y le absolvió del delito de provocación a la discriminación, al odio y a la violencia, previsto en el artículo 510 CP, declarando de oficio el resto de las costas procesales de instancia, así como las devengadas en la alzada.

5. Contra Pedro V. G. se inició un segundo procedimiento penal, que concluyó con la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 11 de Barcelona de 5 de marzo de 2010, por la que fue condenado por hechos parecidos a los ya expuestos como autor de un delito continuado de justificación del genocidio (art. 607.2 CP) a una pena de prisión de un año y seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de ocho meses con una cuota diaria de 12 euros, y como autor de un delito continuado de provocación al odio y la discriminación al odio y la discriminación del artículo 510.1 CP a un año y tres meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho del sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como el comiso de abundante material de la librería. La Sentencia fue recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona tanto por el Ministerio Fiscal como por parte del condenado. El recurso fue resuelto mediante Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 2.<sup>a</sup>, 259/2010 de 26 abril, por la que fue

---

(3) En la misma dirección se pronuncia la STEDH *Ergodu & Ince c. Turquía*, 8-7-99.

(4) Una exposición detallada de la fundamentación jurídica de esta resolución se halla en RAMOS VÁZQUEZ, J. A., RP, 23 (2009), pp. 127 ss. Con anterioridad a la entrada en vigor del artículo 607.2 CP el Tribunal Constitucional ya se había pronunciado a propósito de una Sentencia condenatoria por hechos análogos a los del caso de la Librería Europa en la STC 176/1995, 11-12, que declaró conforme a la Constitución la condena por un delito contra el honor de los autores de un comic en el que se hacía apología de los verdugos del pueblo judío glorificando su imagen y justificando sus hechos.

revocada parcialmente la Sentencia condenatoria de primera instancia. La nueva Sentencia absolvió a Pedro V. G. del delito de provocación al odio y a la discriminación por el que había sido condenado y confirmó el resto de los pronunciamientos de la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 11 de Barcelona de 5 de marzo de 2010, declarando de oficio la mitad de las costas procesales de la primera instancia y las del recurso.

## II

1. Como es sabido, la libertad de expresión se encuentra contemplada, en su condición de derecho subjetivo constitucionalmente reconocido como fundamental, en el artículo 20 CE. De conformidad con este precepto «se reconocen y protegen los derechos: a) a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica. c) A la libertad de cátedra. d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión». No obstante, del mismo modo que ocurre con cualquier otro derecho subjetivo, incluso fundamental, el derecho a la libertad de expresión no se encuentra exento de límites (5). Así lo dispone, de hecho, el propio artículo 20 CE dispone en su apartado 4 que «estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las Leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la juventud y de la infancia».

2. En un esfuerzo de concreción de lo dispuesto en este precepto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha venido declarando de forma reiterada que el derecho fundamental a la libertad de expresión no permite dar cobertura, en cualquier caso, a manifestaciones innecesarias que atenten de forma particularmente intensa contra el honor y la dignidad de las personas (p. ej., mediante insultos graves) o la libertad (p. ej., a través de amenazas), o que no se limiten a cuestionar teóricamente el sistema democrático, sino que lo pongan

---

(5) Sobre el carácter necesariamente limitado de todo derecho fundamental *vid.*, por todas, la trascendental STC 206/07, 24-9, relativa a intervenciones corporales. Hacen referencia a tal resolución como punto de referencia ineludible en los que a limitación de derechos fundamentales se refiere, entre otros autores, HERRERO-TEJEDOR, F., *La intimidad como derecho fundamental*, 1998, *passim*; el mismo, «Intervenciones corporales: jurisprudencia constitucional», *Estudios jurídicos*, 2004, pp. 1890 ss.; MATA LLÍN EVANGELIO, A., *Intervenciones corporales ilícitas: Tutela penal*, 2008, pp. 61 s.; PÉREZ MARÍN, M. A., *Inspecciones, registros y otros métodos de investigación en el proceso penal*, 2009, p. 121.

materialmente en peligro (p. ej., mediante actos de promoción del delito) (6).

3. Particularmente destacable resulta, en este contexto, la problemática que plantean aquellas manifestaciones que en el marco de una actividad política o científica (7), pueden llegar a constituir un atentado contra la dignidad de los miembros de determinados colectivos minoritarios, o, incluso, una incitación a la discriminación o a la acción violenta contra aquellos colectivos. Habitual es, a este respecto, la duda sobre si el pronunciamiento de expresiones provocadoras (*Fighting Words*), el discurso del odio (*Hate Speech*) (8), la publicación o difusión de material bibliográfico o publicitario de contenido xenófobo o las manifestaciones vertidas por un político en el fragor de un acto electoral pueden quedar o no cubiertos por el derecho fundamental a la

(6) En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional constituyen punto de referencia ineludible en relación con este extremo, entre otras resoluciones, las fundamentales SSTC 214/1991, 11-11 (caso Violeta Friedman) o la sentencia 176/1995 (caso Makoki). Se afirma en las mismas que «ni la libertad ideológica (art. 16 CE) ni la libertad de expresión (art. 20.1 CE) comprenden el derecho a efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, puesto que, tal como dispone el artículo 20.4, no existen derechos ilimitados y ello es contrario no sólo al derecho al honor de la persona o personas directamente afectadas, sino a otros bienes constitucionales como el de la dignidad humana (art. 10 CE), que han de respetar tanto los poderes públicos como los propios ciudadanos, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 9 y 10 CE. La dignidad como rango o categoría de la persona como tal, del que deriva y en el que se proyecta el derecho al honor (art. 18.1 CE), no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias». Lo recuerdan oportunamente LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «La libertad de expresión tenía un precio», RAD 6/2010 (24 de septiembre de 2010), p. 1. También se refiere recientemente a tales límites el Fiscal Coordinador del Servicio de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía Provincial de Barcelona AGUILAR GARCÍA, M. A., «Estudio de los problemas que plantea la redacción actual del art. 510 del Código penal a la vista de las interpretaciones realizadas por nuestros tribunales», original inédito, 2011, p. 7, trabajo todavía no publicado del que he podido disponer por amable deferencia de su autor.

(7) Sobre el conflicto entre libertad de expresión y libertad religiosa *vid.*, por todos, el trabajo de PÉREZ-MADRID, F., «Incitación al odio religioso o “hate speech” y libertad de expresión», RGDCDEE, 19 (2009).

(8) La expresión fue acuñada por la STEDH *Ergogdu & Ince c. Turquía*, 8-7-99 y empleada por nuestra jurisprudencia constitucional por las SSTC 214/1991 (caso Violeta Friedman), 176/1995 (caso Makoki) o 235/2007. En todas estas resoluciones se define el discurso del odio como aquél que contiene una densa carga de hostilidad que incita a veces directa y otras subliminalmente a la violencia por la vía de la vejación y que de ninguna forma está amparado por los derechos constitucionales de libertad de expresión o libertad ideológica o de conciencia. Sobre este concepto AGUILAR GARCÍA, M. A., «Estudio de los problemas que plantea la redacción actual del art. 510 del código penal a la vista de las interpretaciones realizadas por nuestros tribunales», original inédito, 2011, p. 7, n. 2.

libertad de expresión, o resultan subsumibles, en cambio, en alguno de los preceptos previstos en el Código penal sobre delitos de discriminación o xenofobia. Idénticas dudas suelen asaltar en el ámbito de la libertad científica a quienes se enfrentan al análisis de aquellos supuestos en los que se produce la difusión de material histórico revisionista sobre la existencia o no de un genocidio (9). En cuanto a la primera constelación de supuestos, basta con recordar que son ya varias las querellas presentadas contra algunos actores de la escena política española por la supuesta comisión de un delito de incitación al odio racial como consecuencia de la realización de discursos hipotéticamente xenófobos (10). Por lo que hace al revisionismo histórico, ríos de tinta han corrido entre nosotros en relación con el supuesto de hecho que constituirá el punto de referencia permanente de la segunda parte del presente trabajo: el caso de la Librería Europa (11).

4. En el Código penal español, los supuestos que acaban de ser planteados suelen reconducirse, fundamentalmente, a dos preceptos:

---

(9) Sobre el revisionismo o negacionismo como corriente historiográfica filonazi *vid.* LANDA GOROSTIZA, J. M., *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho penal (A la vez, una propuesta interpretativa de la «normativa antidiscriminatoria del CP y un análisis crítico de la incipiente jurisprudencia»)»,* Granada, 2001, p. 165.

(10) Especialmente llamativo es el caso de la querella interpuesta por la asociación SOS Racismo y la Federación de Asociaciones Gitanas de Cataluña (FAGIC) por el reparto de folletos supuestamente xenófobos en la ciudad de Badalona (Barcelona). La querella ha sido recientemente inadmitida a trámite mediante Auto de fecha 28-02-11. Sobre este caso AGUILAR GARCÍA, M. A., «Estudio de los problemas que plantea la redacción actual del art. 510 del Código penal a la vista de las interpretaciones realizadas por nuestros tribunales», original inédito, 2011, p. 1.

(11) Sobre este caso, y sin pretensión de exhaustividad, *vid.*, por ejemplo, los trabajos de LANDA GOROSTIZA, J. M., «La llamada “mentira de Auschwitz” (art. 607.2 CP) y el “delito de provocación” (art. 510.1 CP) a luz del “caso Varela”: una oportunidad perdida para la “cuestión de inconstitucionalidad” (Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998)», AP 1999, pp. 689 ss.; GÓMEZ NAVAJAS, J., «Apología del genocidio y provocación a la discriminación en el Código penal de 1995 (Algunas reflexiones al hilo de la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona, de 16 de noviembre de 1998)», *La Ley*, núm. 4790 (1999), pp. 1 ss.; SUÁREZ ESPINO, M. L., «Inconstitucionalidad del delito de negación de genocidio. Comentario crítico a la Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre», CDP 30 (2007), pp. 175 ss. TAJADURA TEJADA, J., «Libertad de expresión y negación del genocidio: comentario crítico a la STC de 7 de noviembre de 2007», RVAP 80 (2008), pp. 233 ss.; BILBAO UBILLOS, J. M., «La negación de un genocidio no es una conducta punible (comentario de la STC 235/2007)», *REDC, Revista española de derecho constitucional*, 85 (2009), pp. 299 ss. En general sobre el delito previsto en el artículo 607.2 CP *vid.* BORJA JIMÉNEZ, E., *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho penal*, Granada, 1999, *passim*.

los artículos 510.1 y 607.2 CP. De acuerdo con el primero de estos dos preceptos, «[l]os que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses». Dispone el artículo 607.2 CP, por su parte, que «la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años».

5. Claramente marcados por la evidente influencia de la STC 214/1991, 11-11 (caso Violeta Friedeman) (12), el origen de estos dos preceptos se encuentra en la LO 4/1995, de 11 de mayo, de modificación del Código penal, mediante la que se tipifica la apología de los delitos de genocidio. La Ley introdujo en el CP el artículo 165 ter. CP 1973, antecedente del actual artículo 510.1 CP, y el artículo 137 bis, b) CP 1973, precedente del actual artículo 607.2 CP. De acuerdo con el artículo 165 ter. CP 1973: «1. Los que provoquen o inciten, directamente o mediante la apología, a través de medios de comunicación o por cualquier otro sistema que facilite la publicidad, a la discriminación de personas o grupos por motivos referentes a su origen racial, étnico o nacional, o a su ideología, religión o creencias, serán castigados con la pena de prisión menor en grado mínimo o medio y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas. 2. La apología existe cuando, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, se expongan ideas o doctrinas que ensalzen el crimen o enaltezcan a su autor y que, por su naturaleza y circunstancias, puedan constituir una incitación directa a cometer delito». Por su parte, el actual artículo 607.2 CP fue incorporado al Código penal a través del artículo 137 bis, b) CP 1973, con el siguiente contenido: «La apología de los delitos tipificados en el artículo anterior se castigará con la pena inferior en dos grados a las respectivamente establecidas en el mismo. La apología existe cuando ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión se expongan ideas o doctrinas que ensalzen el crimen, enaltezcan a su autor, nieguen, banalicen o justifiquen los hechos tipificados en el artículo anterior (scil. delitos de genocidio), o pretendan la rehabilitación o constitución de

---

(12) STC 235/07, 7-11, F.J. 3.º



regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras del delito de genocidio, siempre que tales conductas, por su naturaleza y circunstancias, puedan constituir una incitación directa a cometer delito». Los preceptos introducidos por la LO 4/1995 fueron posteriormente modificados por la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, adoptando entonces su actual tenor literal. La principal modificación de ambos preceptos tuvo por objeto la supresión de la apología en los dos casos, y la desvinculación formal de ambos preceptos con respecto al concepto de provocación previsto como acto preparatorio punible en el artículo 18.1 CP (13).

6. La incorporación al Código penal de estos dos preceptos respondió, en palabras de la Exposición de Motivos de la LO 4/1995, a «la proliferación en distintos países de Europa de episodios de violencia racista y antisemita que se perpetran bajo las banderas y símbolos de ideología nazi», que «obliga a los Estados democráticos a emprender una acción decidida para luchar contra ella». Para la E. de M., «[e]llo resulta tanto más urgente cuando se presencia la reaparición, en la guerra que asola la antigua Yugoslavia, de prácticas genocidas que los pueblos europeos creían desterradas para siempre». Continúa afirmándose que «[p]or desgracia, España no ha permanecido ajena al despertar de este fenómeno, circunstancia que se agrava por el hecho de que la legislación española no contempla suficientemente todas las manifestaciones que este fenómeno genera, manifestaciones, sin embargo, contempladas en Tratados internacionales ratificados por nuestro país». Esta circunstancia, así como la creciente proliferación de actos de violación grave del Derecho internacional humanitario, obligaría al Estado español «a dar un paso más allá en la represión de cuantas conductas puedan significar apología o difusión de las ideologías que defiendan el racismo o la exclusión étnica, obligaciones que no pueden verse limitadas en nombre de la libertad ideológica o de expresión, conforme a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional», citándose, a tal efecto, la doctrina sentada por la STC 214/1991, 11-11 (caso Violeta Friedman) (14).

---

(13) Sobre la evolución de los antecedentes legislativos de los actuales arts. 510.1 y 607.2 CP hasta el actual tenor literal de estos preceptos vid., por todos, GARCÍA ÁLVAREZ, P., *El Derecho penal y la discriminación. Especial referencia al extranjero como víctima de discriminaciones penalmente relevantes*, 2004, p. 222; RAMOS VÁZQUEZ, J.A., RP, 23 (2009), p. 122; ÍÑIGO CORROZA, E., «Caso de la Librería Europa», en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. (Coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, Madrid, 2011, pp. 624 s.

(14) Sobre esto vid. GARCÍA ÁLVAREZ, P., *El Derecho penal y la discriminación*, cit., p. 222.

7. Más allá de si en España existía entonces o existe ahora una necesidad empírica de hacer frente a la xenofobia mediante preceptos como los arts. 510.1 y 607.2 CP (15), de la E. de M. de la LO 4/1995 se deduce que los tipos penales de referencia nacieron con la clara vocación de constituir un instrumento penal en la lucha contra la xenofobia. En opinión de una parte de la doctrina, los delitos de incitación al odio racial y de negación o justificación del genocidio no son simplemente tipos antixenofobos, sino, sobre todo, delitos antidiscriminatorios. De acuerdo con dicha comprensión, en tales tipos no se protegerían bienes jurídicos supraindividuales como la seguridad colectiva de determinadas minorías, sino que se tendría lugar un adelantamiento de las barreras de protección de ciertos intereses individuales de los miembros de tales colectivos, como, por ejemplo, el derecho a la igualdad y la no discriminación. Se compadece claramente con esta idea el hecho de que es opinión ampliamente extendida la de que el bien jurídico protegido en el mismo no es otro que el derecho fundamental a la igualdad y la no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, opinión y cualquier otra circunstancia personal o social, recogido en el artículo 14.1 CE (16). De este modo, los tipos previstos en los arts. 510.1 y 607.2 CP pasarían a engrosar la reducida lista de preceptos protectores del derecho fundamental con-

---

(15) Sobre esto *vid.*, por ejemplo, las opiniones encontradas de TAMARIT SUMALLA, J.M., Comentario al artículo 510 CP, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al Código penal, PE*, III, 5.<sup>a</sup> ed., 2008, p. 934; el mismo, Comentario al artículo 510 CP, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 8.<sup>a</sup> ed., 2009, p. 1965; AGUILAR GARCÍA, M.A., «Estudio de los problemas que plantea la redacción actual del artículo 510 del Código penal a la vista de las interpretaciones realizadas por nuestros tribunales», original inédito, 2011, p. 7, que responden afirmativamente a la pregunta formulada; y LANDA GOROSTIZA, J.M., *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho penal*, cit., p. 173, que entiende, en cambio, que los tipos previstos en los arts. 510.1 y 607.2 CP carecen en España del sentido político-criminal que sí podrían tener, en cambio, en otras realidades sociológicas comparadas, como, por ejemplo, la alemana. En relación con este particular, adhiriéndose parcialmente al planteamiento de LANDA, *vid.* GARCÍA ÁLVAREZ, P., *El Derecho penal y la discriminación*, cit., p. 223 y, en especial, p. 240.

(16) BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el derecho penal*, Granada, 1998, p. 77; CANCIO MELIÁ, M., Comentario al artículo 510 CP, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.) / JORGE BARREIRO, A. (Coord.), *Comentarios al Código penal*, 1997, p. 1274; CONDE-PUMPIDO TOURON, C., Comentario al artículo 510, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Código penal comentado*, II, 2004, pp. 1475 s.; CALDERÓN CEREZO, A. / CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *Código penal comentado*, 2005, p. 1028; GARCÍA LÓPEZ, C., Comentario al artículo 510 CP, en CRUZ DE PABLO, J.A., *Comentarios al Código penal*, 2008, p. 2434.

templado en el artículo 14 CE, integrada por los arts. 22.4.<sup>a</sup>, 314, 511 y 512 CP. A diferencia de lo que ocurre en los tres últimos preceptos, la protección que el artículo 510.2 CP proporcionaría al derecho individual a la igualdad y la no discriminación una tutela anticipada, ya que en el precepto no se tipifican actos de discriminación, sino de incitación a la discriminación. Se trataría, por tanto, de un delito de peligro abstracto contra la igualdad (17).

8. No obstante, parece claro que en los arts. 510.1 y 607.2 CP no se sancionan meros actos preparatorios de infracciones penales discriminatorias. En caso contrario, carecería de todo sentido la referencia que en el primero de los dos preceptos se hace a la provocación a la violencia y el odio, conceptos éstos que no se encuentran inevitablemente vinculados al principio de igualdad (18). En ambos casos, el legislador ha decidido tipificar como delito conductas caracterizadas por la creación de un clima de hostilidad contra determinadas minorías. Esta clase de delitos suele conocerse con el nombre de «delitos de clima» (19).

9. Esta expresión, que ha hecho fortuna fundamentalmente como consecuencia de la amplia difusión de la obra del penalista responsable de la misma, Günther JAKOBS, alude a aquellos delitos consistentes en la realización de manifestaciones dirigidas a una pluralidad de personas objetivamente adecuadas para generar una atmósfera favorable a la comisión futura de determinados hechos delictivos. Se asiste en los delitos de clima, de este modo, a un cambio de perspectiva: el hecho no se sanciona por lo ya ocurrido, sino por su capacidad objetiva para provocar hechos futuros. El Derecho penal del delito de clima no sólo mira hacia el pasado (hacia el hecho ya cometido), sino también hacia el futuro (el hecho venidero, que aún está por llegar).

10. JAKOBS defendió por primera vez este punto de vista en el Congreso de los penalistas alemanes celebrado entre los días 16 y 19

---

(17) Sobre esta postura vid. LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervención penal frente a la xenofobia*, cit., p. 219.

(18) En similar sentido TAMARIT SUMALLA, J.M., Comentario al artículo 510 CP, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al Código penal, PE*, III, 5.<sup>a</sup> ed., 2008, pp. 934 ss.; el mismo, Comentario al artículo 510 CP, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 8.<sup>a</sup> ed., 2009, pp. 1965 ss.

(19) De forma más o menos explícita defienden esta postura, entre otros autores, LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervención penal frente a la xenofobia*, cit., p. 219; LAURENZO COPELLO, P., «Marco de protección jurídico-penal del derecho a no ser discriminado. Racismo y xenofobia», en CDJ, 1996-1, p. 263; RAMOS VÁZQUEZ, J.A., RP, 23 (2009), p. 123; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, PE*, 18.<sup>a</sup> ed., 2010, p. 840. Sobre esto vid. GARCÍA ÁLVAREZ, P., *El Derecho penal y la discriminación*, cit., p. 225.

de febrero de 1985 en *Frankfurt am Main* (20). En dicho Congreso, el penalista alemán presentó una ponencia en la que constataba de modo crítico la presencia en el StGB de algunos preceptos propios de lo que él denomina «Derecho penal del enemigo» («*Feindstrafrecht*») (21). En opinión de Jakobs, ello ocurría, por ejemplo, con motivo de la tipificación de algunas conductas que se encuentran considerablemente alejadas del inicio de la ejecución como delitos contra la paz social, o el orden y la seguridad públicos, (delitos de terrorismo). Dos ejemplos de esta dirección político-criminal vendrían representados, en su opinión, por el delito de participación intentada (§ 30 StGB) y aprobación del delito (§ 140 StGB). A este respecto, el Jakobs de 1985 considera que el Derecho penal del enemigo no tiene cabida en el Derecho penal de un Estado de libertades, ya que en dicha clase de Estado sólo cabría referirse, de un modo legítimo, a un «Derecho penal de ciudadanos» (22). Según Jakobs, todos los actos preparatorios de un delito que se lleven a cabo en el ámbito «privado», esto es, sin implicar a terceras personas en el proyecto criminal, deben quedar sin pena. Frente a este argumento no cabe objetar, en su opinión, que desde el momento en que un acto es realizado para preparar un delito pierde todo posible carácter privado. Porque en ese caso no habría razón para dejar sin pena los pensamientos delictivos (23). Años más tarde, en 1999, con motivo de la celebración en Berlín de las jornadas de reunión de profesores de Derecho penal bajo el título «Die deutsche

(20) Un breve informe de este congreso se encuentra en KUHLEN, L., «Strafrechtslehrertagung 1985», NJW 1985, pp. 2631 ss.

(21) La ponencia se encuentra contenida, en forma de artículo, en el artículo «Kriminalisierung im Vordfeld einer Rechtsgutsverletzung», ZStW 97 (1985), pp. 751 ss. («Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico» [trad. de PEÑARANDA RAMOS, E.], en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 1997, pp. 293 ss.).

(22) JAKOBS, G., «Criminalización...», en el mismo, *Estudios de Derecho penal*, 1997, pp. 297 ss.

(23) JAKOBS, G., «Criminalización...», en el mismo, *Estudios de Derecho penal*, 1997, pp. 298 ss. De acuerdo en lo esencial con la primera formulación de JAKOBS, que acaba de ser expuesta de forma resumida, DENCKER, F., «Gefährlichkeitsvermutung statt Tatschuld? –Tendenzen der neueren Strafrechtswicklung?–», StV 1988, p. 266. Un amplio resumen de la posición del que aquí denominaremos «primer JAKOBS» se encuentra en DENCKER, F., StV 1988, pp. 263 ss.; APONTE, A., *Krieg und Feindstrafrecht. Überlegungen zum «effizienten» Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien*, 2004, pp. 128 ss.; PORTILLA CONTRERAS, G., JpD 49 (2004), pp. 43 ss., nota 6.; el mismo, *LH-Bacigalupo Zapater*, I, 2004, p. 695, nota 6. Expone con detalle la tendencia expansiva del Derecho penal y procesal alemán en el ámbito del terrorismo contemporánea al primer Jakobs DENCKER, F., «Das «Gesetz zur Bekämpfung des Terrorismus»», StV 1987, pp. 117 ss.

Strafrechtswissenschaft vor der Jahrausendwende» (24), JAKOBS continuó defendiendo la tesis de que, junto a otros elementos, la existencia de delitos de clima constituye uno de los rasgos distintivos del llamado Derecho penal del enemigo (25). En posteriores trabajos, JAKOBS ha seguido defendiendo la tesis de que la existencia de delitos de clima constituye un rasgo fundamental del llamado Derecho penal del enemigo (26).

11. En modo alguno constituye el objeto del presente trabajo analizar si Günther Jakobs es o no partidario del Derecho penal del enemigo, y, por ende, si el penalista alemán se muestra o no contrario a la tipificación de los delitos de clima (27). Tampoco someter a considera-

---

(24) Un informe de una de estas jornadas y algunas observaciones críticas sobre la intervención de JAKOBS en relación con el *Feindstrafrecht* se encuentran en SCHULZ, L., «Tagungsbericht. Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrausendwende. Bericht von einer Tagung und Anmerkungen zum Feindstrafrecht», ZStW 112 (2000), pp. 653 ss.

(25) JAKOBS, G., en SCHULZ, L., ZStW 112 (2000), p. 661. Suscribe esta descripción CANCIO MELIÁ, M., «¿“Derecho penal” del enemigo?», en JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, 2003, pp. 79 ss. Los restantes elementos de la definición son, en opinión del JAKOBS de 1999, un adelantamiento de las barreras de protección penal sin una pena más reducida con respecto a la pena de momentos más avanzados del *iter criminis*; la transición de una legislación penal (*Strafrechtsgesetzgebung*) a una legislación de lucha o de combate (*Bekämpfungsgesetzgebung*); y, por último, una reducción o relajamiento de las garantías procesales propias del proceso penal. Vid. JAKOBS, G., en SCHULZ, L., ZStW 112 (2000), p. 661. Algunos autores consideran que la descripción de JAKOBS del Derecho penal del enemigo puede ser completada con otros elementos. Este es el caso, por ejemplo de Haffke, en Alemania, y Pérez del Valle, en España. Para el primero, una característica esencial del Derecho penal del enemigo estaría representada por la idea de que en la descripción de los tipos penales que podrían ser merecedores de aquella calificación, el legislador habría obviado por completo la delimitación entre tentativa y consumación, así la distinción entre autoría y participación, asumiendo, de este modo, un concepto unitario de autor: vid. HAFFKE, B., «Drogenstrafrecht», ZStW 107 (1995), pp. 785 s. Según PÉREZ DEL VALLE, otro aspecto fundamental del Derecho penal del enemigo sería la absoluta inoperatividad a efectos de exención de la responsabilidad penal, del error de prohibición, dado que en el ámbito del Derecho penal del enemigo toda infracción afectaría «a puntos esenciales de la ley natural que requiere el contrato social». Vid. PÉREZ DEL VALLE, C., «Sobre los orígenes del «Derecho penal del enemigo». Algunas reflexiones en torno de Hobbes y Rosseau», CPC 75 (2001), p. 610.

(26) Vid. a este respecto, y sin pretensión de exhaustividad, JAKOBS, G., «Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo» (trad. de CANCIO MELIÁ, M.), en JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, 2003, *passim*; 2.<sup>a</sup> ed., 2006, *passim*.; EL MISMO, *La pena estatal: Significado y finalidad*, 2006; EL MISMO, *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad. Seminario con Günther Jakobs en la UAM*, 2008, pp. 51 ss.

(27) La cuestión ha sido y sigue siendo largamente discutida en la doctrina. Un amplio resumen de las diferentes posturas defendidas al respecto, así como una extensa postura personal sobre el particular, con ulterior bibliografía sobre la materia,

ción si el catálogo de motivos discriminatorios previsto en los arts. 510.1 y 607.2 CP debe ser redactado de modo homogéneo a los restantes delitos de discriminación (28). El presente trabajo persigue, en cambio, un objetivo más modesto: analizar los dos delitos mencionados, el de provocación a la discriminación, el odio o la violencia (art. 510.1 CP) y el de negación o justificación del genocidio (art. 607.2 CP) con el fin de

---

puede encontrarse en GÓMEZ MARTÍN, V., «Sobre la distinción entre Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo en la concepción de Günther Jakobs», en Cancio Meliá, M. / Gómez-Jara Díez, C., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, 2006, I, pp. 1003 ss.; el mismo, *El Derecho penal de autor. Desde la visión criminológica tradicional hasta las actuales propuestas de Derecho penal de varias velocidades*, 2007, pp. 263 ss.

(28) Concretamente, una de las cuestiones más discutidas a este respecto es si el catálogo de motivos discriminatorios previsto en el artículo 510.1 CP debe corresponderse estrictamente o no con los catálogos recogidos en los arts. 22.4.ª, 314, 511 y 512 CP. Como es sabido, la agravante prevista en el artículo 22.4.ª CP se construye a partir de un catálogo o lista de causas o razones discriminatorias. Desde una perspectiva político-criminal, en el contexto de los delitos que atentan contra el derecho a la igualdad real, y, más concretamente, a no ser discriminado, la utilización de esta técnica legislativa merece, globalmente, una valoración positiva. La razón fundamental de la misma es que se trata de delitos que lesionan, al mismo tiempo, la dignidad del individuo, estrechamente vinculada a sus circunstancias personales o sociales (raza, ideología, religión, etc.). No obstante, la agravante no es sólo un instrumento para la lucha contra la xenofobia. Su contenido notablemente más amplio. Se trata de una circunstancia genérica de agravación de la pena por motivos discriminatorios, sea por razón de móviles xenófobos o de otro signo. Llama la atención, por esta razón, la falta de coordinación sistemática existente entre el catálogo de causas discriminatorias previsto en el artículo 22.4.ª y el previsto en otros preceptos del Código en el que se hallan tipificadas conductas que atentan contra el derecho fundamental a no ser discriminado. Así, mientras que el artículo 22.4.ª se refiere a «motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca», los arts. 314, 510, 511 y 512 aluden, además, a la discriminación por razón de la «situación familiar»; y en los arts. 511 y 512 se omite toda referencia a que la conducta se realice «por motivos racistas, antisemitas». En atención a lo que acaba de ser apuntado, un sector de la doctrina recomienda la elaboración de un único catálogo de causas de discriminación común a los arts. 22.4.ª, 314 y 510-512, con la única excepción de la causa relativa a «ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa», específica del delito contra los derechos de los trabajadores. Este punto de vista se halla contemplado, por ejemplo, en el Anteproyecto de Reforma del Código penal elaborado por el ya desaparecido Ministerio de Igualdad. Sobre la falta de coincidencia entre catálogos de motivos discriminatorios *vid.*, además, BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el derecho penal*, cit., p. 39. Considera, pese a tal falta de coincidencia, que la vocación del legislador español no es otra, de hecho, que extender el catálogo de motivos discriminatorios prácticamente a todos los delitos o figuras antidiscriminatorias y antixenófobas LANDA GOROSTIZA, J.M., *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho penal*, cit., pp. 117 ss. y 128 ss.

conocer, en primer lugar, si se trata o no de delitos de clima y, en segunda instancia, de averiguar si resultan o no asumibles desde el paradigma del Derecho penal del hecho o bien constituye ya expresión de Derecho penal de autor.

### III

1. Según el Tribunal Constitucional, el derecho fundamental a la libertad de expresión comprende, como es lógico, el derecho a la libertad de crítica, también cuando tal crítica pueda desagradar a su destinatario. Los principios informadores de toda sociedad democrática y plural impondrían al destinatario de la crítica un cierto deber de tolerancia frente a la misma, so pena de vaciar de contenido la libertad de derecho entendida como libertad de crítica. En palabras de la STC 235/2007, F.J. 4: «Consecuencia directa del contenido institucional de la libre difusión de ideas y opiniones es que, según hemos reiterado, la libertad de expresión comprende la libertad de crítica, «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» (29).

2. Tal es la cobertura que el modelo democrático proporciona a la libertad de expresión que –pese a la aparente paradoja que ello representa– incluso brinda protección a la manifestación de ideas contrarias al propio modelo, esto es, a la declaración de formas de pensamiento no democráticas. Según el Tribunal Constitucional: «Por ello mismo hemos afirmado rotundamente que “es evidente que al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático. La Constitución –se ha dicho– protege también a quienes la niegan”. Es decir, la libertad de expresión es válida no solamente para las informaciones o las ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población» (30).

3. De todo ello se deduce lógicamente que el modelo democrático español no impone al ciudadano su adhesión positiva al mismo. No se trata, por tanto, de una democracia militante. A diferencia de lo que sucede con la realización de actividades contrarias a la Constitu-

---

(29) Esta tesis puede encontrarse también, entre otras muchas resoluciones, en la STC 174/06, 5-6, F. J. 4.

(30) STC 235/2007, F.J. 4. En idéntico línea, ya anteriormente, 176/95, 11-12, F. J. 2; STDH *De Haes y Gijssels* contra Bélgica, 24-2-97.

ción, la mera manifestación de ideas e ideologías queda plenamente cubierta por el derecho fundamental a la libertad de expresión, aunque se trate de ideas antidemocráticas, esto es, contrarias al modelo democrático mismo. Este planteamiento se encuentra extensamente expuesto en la STC 235/2007, F.J. 4: «Por circunstancias históricas ligadas a su origen, nuestro ordenamiento constitucional se sustenta en la más amplia garantía de los derechos fundamentales, que no pueden limitarse en razón de que se utilicen con una finalidad anticonstitucional. Como se sabe, en nuestro sistema –a diferencia de otros de nuestro entorno– 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. Esta concepción, sin duda, se manifiesta con especial intensidad en el régimen constitucional de las libertades ideológica, de participación, de expresión y de información pues implica la necesidad de diferenciar claramente entre las actividades contrarias a la Constitución, huérfanas de su protección, y la mera difusión de ideas e ideologías. El valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas» (31).

4. Cuestión relacionada con la anterior, aunque no exactamente coincidente, es la relativa a si el derecho fundamental a la libertad de expresión comprende el derecho a formular en relación a hechos históricos incuestionablemente ocurridos manifestaciones que vengán a poner en tela de juicio su existencia. Para el Tribunal Constitucional español, tales manifestaciones negadoras de la evidencia no serían sino opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos, y, como tales, quedarían amparadas por el manto del derecho a la libertad de expresión, en su dimensión de búsqueda de la verdad histórica. Señala el Tribunal Constitucional a este respecto: «En ocasiones anteriores hemos concluido que “las afirmaciones, dudas y opiniones acerca de la actuación nazi con respecto a los judíos y a los campos de concentración, por reprobables o tergiversadas que sean –y en realidad lo son al negar la evidencia de la historia– quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE), en relación con el derecho a la libertad ideológica (art. 16 CE), pues, con independencia de la valoración que de las mismas se haga, lo que tampoco corresponde a este Tribunal, sólo pueden entenderse como lo que son: opiniones subjeti-

---

(31) *Vid.*, además, SSTC 48/03, 12-3, FF. JJ. 7 y 10.



vas e interesadas sobre acontecimientos históricos”. Esta misma perspectiva ha llevado al TEDH, en diversas ocasiones en las que se ponía en duda la colaboración con las atrocidades nazis durante la Segunda Guerra Mundial, a señalar que “la búsqueda de la verdad histórica forma parte integrante de la libertad de expresión” y estimar que no le corresponde arbitrar la cuestión histórica de fondo» (32).

5. Aunque, como se ha afirmado, el modelo democrático de sociedad vendría a imponer en el ciudadano un cierto deber de tolerancia frente a mensajes ofensivos e incluso antidemocráticos, tal deber no es en absoluto ilimitado. Se refiere a los límites de tal deber de tolerancia el Tribunal Constitucional: «El ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión no puede verse restringido por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución –y ciertamente las que se difundieron en el asunto que ha dado origen a la presente cuestión de inconstitucionalidad resultan repulsivas desde el punto de vista de la dignidad humana constitucionalmente garantizada– a no ser que con ellas se lesionen efectivamente derechos o bienes de relevancia constitucional. Para la moral cívica de una sociedad abierta y democrática, sin duda, no toda idea que se exprese será, sin más, digna de respeto. Aun cuando la tolerancia constituye uno de los “principios democráticos de convivencia” a los que alude el artículo 27.2 CE, dicho valor no puede identificarse sin más con la indulgencia ante discursos que repelen a toda conciencia conocedora de las atrocidades perpetradas por los totalitarismos de nuestro tiempo. El problema que debemos tomar en consideración es el de si la negación de hechos que pudieran constituir actos de barbarie o su justificación tienen su campo de expresión en el libre debate social garantizado por el artículo 20 CE o si, por el contrario, tales opiniones pueden ser objeto de sanción estatal punitiva por afectar a bienes constitucionalmente protegidos» (33).

6. Los tres principales límites del deber de tolerancia a discursos ofensivos son, según el Tribunal Constitucional, el respeto por la igualdad (art. 1.1 CE) y la dignidad humana (art. 10.1 CE), la innecesariedad de la ofensa para la exposición de las opiniones que pretenden defenderse y incitación directa a la violencia contra los destinatarios del mensaje. En relación con los dos primeros límites, el Tribunal Constitucional indica que “[t]odo lo dicho no implica que la

---

(32) STC 235/2007, F.J. 4.º *Vid.* también, en la misma línea STC 214/1991, 11-11 (caso Violeta Friedman), F. 8; S TEDH *Chauvy y otros c. Francia*, 29-6-04, § 69; *Monnat c. Suiza* 21-9-06, § 57.

(33) STC 235/2007, F.J. 4.º

libre transmisión de ideas, en sus diferentes manifestaciones, sea un derecho absoluto. De manera genérica, se sitúa fuera del ámbito de protección de dicho derecho la difusión de las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se quieran exponer, y por tanto, innecesarias a este propósito” (34). Prosigue el TC afirmando que “[e]n concreto, por lo que hace a las manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, hemos concluido que el artículo 20.1 CE no garantiza «el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social, pues sería tanto como admitir que, por el mero hecho de efectuarse al hilo de un discurso más o menos histórico, la Constitución permite la violación de uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como es la igualdad (art. 1.1 CE) y uno de los fundamentos del orden político y de la paz social: la dignidad de la persona (art. 10.1 CE)» (35).

7. Prosigue afirmando la STC 235/2007, esta vez en su F.J. 5.º, que «[d]e este modo, el reconocimiento constitucional de la dignidad humana configura el marco dentro del cual ha de desarrollarse el ejercicio de los derechos fundamentales y en su virtud carece de cobertura constitucional la apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos cuando ello suponga una humillación de sus víctimas (36). Igualmente, hemos reconocido que atentan también contra este núcleo irreductible de valores esenciales de nuestro sistema constitucional los juicios ofensivos contra el pueblo judío que, emitidos al hilo de posturas que niegan la evidencia del genocidio nazi, suponen una incitación racista (37). Estos límites coinciden, en lo esencial, con los que ha reconocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en aplicación del apartado segundo del artículo 10 CEDH. En concreto, viene considerando que la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado “discurso del odio”, esto es, a aquél desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas

---

(34) STC 235/2007, F.J. 4.º *Vid.*, además, las SSTC 204/97, 25-11; 11/00, 17-1, F. J. 7; 49/01, 26-2, F. J. 5; 160/03, 15-9, F. J. 4.

(35) SSTC 235/2007, F.J. 4.º *Vid.*, también, STC 214/91, 11-11, F. J. 8.

(36) STC 176/95, F. J. 5.

(37) SSTC 214/91, 11-11, F. J. 8; 13/01, 29-1, F. J. 7.

razas o creencias en particular» (38). Partiendo de tales premisas, la STC 235/2007 acaba concluyendo que «[d]e acuerdo con los anteriores fundamentos jurídicos, el precepto resultaría conforme a la Constitución si se pudiera deducir del mismo que la conducta sancionada implica necesariamente una incitación directa a la violencia contra determinados grupos o un menosprecio hacia las víctimas de los delitos de genocidio» (39).

8. De acuerdo con el artículo 607.2 CP, «la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años». Dos son, por tanto, las modalidades de la conducta típica prevista en este precepto: la negación del genocidio y su justificación. En lo que a la negación del genocidio respecta, cuando el Tribunal Constitucional analiza el precepto de referencia extrae la siguiente conclusión: su literalidad no permite deducir que la conducta típica negacionista no consiste en la mera negación, sino, a través de ella, en un ensalzamiento de los genocidas humillante para las víctimas del genocidio; en una valoración positiva del genocidio, a modo de incitación indirecta a su reproducción; o, por fin, en la realización de actos de proselitismo a favor de una pretendida causa homófoba, xenófoba, etc. Así las cosas –y siempre desde la perspectiva del Tribunal Constitucional–, la conducta típica consistente en la merca negación del genocidio sería, en sí misma, escrupulosamente neutra.

Recuerda el Tribunal Constitucional, a este respecto, lo que sigue: «El primer apartado del artículo 607 CP cierra el sistema específico de protección exigido por los instrumentos internacionales en la materia que vinculan a nuestro Estado, castigando las diversas modalidades de comisión de este delito y exigiendo, en todo caso, un dolo específico concretado en el propósito de destruir a un grupo social. Complementariamente, en su apartado segundo el legislador ha venido a añadir un tipo penal independiente, en el que ya no se incluye dicho dolo específico y que castiga la difusión de determinadas ideas y doctrinas. Con independencia de su objeto, la incidencia de este tipo punitivo pre-

---

(38) *Vid.*, a este respecto, la Recomendación (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 30 de octubre de 1997, que insta a los Estados a actuar contra todas las formas de expresión que propagan, incitan o promueven el odio racial, la xenofobia el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia. Asimismo, las SSTEDH *Erbakan c. Turquía* 6-7-06; *Gündüz c. Turquía* de 4-12-03, § 41; *Ergogdu & Ince c. Turquía*, 8-7-99.

(39) STC 176/95, FF. JJ. 5 y 9. En idéntico sentido se pronuncian, además, las SSTC 174/06, 5-6, F. J. 4; 204/01, 15-10, F. J. 4; 110/00, 5-5, F. J. 8.

visto en el artículo 607.2 CP sobre el derecho fundamental a la libertad de expresión (art. 20.1 CE) viene determinada por la inicial descripción de las conductas perseguidas, consistentes en difundir por cualquier medio ideas o doctrinas ya que, puesto que no se exige expresamente elemento suplementario alguno, hay que considerar que en principio se trata de una difusión en cierto modo “neutra”, con independencia de la repulsión que determinadas afirmaciones puedan causar» (40). «Aceptando, como no podía ser de otro modo, el carácter especialmente odioso del genocidio, que constituye uno de los peores delitos imaginables contra el ser humano, lo cierto es que las conductas descritas en el precepto cuestionado consisten en la mera transmisión de opiniones, por más deleznable que resulten desde el punto de vista de los valores que fundamentan nuestra Constitución. La literalidad del ilícito previsto en el artículo 607.2 CP no exige, a primera vista, acciones positivas de proselitismo xenófobo o racista, ni menos aún la incitación, siquiera indirecta, a cometer genocidio, que sí están presentes, por lo que hace al odio racial o antisemita se refiere, en el delito previsto en el artículo 510 CP, castigado con penas superiores. Las conductas descritas tampoco implican necesariamente el ensalzamiento de los genocidas ni la intención de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas. Lejos de ello, la literalidad del precepto, en la medida en que castiga la transmisión de ideas en sí misma considerada, sin exigir adicionalmente la lesión de otros bienes constitucionalmente protegidos, viene aparentemente a perseguir una conducta que, en cuanto amparada por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE) e incluso eventualmente por la libertades científica [art. 20.1. b)] y de conciencia (art. 16 CE) que se manifiestan a su través constituye un límite infranqueable para el legislador penal» (41).

9. Cuando el Código penal castiga como delito la mera transmisión de opiniones o ideas, aunque éstas puedan ser moralmente execrables o, incluso, contrarias al sistema democrático, se produce una inadmisibile interferencia de la intervención penal del Estado en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la libertad de expresión. Tal invasión resulta, por tanto, no sólo ilegítima sino, de hecho, abiertamente inconstitucional. Esta tesis se halla expresada en la STC 235/2007 del modo siguiente: «En tal sentido, no estamos ante un supuesto de limitación de la libertad de expresión por parte del Código penal, sino que éste interfiere en el ámbito propio de la delimitación misma del derecho constitucional. Más allá del riesgo,

(40) STC 235/2007, F.J. 6. En idéntico sentido, *vid.* la STC 20/90, F. J. 5.

(41) STC 235/2007, F.J. 6.

indeseable en el Estado democrático, de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión (...), a las normas penales les está vedado invadir el contenido constitucionalmente garantizado de los derechos fundamentales. La libertad de configuración del legislador penal encuentra su límite en el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión, de tal modo que, por lo que ahora interesa, nuestro ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana que constituye el fundamento de todos los derechos que recoge la Constitución y, por ende, de nuestro sistema político» (42).

10. A este respecto, el análisis de las dos conductas típicas previstas alternativamente en el artículo 607.2 CP permite al Tribunal Constitucional extraer diversas conclusiones provisionales. La primera es que no es lo mismo negar un genocidio que justificarlo. La negación de un hecho histórico no implica necesariamente la negación de su antijuridicidad, mientras a la justificación de dicho hecho sí subyacería, en cambio, la relativización del hecho justificado o, incluso, una valoración positiva del mismo. Gráfico es, a este respecto, el F.J. 7 de la STC 235/2007: «Nuestro cometido habrá pues de ceñirse en este caso a confrontar el texto cuestionado del artículo 607.2 CP con el ámbito protegido al derecho a la libertad de expresión en los términos reseñados en los anteriores fundamentos jurídicos. Un análisis meramente semántico del contenido del precepto legal permite distinguir en su primer inciso dos distintas conductas tipificadas como delito, según que las ideas o doctrinas difundidas nieguen el genocidio o lo justifiquen. A simple vista, la negación, puede ser entendida como mera expresión de un punto de vista sobre determinados hechos, sosteniendo que no sucedieron o no se realizaron de modo que puedan ser calificados de genocidio. La justificación, por su parte, no implica la negación absoluta de la existencia de determinado delito de genocidio sino su relativización o la negación de su antijuridicidad partiendo de cierta identificación con los autores».

11. El Derecho penal no interfiere ilegítimamente en el derecho fundamental a la libertad de expresión cuando de lo que se trata es de la sanción penal del llamado «discurso del odio». En tal caso, puesto que según la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos el discurso del odio nunca

---

(42) STC 235/2007, F.J. 6. Esta postura se halla recogida también en las SSTC 105/90, FF. JJ. 4 y 8; 287/00, 11-12, F. J. 4; STEDH, 23-4-92 (caso Castells), § 46.

puede quedar amparado por la libertad de expresión. Definido el discurso del odio como aquél que supone, por sus propios términos, una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos o contra determinadas razas o creencias, queda claro que la mera negación del genocidio no resulta subsumible, sin más, en tal concepto. De ello deduce el Tribunal Constitucional que la negación del genocidio podrá quedar amparada por el derecho fundamental a la libertad de expresión, o, al menos, que si ello no sucede no será porque se trate de una expresión del discurso del odio.

La STC 235/2007 expresa esta idea en los siguientes términos: «Procede, por tanto determinar si las conductas castigadas en el precepto sometido a nuestro control de constitucionalidad pueden ser consideradas como una modalidad de ese “discurso del odio” al que, como ha quedado expuesto anteriormente, alude el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como forma de expresión de ideas, pensamientos u opiniones que no cabe incluir dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de expresión. En lo que se refiere a la conducta consistente en la mera negación de un delito de genocidio la conclusión ha de ser negativa ya que dicho discurso viene definido –en la ya citada STEDH Ergogdu e Ince c. Turquía, de 8 de julio de 1999– como aquel que, por sus propios términos, supone una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos o contra determinadas razas o creencias, lo que, como también ha quedado dicho, no es el supuesto contemplado en ese punto por el artículo 607.2 CP. Conviene destacar que la mera difusión de conclusiones en torno a la existencia o no de determinados hechos, sin emitir juicios de valor sobre los mismos o su antijuridicidad, afecta al ámbito de la libertad científica reconocida en la letra b) del artículo 20.1 CE» (43).

12. Ciertamente, las cosas podría llegar a ser distintas si pudiera concluirse que a toda negación del genocidio es inherente su idoneidad objetiva para crear de un clima de hostilidad hacia las personas pertenecientes al colectivo objeto del genocidio, y, además, la intención de quien lo niega de conseguir la creación de dicho clima. En tal caso, difícilmente podría evitarse la consecuencia de que, siquiera indirectamente, la negación del genocidio representaría una forma de promoción indirecta de conductas que podrían atentar contra la seguridad de los colectivos afectados y, por ende, una manifestación no cubierta por el derecho fundamental a la libertad de expresión. En relación con este particular, el Tribunal Constitucional entiende que del tenor literal del artículo 607.2 CP en modo alguno es posible dedu-

---

(43) STC 235/2007, F.J. 8.

cir que la negación al genocidio que el legislador penal considera típicamente relevante debe constituir, necesariamente, un peligro siquiera potencial para los bienes jurídicos tutelados por la norma en cuestión. Puesto que realizar una interpretación restrictiva del artículo 607.2 CP por debajo del límite mínimo determinado por el tenor literal posible del precepto, esto es, una restricción teleológica del precepto, desbordaría los límites propios de la jurisdicción constitucional, la STC 235/2007 acaba entendiendo que la tipificación de la mera negación del genocidio (esto es, sin la exigencia expresa de que se trate de una negación realizada en tales términos que la conviertan en objetivamente adecuada para provocar la aparición de un clima de hostilidad hacia el colectivo víctima del genocidio objeto de la negación) se opone al contenido del artículo 20.1 CE.

En palabras de la STC 235/2007: «La mera negación del delito, frente a otras conductas que comportan determinada adhesión valorativa al hecho criminal, promocionándolo a través de la exteriorización de un juicio positivo, resulta en principio inane. Por lo demás, ni tan siquiera tendencialmente –como sugiere el Ministerio Fiscal– puede afirmarse que toda negación de conductas jurídicamente calificadas como delito de genocidio persigue objetivamente la creación de un clima social de hostilidad contra aquellas personas que pertenezcan a los mismos grupos que en su día fueron víctimas del concreto delito de genocidio cuya inexistencia se pretende, ni tampoco que toda negación sea per se capaz de conseguirlo. En tal caso, sin perjuicio del correspondiente juicio de proporcionalidad determinado por el hecho de que una finalidad meramente preventiva o de aseguramiento no puede justificar constitucionalmente una restricción tan radical de estas libertades (STC 199/1987, de 16 de diciembre, F. 12), la constitucionalidad, a priori del precepto se estaría sustentando en la exigencia de otro elemento adicional no expreso del delito del artículo 607.2 CP; a saber, que la conducta sancionada consistente en difundir opiniones que nieguen el genocidio fuese en verdad idónea para crear una actitud de hostilidad hacia el colectivo afectado. Forzar desde este Tribunal una interpretación restrictiva en este aspecto del artículo 607.2 CP, añadiéndole nuevos elementos, desbordaría los límites de esta jurisdicción al imponer una interpretación del precepto por completo contraria a su tenor literal. En consecuencia, la referida conducta permanece en un estadio previo al que justifica la intervención del derecho penal, en cuanto no constituye, siquiera, un peligro potencial para los bienes jurídicos tutelados por la norma en cuestión, de modo que su inclusión

en el precepto supone la vulneración del derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE)» (44).

13. Distinto a la negación es el caso de la conducta consistente en difundir ideas que justifiquen el genocidio. En el caso de esta conducta, el Tribunal Constitucional advierte que su tipificación como delito sería plenamente compatible con el derecho fundamental a la libertad de expresión, siempre y cuando tal justificación opere como incitación indirecta a la comisión de actos de genocidio. No obstante, a diferencia de lo que ocurre con la negación del genocidio, y a pesar de que en el caso de la justificación del genocidio el artículo 607.2 CP tampoco exige expresamente que la misma opere como incitación indirecta a la comisión de actos de genocidio, finalmente el Tribunal Constitucional considera conforme a la Constitución Española la tipificación como delito de la justificación del genocidio. De ello se deduce que para el Tribunal Constitucional la justificación del genocidio, a diferencia de lo que ocurre con la mera negación, ya implica necesariamente una incitación directa a la realización del hecho justificado, esto es, del genocidio, a pesar de que el artículo 607.2 CP nada diga a ese respecto.

Así se desprende con claridad de la STC 235/2007: «Diferente es la conclusión a propósito de la conducta consistente en difundir ideas que justifiquen el genocidio. Tratándose de la expresión de un juicio de valor, sí resulta posible apreciar el citado elemento tendencial en la justificación pública del genocidio. La especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad, como el genocidio permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión; esto es incriminándose (y ello es lo que ha de entenderse que realiza el art. 607.2 CP) conductas que aunque sea de forma indirecta supongan una provocación al genocidio. Por ello, el legislador puede, dentro de su libertad de configuración, perseguir tales conductas, incluso haciéndolas merecedoras de reproche penal siempre que no se entienda incluida en ellas la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo, que resultaría plenamente amparada por el artículo 16 CE y, en conexión, por el artículo 20 CE. Para ello será necesario que la difusión pública de las ideas justificadoras entre en conflicto con bienes constitucionalmente relevantes de especial trascendencia que hayan de protegerse penalmente. Así sucede, en primer lugar, cuando la justificación de tan abominable

---

(44) STC 235/2007, F.J. 8.



delito suponga un modo de incitación indirecta a su perpetración. Sucederá también, en segundo lugar, cuando con la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados en grupos definidos mediante la referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación. Debe subrayarse que la incitación indirecta a la comisión de algunas de las conductas tipificadas en el artículo 607.1 CP como delito de genocidio –entre las que se incluyen entre otras el asesinato, las agresiones sexuales o los desplazamientos forzosos de población– cometidas con el propósito de exterminar a todo un grupo humano, afecta de manera especial a la esencia de la dignidad de la persona, en cuanto fundamento del orden político (art. 10 CE) y sustento de los derechos fundamentales. Tan íntima vinculación con el valor nuclear de cualquier sistema jurídico basado en el respeto a los derechos de la persona permite al legislador perseguir en este delito modalidades de provocación, incluso indirecta, que en otro caso podrían quedar fuera del ámbito del reproche penal» (45).

#### IV

1. La STC 235/2007 no fue en absoluto unánime. Respecto de la misma fueron formulados cuatro votos particulares: los emitidos por los Sres. Roberto García-Calvo y Montiel, Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, Ramón Rodríguez Arribas y Pascual Sala Sánchez (46). Las líneas argumentales sobre las que descansan estos cuatro votos particulares son, a su vez, tres.

2. Por una parte, se afirma que la negación de hechos de tanta gravedad e históricamente tan incuestionables es claramente reveladora de que la intención de quien de tal modo niega la evidencia no es otra que humillar a las víctimas del genocidio e incitar indirectamente a la colectividad a la repetición de hechos similares. También se pone de relieve que no es sólo que los negacionistas actuarían con un evidente ánimo de menospreciar a aquellas víctimas, sino que objetivamente la negación del genocidio lleva intrínseca la humillación de sus víctimas. La negación del genocidio sería, en sí misma, vejatoria para las víctimas de éste.

---

(45) STC 235/2007, F.J. 9.

(46) Una exposición resumida de estos votos particulares puede encontrarse en RAMOS VÁZQUEZ, J.A., RP, 23 (2009), p. 132, n. 65 a 68.

Estos argumentos se hallan claramente expuestos en los votos particulares formulados por los Sr. Rodríguez Arribas, Rodríguez-Zapata Pérez, Sala Sánchez y García-Calvo Montiel. Según el voto particular del primero de ellos, «(...) no se trata de castigar el resultado de la investigación de un historiador demenciado que llegara a la absurda conclusión de la inexistencia de un genocidio universalmente contrastado, en cuyo caso no habría elemento intencional alguno, y por lo tanto no resultaría punible, sino de poner coto, mediante la sanción penal, a la profusión de informaciones directamente encaminadas a minimizar o a explicar hechos monstruosos de genocidio para romper la barrera de repugnancia social que impide su temible repetición». Por lo que hace al voto particular del Sr. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez se mantiene que «[e]n efecto, la STC 214/1991 desarrolló una teoría revolucionaria de la legitimación procesal, para concedérsela a doña Violeta Friedman, mujer judía superviviente del campo de exterminio de Auschwitz-Birkenau que reivindicaba su derecho al honor y el de todos los judíos frente a una posición negadora de los crímenes del celeberrimo doctor Mengele. Afirmamos en el F. 8 de aquella importante Sentencia que el artículo 20.1 CE no garantiza el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la Historia y del mundo tendente a menospreciar y discriminar a personas o grupos en un discurso antisemita, racista o xenófobo pues ello viola la dignidad de la persona humana, que es (en el art. 10.1 CE) uno de los fundamentos del orden político y de la paz social». Por fin, en el voto particular del Sr. Sala Sánchez, «[r]esulta clara, pues, la existencia en el caso aquí examinado del elemento tendencial tantas veces mencionado, que dotaba de sustantividad punitiva tanto a la conducta de difusión de doctrinas negativas de los delitos de genocidio, como a los necesarios elementos distintivos de esta forma delictiva en relación con la modalidad de provocación definida con carácter general en el artículo 18 CP o con las específicas de los artículos 615 y 510 del mismo cuerpo legal, que en último término, y como se ha apuntado antes, podían suponer a lo sumo un problema concursal para cuya resolución la Sala a quo no precisaba del planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad alguna». Especialmente interesante resulta el voto particular del Sr. García-Calvo Montiel, en el que se destaca que el carácter objetivamente ultrajante de la negación del genocidio y la constitucionalidad del artículo 607.2 en relación con este particular se debe a que dicho precepto no castiga la mera negación de hechos, sino de delitos de genocidio («[e]l precepto pena la negación o justificación «de los delitos», no la pura negación de hechos, abrumadoramente ciertos, por desgracia para la humanidad, en el caso de la

destrucción de los judíos europeos. Propiamente, no esté en juego la libertad de información, que no protege las falsedades deliberadas («información veraz», art. 20.1.d] CE]. Está en juego la difusión de cierto tipo de ideas o doctrinas»).

3. Se menciona, además, que difícilmente puede ampararse en la libertad científica como dimensión de la libertad de expresión la negación de hechos acreditadamente ciertos. Tal circunstancia convertiría a la negación en una manifestación abiertamente mendaz, y la mendacidad no puede quedar cubierta por la libertad de expresión. Tal postura es defendida, en especial, desde el voto particular del Sr. García-Calvo y Montiel: «las ideas y doctrinas criminalizadas en el artículo 607-2.º CP son las genocidas. No se trata de propagar doctrinas simplemente adversas a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. Tampoco se trata de la pura negación de unos hechos, como puede ser el exterminio de unos seis millones de judíos por el régimen criminal que gobernó el Reich alemán entre 1933 y 1945. El precepto pena la negación o justificación “de los delitos”, no la pura negación de hechos, abrumadoramente ciertos, por desgracia para la humanidad, en el caso de la destrucción de los judíos europeos. Propiamente, no esté en juego la libertad de información, que no protege las falsedades deliberadas [“información veraz”, art. 20.1.d] CE]. Está en juego la difusión de cierto tipo de ideas o doctrinas».

4. Por último, el voto particular del Sr. Sala Sánchez defiende que la STC 235/2007 incurre en una importante incoherencia interna. En el caso de la difusión de ideas que justifiquen el genocidio el Tribunal Constitucional salva la conformidad del precepto con la Constitución afirmando que la tipificación como delito de la justificación del genocidio sería plenamente compatible con el derecho fundamental a la libertad de expresión siempre y cuando tal justificación opere como incitación indirecta a la comisión de actos de genocidio. En cambio, la STC 235/2007 no hace lo propio con la negación. En palabras del voto particular de referencia: «Quiere indicarse con esto que si “justificación”, como dice la Sentencia aprobada, equivale a “incitación indirecta” a la comisión de delitos de genocidio, de tal forma que así se produciría, “en primer lugar, cuando la justificación de tan abominable delito suponga un modo de incitación indirecta a su perpetración” o cuando, en segundo lugar, “con la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados grupos definidos mediante referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación” (F. 9), no se

comprende bien como esa misma interpretación puede resultar inadecuada cuando se trata de la conducta consistente en la “negación”. Y es que lo que el precepto cuestionado castiga en las dos conductas – no se olvide, legislativamente equiparadas– no es la simple “negación” en abstracto o la “justificación” consistente en “la proclamación de ideas o posiciones políticas propias o adhesión a las ajenas” (F. 9), sino esas mismas “negación” o “justificación” en cuanto signifiquen, como acaba de decirse, la presentación como justo de un delito de genocidio en términos tales que suponga una incitación indirecta a su comisión».

## V

1. Es ampliamente dominante en la doctrina el punto de vista de acuerdo con el cual del artículo 607.2 CP es contrario al principio de responsabilidad por el hecho. La razón que suele invocarse es que las conductas tipificadas en el precepto consisten en una visión alternativa de hechos históricos amparada por la libertad de expresión. A partir de esta premisa, este sector doctrinal concluye que el artículo 607.2 CP es, en su conjunto, contrario al principio de responsabilidad por el hecho, por constituir una manifestación de Derecho penal de autor, por lo que debe ser derogado (47).

2. Como ya se ha expuesto *supra*, no es ésta, sin embargo, la solución adoptada en el caso de la Librería Europa por el Tribunal Constitucional, que opta por declarar inconstitucional la tipificación de la negación del genocidio y conforme a la Constitución Española, con determinados límites, su justificación. La solución alcanzada por

---

(47) De esta opinión LAURENZO COPELLO, P., «La discriminación en el Código Penal de 1995», 19 (1996), pp. 269 ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, B., Comentario al artículo 607 CP, en Rodríguez Mourullo, G. (Dir.) / Jorge Barreiro, A. (Coord.), *Comentarios al Código penal*, 1997, pp. 1422 s.; GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y de la extranjería*, 1997, pp. 32 y 38; BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el derecho penal*, cit., p. 138; LANDA GOROSTIZA, J.M., *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho penal*, cit., pp. 170 s.; GARCÍA ARÁN, M., Comentario al artículo 607 CP, en Córdoba Roda, J. / García Arán, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal*, PE, II, 2004, p. 2699; DEL ROSAL BLASCO, B., Comentario al artículo 510 CP, en Cobo del Rosal, M. (Coord.), *Derecho penal español*, PE, 2.ª ed., 2005, p. 1198; JUDEL PRIETO, A., Comentario al artículo 510 CP, en Suárez-Mira Rodríguez, C. (Coord.), *Manual de Derecho penal*, PE, II, 3.ª ed., 2005, p. 731; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., Delitos contra la comunidad internacional, en LAMARCA PÉREZ, C., *Derecho penal*, PE, 3.ª ed., 2005, p. 745; RAMOS VÁZQUEZ, J.A., RP, 23 (2009), p. 135. De otra opinión SUÁREZ ESPINO, M. L., «Comentario a la STC 235/2007, de 7 de noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación de genocidio», *Indret*, 2/2008, pp. 4 ss.

la STC 235/2007 se explica fácilmente a partir de la nítida separación entre negación y justificación realizada por la Sentencia. Como afirma la STC 235/2007, no es lo mismo difundir ideas que nieguen el genocidio que hacer lo propio con ideas que lo justifiquen. Ciertamente, la negación de un genocidio, por ejemplo del holocausto nazi, puede ser contemplada, en realidad, como la negación de una incuestionable evidencia histórica. Dada la extraordinaria gravedad de los hechos objeto de la negación, la misma puede resultar merecedora del más severo reproche moral. No obstante, sigue teniendo sentido afirmar que cuando en el marco de la siempre polémica investigación histórica se emite una opinión discordante de la verdad históricamente consolidada tal opinión discrepante podría quedar amparada por la libertad científica [art. 20.1 b) CE]. Y ello, incluso, a pesar de que tal opinión pueda ser el resultado de una opinión subjetiva e interesada sobre acontecimientos históricos incontrovertidos. Tal es el punto de vista defendido por el Tribunal Constitucional en las fundamentales SSTC 214/1991, 11-11 (caso Violeta Friedman), FJ 8 y 43/2004, de 23 de marzo.

3. Así las cosas, y aunque *prima facie* ello pueda resultar paradójico, la negación del genocidio no deja de ser una opinión personal sobre acontecimientos históricos en la que no cabe apreciar, en todo caso, una humillación innecesaria de las víctimas del genocidio negado, ni tampoco una promoción de dicho delito (48). La ausencia de innecesariedad de la negación viene determinada por el hecho de que a los efectos del discurso político en el que suelen enmarcarse las manifestaciones negacionistas que nos ocupan, éstas suelen desempeñar un papel ciertamente esencial (49). En cuanto a la eventual promoción del genocidio mediante la negación del mismo, tal y como agudamente apunta LASCURAÍN SÁNCHEZ, bien podría concluirse que lo que acostumbra a suceder es más bien lo contrario: esto es, que quien niega el genocidio cometido por un determinada régimen político lo hace, precisamente, para justificar dicho régimen desmarcándolo de lo que se consideran deleznable hechos históricamente imputados a aquél. De tal modo que no resulta descabellado pensar que, al menos en algunas ocasiones, la negación del genocidio no sólo no supone promoción alguna del genocidio negado sino, acaso, todo lo contrario (50). Esta, y no otra, es la razón por la que en el § 130.3 *StGB* alemán no se castiga la mera negación del genocidio de *Aus-*

---

(48) LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., RAD 6/2010, p. 4.

(49) LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., RAD 6/2010, p. 4.

(50) LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., RAD 6/2010, p. 5.

*chwitz*, sino aquélla objetivamente adecuada para alterar la paz pública (51).

4. Así las cosas, aunque de la negación del genocidio no tiene por qué desprenderse necesariamente una promoción de tal delito, de la misma sí suele destilarse un apoyo más o menos explícito al régimen político que lo provocó. Dependiendo de las características del genocidio objeto de la negación, así como del régimen que lo fomentó, cabrá atribuir razonablemente a quien niegue su existencia una actitud interna cuanto menos antidemocrático, y cuanto más racista, xenófoba, homófoba, etc. La cuestión es, entonces, si, pese a todo ello, el apoyo explícito a un régimen político antidemocrático, xenófobo y homófobo por parte de alguien que también lo es puede quedar amparado por el derecho fundamental a la libertad de expresión.

5. La respuesta a esta pregunta es la siguiente: tales manifestaciones de apoyo a un régimen político de tales características quedará amparado por el artículo 20.1 CE siempre y cuando no atente gravemente contra la dignidad o la libertad de las víctimas del genocidio negado, ni constituya un acto de promoción del delito negado. Lo contrario, esto es, sancionar penalmente a quien de tal modo se alinea con un régimen antidemocrático, sería un claro ejemplo de Derecho penal de autor. Es cierto que el discurso de la negación es antidemocrático, y también que normalmente quien lo mantiene persigue menospreciar y degradar a los colectivos victimizados por el genocidio negado, en abierta oposición al modelo constitucional. No obstante, ni lo uno ni lo otro puede llegar a interferir en el desarrollo del Derecho fundamental a la libertad de expresión.

6. En lo que respecta al carácter antidemocrático del mensaje, baste recordar que según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional el sistema constitucional español no es una democracia militante (52).

---

(51) Lo destaca LANDA GOROSTIZA, J.M., *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho penal*, cit., pp. 165 s. En la jurisprudencia, una amplia digresión sobre la *Auschwitzlüge* puede encontrarse, por ejemplo, en la SAP Barcelona, 2.ª, 259/2010, 26-4, F.J. 6.º

(52) *Vid.*, a este respecto, y entre otras muchas, las SSTC 176/1995, 11-12, F. J. 2 y 48/2003, 12-3, FF. JJ. 4 («[e]l valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas. De ese modo, el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión no puede verse restringido por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución - y ciertamente las que se difundieron en el asunto que ha dado origen a la presente cuestión de inconstitucionalidad resultan repulsivas desde el punto de vista de la dignidad humana constitucionalmente garantizada») y 7 («[p]or circunstancias

En cuanto a la posible intención de menosprecio o discriminación del emisor del mensaje, lo cierto es que aunque tal elemento constituye uno de los aspectos más destacados por la doctrina del Tribunal Constitucional y por los abundantes instrumentos internacionales existentes sobre la materia, no lo es menos que si la desde una perspectiva objetiva la negación se articula a través de un discurso político no (innecesariamente) humillante ni incitador del delito la (más que probable) actitud racista del emisor no puede alterar en nada la conclusión de que el mensaje se halla cubierto por el artículo 20.1 CE. Lo contrario daría lugar a una inadmisibile subjetivización del Derecho penal, incompatible con el principio del hecho (53). En palabras de Lascuráin Sánchez: «Desde un punto de vista más abstracto, no parece que este tipo de hirientes y estrambóticas negaciones puedan poner en peligro, siquiera lejano, la estabilidad del sistema. (...) [A] la sociedad le interesa que luzca la insensatez de lo afirmado, para su propia deslegitimación. Su prohibición, en cambio, no sólo debilita los principios del sistema, al silenciar el discurso sobre lo público, sino que dota de proyección y brillo a la idea callada» (54).

7. Si centramos por un momento la atención de la problemática planteada en si la realización de alguna de las dos conductas alternativas descritas en el artículo 607.2 CP constituye, por principio, un acto de promoción del genocidio, deberá compartirse la impresión general de la STC 235/2007 de que no es lo mismo negar el genocidio que justificarlo. (55) Como acertadamente defiende Lascuráin Sánchez, la justificación de un hecho presupone su valoración positiva, la reivindicación de su carácter pretendidamente justo, y parece invitar a la percepción por parte del destinatario del mensaje justificativo de que el

---

históricas ligadas a su origen, nuestro ordenamiento constitucional se sustenta en la más amplia garantía de los derechos fundamentales, que no pueden limitarse en razón de que se utilicen con una finalidad anticonstitucional. Como se sabe, en nuestro sistema –a diferencia de otros de nuestro entorno– 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». Sobre estas resoluciones *vid.* LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., RAD 6/2010, p. 5.

(53) LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., RAD 6/2010, p. 6.

(54) LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., RAD 6/2010, p. 5. O como se afirma desde la STC 176/1995 (caso Makoki), F.J. 2: «no se trata aquí de discutir la realidad de hechos históricos, como el Holocausto. La libertad de expresión comprende la de errar y otra actitud al respecto entra en el terreno del dogmatismo, incurriendo en el defecto que se combate, con mentalidad totalitaria».

(55) De la misma opinión ÍÑIGO CORROZA, E., en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. (Coord.), *Casos que hicieron doctrina*, cit., p. 630.

hecho justificado debe ser realizado. Con todo ello, el mensaje justificativo vendría a estimular la reproducción del delito justificado (56).

8. No obstante, desde mi punto de vista la resolución del Tribunal Constitucional que ahora nos ocupa adolece, como mínimo, de dos importantes deficiencias. Por una parte, la STC 235/2007 afirma –recuérdese– que la tipificación de la negación del genocidio prevista en el artículo 607.2 CP es contraria al derecho fundamental a la libertad de expresión porque en el precepto se halla tipificada la mera

---

(56) LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., RAD 6/2010, p. 6. De otra opinión RAMOS VÁZQUEZ, J.A., RP, 23 (2009), pp. 135 s. No obstante, cabe admitir que, en ocasiones, la delimitación entre negación y justificación no puede establecerse de modo completamente nítido. Ello sucede en aquellos supuestos en los que la negación del genocidio se realice de tal modo que llegue a ser trivializada su propia existencia hasta el punto de ridiculizar a sus víctimas. Tal es el caso, por ejemplo, de los hechos de los que conoció en la SAP Barcelona, 10.ª, 28-9-09, relativa al caso de la Librería Kalki, aplicó el artículo 607.2 CP a un supuesto similar al de la Librería Europa. En el F.J. 7.º de la resolución se afirma: «En las publicaciones citadas en los hechos probados (...) se contienen frases que de modo evidente denigran y menosprecian al pueblo judío con intención de propugnar su más absoluta marginación social, cuando no su exterminio. Con ello se pone en peligro la pacífica convivencia ciudadana de los judíos. Y en estas mismas publicaciones, de otro lado, se hace un elogio del nacionalsocialismo, y en particular de su máximo dirigente Adolf Hitler, su lugarteniente Rudolf Hess, y de algún otro de los tristemente célebres responsables del genocidio del pueblo judío y de otras etnias, como el pueblo gitano, cometido por el régimen nazi del III Reich alemán. Queremos citar el auto del Tribunal Supremo de fecha 18 de julio de 2008 en que estimó que estaba claramente dentro de la órbita del artículo 607.2 del Código Penal, incluso después de ser objeto de la cuestión de inconstitucionalidad resuelta por la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 235/2007, “elogiar y ensalzar a dos de los más importantes protagonistas de aquellas actividades genocidas”, en referencia al genocidio judío perpetrado por el régimen nacionalsocialista alemán. Y entendemos que banalizar o ridiculizar el holocausto, como se hace en alguna de las publicaciones, es también una forma de justificar el genocidio. No nos confundamos, una cosa es negar el holocausto y otra muy distinta es banalizarlo y ridiculizarlo, como se hace en muchas de las publicaciones relacionadas en el relato de hechos probados. (...) En algunos de los textos de las publicaciones que se relacionan en el relato de hechos probados se advierte una clara intención de vilipendiar al pueblo judío pues se les tacha de mentirosos, usureros, especuladores, parásitos, gatuza, serpientes, raza de víboras, pocilga, bellacos, criminales, esbirros, se llega a negarles la condición de seres humanos, etc., y ello con clara intención de provocar la discriminación y el suficiente odio contra la comunidad judía que llegue a justificar las acciones de violencia necesarias para acabar con el pueblo judío. (...) De entre los libros y publicaciones que se han detallado en el relato de hechos probados son especialmente esclarecedores, a mero título de ejemplo, los que seguidamente se citan con transcripción literal de algunos de sus párrafos más reveladores. Son textos claramente antijudíos, que menosprecian y vilipendian al pueblo judío con la clara finalidad de incitar al odio a dicho pueblo. En algunos incluso se propugna de modo expreso la eliminación de los judíos. Y se trata de textos claramente antijudíos, no antisionistas».



negación, y no, por ejemplo, la negación objetivamente adecuada para incitar indirectamente al genocidio. Y, en cambio, cuando se trata de la justificación el Tribunal Constitucional salva el precepto mediante una relectura constitucional del mismo de acuerdo con la cual el artículo 607.2 CP sería perfectamente compatible con la Constitución si la justificación se entiende como objetivamente adecuada para incitar indirectamente al genocidio. Pues bien: si pese a que el artículo 607.2 CP no exige que la justificación del genocidio sea adecuada para incitar indirectamente a la comisión de un nuevo genocidio el Tribunal Constitucional considera no sólo posible, sino incluso constitucionalmente necesario, ¿qué impide al TC hacer lo propio con la negación del genocidio? ¿Qué es lo que le habilita a releer constitucionalmente y salvar la justificación y no le permite hacer lo propio con la negación? Tal elemento hermenéutico diferencial acaso existe, pero, lamentablemente, en la STC 235/2007 permanece oculto.

9. Además, tampoco es posible afirmar que la resolución de referencia haya sido particularmente sensible a las necesidades de taxatividad de los preceptos penales. Si la finalidad de la STC 235/2007 no es otra que recortar el artículo 607.2 CP en función de la interpretación constitucional del precepto realizada por el Tribunal, entonces el mandato de determinación obliga al TC a que el Fallo de la resolución sea formulado de un modo directo y claro. Frente a tal exigencia, el Fallo de la resolución que ahora nos ocupa concreta la relectura constitucional de la justificación del genocidio remitiéndose a un complejo y muy extenso Fundamento Jurídico, el n.º 9 de la Sentencia (57). En lugar de esta remisión, habría sido ampliamente preferible establecer el criterio interpretativo en el mismo Fallo y con una fórmula sintética, tal como, por ejemplo, la que sigue: «El tipo de justificación del genocidio no es inconstitucional si se interpreta como incitación a la comisión del delito de genocidio» (58). Tras la LO 5/2010, el artículo 607.2 CP ha permanecido inalterado (59). No

---

(57) Concretamente, el Fallo de la STC 235/2007 reza como sigue: «En atención a todo lo expuesto, el tribunal constitucional, por la autoridad que le confiere la constitución de la nación española, ha decidido estimar parcialmente la presente cuestión de inconstitucionalidad, y en consecuencia: 1.º Declarar inconstitucional y nula la inclusión de la expresión “nieguen o” en el primer inciso artículo 607.2 del Código penal. 2.º Declarar que no es inconstitucional el primer inciso del artículo 607.2 del código penal que castiga la difusión de ideas o doctrinas tendentes a justificar un delito de genocidio, interpretado en los términos del fundamento jurídico 9 de esta sentencia. 3.º Desestimar la cuestión de inconstitucionalidad en todo lo demás».

(58) LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., RAD 6/2010, p. 7.

(59) Y ello a pesar de la propuesta de reforma contenida en el Anteproyecto de Ley Integral para la igualdad de trato y la no discriminación elaborado por el ya

cabe descartar que una de las razones que explican la ausencia de adaptación del precepto a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la STC 235/2007 sea, precisamente, su falta de taxatividad.

10. Sin perjuicio de lo hasta ahora afirmado, que el actual artículo 607.2 CP pueda ser considerado –con todos los matices introducidos por la STC 235/2007 y las observaciones realizadas *supra* al contenido de tal resolución– conforme a la Constitución Española no significa, en modo alguno, que desde un punto de vista político-criminal sea un precepto compartible. Por una parte, si lo que el artículo 607.2 CP pretende no es sino proteger el honor y la dignidad de los miembros de un colectivo minoritario –o del colectivo como tal– ante expresiones vejatorias, como podrían serlo, por ejemplo, las que consisten en la negación o la justificación de un genocidio, quizá bastaría subsumir tales hechos en el artículo 510.2 CP (60), los delitos contra el honor o, incluso, contra la integridad moral de las personas o colectivos ofendidos (61). Debe recordarse, a este respecto, que a pesar de que en sus orígenes la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no se mostraba partidaria de que las personas jurídicas pudieran ser titulares del derecho al honor en atención al carácter personalista del derecho al honor, en la actualidad se muestra, en cambio, partidaria de

---

extinto Ministerio de Igualdad, y que en lo que ahora nos ocupa fue parcialmente compartida por el Ministerio de Justicia. En concreto, la propuesta de reforma del artículo 607.2 CP y su justificación rezó como sigue: «De acuerdo con la STC 235/2007, de 7 de noviembre, relativo al caso de la Librería Europa, la negación del Holocausto nazi, o de cualquier otro episodio histórico de Genocidio, se encuentra amparada por el derecho fundamental a la libertad de expresión (art. 20.1 CE). Según el TC, la excepción a esta regla viene representada por los casos en los que, salvo en aquellos supuestos en los que la negación se realice de modo adecuado para incitar a la violencia contra aquellas personas que pertenezcan a los mismos grupos que en su día fueron víctimas del concreto delito de genocidio cuya inexistencia se pretende (STEDH Ergogdu & Ince c. Turquía, de 8 de julio de 1999); o, cuando menos, para provocar un clima de hostilidad social contra dichos grupos. Puesto que los casos en los que ocurriría lo primero ya se encuentran contemplados en el artículo 510.1 CP, se propone la reforma del artículo 607.2 CP en el sentido siguiente: «La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo de modo adecuado para provocar un clima de hostilidad social contra las personas que pertenezcan a los mismos grupos que en su día fueron víctimas del concreto delito de genocidio cuya inexistencia se pretende, o justifiquen o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años».

(60) BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el derecho penal*, cit., pp. 140 s.

(61) LANDA GOROSTIZA, J.M., *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho penal*, cit., p. 172. En un sentido parecido GARCÍA ARÁN, M., Comentario al artículo 607 CP, en Córdoba Roda, J. / García Arán, M. (Dirs.), *Comentarios al Código penal*, PE, II, 2004, p. 2699.

extender dicha titularidad a las personas jurídicas, entendiendo que la protección de su reputación resulta esencial para el cumplimiento de sus fines (62).

11. Por lo demás, si, según la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional la tipificación de la negación de genocidio es contraria al derecho fundamental a la libertad de expresión y la de su justificación sólo es conforme con la Carta Magna en la medida en que implique una incitación al genocidio, entonces la cuestión es la siguiente: ¿realmente sirve para algo el artículo 607.2 CP? Desde mi punto de vista, la respuesta a esta pregunta debe ser negativa. Por una parte, si –como suele suceder en estos casos– la justificación del genocidio implicase incitación al genocidio directa y por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, entonces la conducta resultará subsumible en el artículo 615 CP (63). Si la incitación es, en cambio, indirecta, sería de aplicación, entonces, el artículo 510.1 CP. En suma: si los casos de justificación del genocidio debe serlo también de incitación al genocidio, y ésta ya se encuentra contemplada en los arts. 510.1 CP (indirecta) y 615 CP (directa), ¿qué espacio de la incitación al genocidio vendría a cubrir el artículo 607.2 CP? (64) Desde mi punto de vista la respuesta es clara: ninguno. Se trata, por tanto, de un claro ejemplo de Derecho penal simbólico, en el sentido más negativamente connotado del término.

---

(62) El cambio de criterio se produjo como consecuencia de la STC 139/1995 F 5: «*la persona jurídica también puede ver lesionado su derecho al honor a través de la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena*». Han seguido posteriormente esta línea, entre otras muchas resoluciones, la STC 160/2003 F.J. 3, y el AAP Barcelona 5.ª, 221/06, 20-4.

(63) De la misma opinión FEIJOO SÁNCHEZ, B., Comentario al artículo 607 CP, en Rodríguez Mourullo, G. (Dir.) / Jorge Barreiro, A. (Coord.), *Comentarios al Código penal*, 1997, p. 1424; BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el derecho penal*, cit., p. 139.

(64) En un sentido similar SILVA SÁNCHEZ, J.M., «La regulación del *iter criminis*», en el mismo, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, p. 157.



# Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

GEMA MARTÍNEZ GALINDO

Doctora en Derecho. Abogada

## CONSTITUCIÓN

### ARTÍCULO 18.3

#### *Intervención de las comunicaciones telefónicas. Deber de motivación*

«La resolución judicial que acuerda una intervención telefónica ha de justificar la existencia de los presupuestos materiales habilitantes de la intervención: los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave y de la conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados. Indicios que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento (.../...) si el secreto pudiera alzarse sobre la base de meras hipótesis subjetivas, el derecho al secreto de las comunicaciones, tal y como la CE lo configura, quedaría materialmente vacío de contenido» (STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; en el mismo sentido, SSTC 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 14/2001, de 29 de enero, FJ 5; 138/2001, de 18 de junio, FJ 3; 202/2001, de 15 de octubre, FJ 4; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 11; 261/2005, de 24 de octubre, FJ 2; 220/2006, de 3 de julio, FJ 3).»

(STC 197/2009, de 28 de septiembre. Recurso de amparo núm. 891/2007. Ponente: D. Javier Delgado Barrio. «BOE» 21-10-09. En sentido similar SSTC 220/2009, de 21 de diciembre, y 26/2010, de 27 de abril.)

«Por lo que respecta a las exigencias de motivación que ha de cumplir la autorización judicial de una intervención telefónica para considerarla constitucionalmente legítima, reiteradamente hemos afirmado que, además de precisar el número o números de teléfono que han de intervenir, la duración de la intervención, quién ha de llevarla a cabo y cuándo ha de darse cuenta al órgano judicial, han de explicitarse en

ella los presupuestos materiales habilitantes de la intervención, esto es, los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave y de la conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados. Y ello a fin de excluir que se trate de una investigación meramente prospectiva, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan en los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional (por todas, entre otras muchas, SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 2; 253/2006, de 11 de septiembre, FJ 2; 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 4). También hemos afirmado que, aunque es deseable que la resolución judicial contenga en sí misma todos los datos anteriores, puede considerarse suficientemente motivada si, integrada con la solicitud policial, a la que puede remitirse, contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad (por todas, SSTC 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 9; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 2; 136/2006, de 8 de mayo, FJ 4; 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 4).

(.../...)

En cuanto a la denunciada vulneración del art. 18.3 CE derivada de un deficiente control judicial de la intervención, no ponen en cuestión los recurrentes que el órgano judicial haya efectuado un seguimiento de la misma y conocido los resultados de la investigación, sino que se afirma que tal control no existió porque no consta la notificación de los Autos que autorizan la intervención al Ministerio Fiscal. Una queja que ha de rechazarse igualmente, en aplicación de la doctrina sentada por la STC 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 7, y reiterada en las SSTC 219/2009 y 220/2009, de 21 de diciembre, FJ 6.

Como recordábamos en estas Sentencias, desde la STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 6, dictada por el Pleno de este Tribunal, venimos señalando que la garantía jurisdiccional del secreto de las comunicaciones no se colma con la concurrencia formal de una autorización procedente de un órgano jurisdiccional (en el caso del ordenamiento español, el Juez de Instrucción, al que la Ley de enjuiciamiento criminal configura como titular de la investigación oficial), sino que ésta ha de ser dictada en un proceso, único cauce que permite hacer controlable, y con ello jurídicamente eficaz, la propia actuación judicial. En ese contexto –y siempre en referencia a supuestos en los que los Autos de intervención y prórroga se dictan en el seno de unas “diligencias indeterminadas”, que no constituyen en rigor un proceso legalmente existente– posteriores resoluciones han declarado contrario a las exigencias de control de la intervención la falta de notificación al Ministerio Fiscal de los Autos de intervención o prórroga, cuando no existe constancia de que efectivamente se produjera tal conocimiento, en la medida en que tal ausencia impidió el control inicial del desarrollo y cese de la medida, en sustitución del interesado, por el garante de los derechos de los ciudadanos (SSTC 205/2002, de 11 de noviembre, FJ 5; 165/2005, de 20 de junio, FJ 7; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 5; 146/2006, de 8 de mayo, FJ 4). Por tanto, “lo que nuestra doctrina ha considerado contrario a las exigencias del art. 18.3 CE no es la mera inexistencia de un acto de notificación formal al Ministerio Fiscal de la intervención telefónica –tanto del Auto que inicialmente la autoriza como de sus prórrogas–, sino el hecho de que la misma, al no ser puesta en conocimiento del Fiscal, pueda acordarse y mantenerse en un secreto constitucionalmente inaceptable, en la medida en que no se adopta en el seno de un auténtico proceso que permite el control de su desarrollo y cese” (STC 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 7). Lo que llevaba a

concluir que en el caso enjuiciado en esta Sentencia –en el que las intervenciones telefónicas se acordaron en el seno de unas diligencias previas, de cuya existencia tuvo conocimiento el Ministerio Fiscal desde el primer momento–, la falta de constancia en las actuaciones de un acto formal de notificación al Fiscal de los Autos que autorizan y prorrogan las intervenciones telefónicas, no constituía un defecto constitucionalmente relevante en el control de la intervención, en la medida en que no impidió el control inicial de su desarrollo y cese y no consagraba, por tanto, un “secreto constitucionalmente inaceptable”.»

(STC 5/2010, de 7 de abril. Recurso de amparo núm. 431/2007. Ponente: D.ª M.ª Emilia Casas Baamonde. «BOE» 07-05-10.)

## ARTÍCULO 20.1

### *Derecho a la libertad de expresión y a comunicar información*

«Respecto a la libertad de información hemos recordado (por todas, STC 29/2009, de 26 de enero, FJ 4) 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, FJ 2). 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”. Y “con relación al requisito de la veracidad de la información este Tribunal ha señalado que la libertad reconocida en el art. 20.1.d) CE no se erige únicamente en derecho propio de su titular, sino en una pieza esencial en la configuración del Estado democrático, garantizando la formación de una opinión pública libre y la realización del pluralismo como principio básico de convivencia”.

Es 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 aquella, rechazando como tal derecho constitucional la transmisión de rumores, invenciones o insinuaciones insidiosas, así como la de noticias gratuitas o infundadas (STC 199/1999, de 8 de noviembre, FJ 2).

Hemos también insistido reiteradamente en que el concepto de veracidad no coincide con el de la verdad 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. 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 haya efectuado la referida indagación con la diligencia exigible a un profesional de la información (SSTC 21/2000, de 31 de enero, FJ 5; STC 29/2009, de 26 de enero, FJ 4).

Por lo que hace a la relevancia hemos afirmado (STC 29/2009, de 26 de enero, FJ 4) 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”. Y hemos precisado que 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” (STC 105/1990, de 6 de junio, FJ 4).

(.../...)

Este Tribunal ha sistematizado recientemente su doctrina sobre la libertad de expresión en la STC 9/2007, de 15 de enero, FJ 4, en la cual, a propósito de un conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión, hemos afirmado que la colisión entre estos derechos debe resolverse a través de una adecuada ponderación, teniendo en cuenta la peculiar dimensión institucional de la libertad de expresión y la necesidad de que ésta goce de un amplio cauce para el intercambio de ideas y opiniones. Se recuerda en esta Sentencia que la libertad de expresión es uno de los fundamentos indiscutibles del orden constitucional, colocada en una posición preferente, objeto de especial protección y necesitada de un amplio espacio exento de coacción, lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angostura; esto es, sin timidez y sin temor.

También hemos dicho en la citada STC 9/2007, de 15 de enero, FJ 4, que “el derecho a la libertad de expresión, al referirse a la formulación de pensamientos, ideas y opiniones, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas”.

Además de la valoración objetiva de las palabras pronunciadas, recordamos en la STC 160/2003, de 15 de septiembre, que en la ponderación del derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor deben tenerse en cuenta las circunstancias, el contexto, la relevancia pública del asunto y el carácter de personaje público del sujeto sobre el que se emite la crítica u opinión.»

(STC 50/2010, de 4 de octubre. Recurso de amparo núm. 5001/2004. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez. «BOE» 29-10-10.)

### *Derechos a la libertad de expresión y de información. Diferencia con los delitos de injurias y calumnias*

«Las expresiones y opiniones del recurrente sobre el Alcalde de la población que fueron objeto de sanción, quedaron encuadradas en el ámbito de los pensamientos y juicios de valor, esto es, de la libertad de expresión y difusión de pensamientos, y opiniones [art. 20.1 a) CE], respecto del cual hemos apreciado que “dispone de un campo de acción muy amplio (STC 107/1988), que viene delimitado sólo por la ausencia de expresiones intrínsecamente vejatorias, que resulten impertinentes e innecesarias para su exposición” (STC 56/2008, de 14 de abril, FJ 5) “o carentes de interés público” (STC 51/1989, de 22 de febrero, FJ 2). Así pues, el juez penal ha de atenerse a esta amplitud de la protección constitucional, para “no correr el riesgo de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, lo que,



sin duda, resulta indeseable en el Estado democrático” (STC 105/1990, de 6 de junio, FFJJ 4 y 8; STEDH, Caso Castells, 23 de abril de 1992, § 46).»

(STC 89/2010, de 15 de noviembre. Recurso de amparo núm. 7948/2005. Ponente. D. Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» 17-12-10.)

## ARTÍCULO 20.5

### *Secuestro de publicaciones y grabaciones*

«La propia Constitución en su art. 20.5 CE, *contrario sensu*, legitima el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de una resolución judicial. Hemos señalado al respecto que tal autorización se refiere tanto al secuestro entendido en sentido estricto en tanto que “puesta a disposición del órgano judicial que lo ha acordado del soporte material, sea éste un impreso, publicación, grabación o cualquier otro medio de difusión de mensajes”, como también, para la debida protección de los derechos fundamentales y otros bienes o valores jurídicos constitucionalmente protegidos, a “medidas de urgencia diferentes del secuestro que bien pudieran responder a una finalidad diversa, como sería la preservación de aquéllos frente al riesgo de sufrir daños inminentes e irreparables” (STC 187/1999, de 25 de octubre, FJ 6). No cabe duda, por tanto, de que la Constitución permite que se adopten medidas cautelares que impliquen la interdicción de difusión pública de una obra, destinadas a asegurar la eficacia de la protección judicial de los derechos fundamentales.

La intensa afeción que estas medidas ejercen sobre los derechos a la libertad de expresión e información nos han llevado, sin embargo, a establecer una serie de cautelas referidas a los requisitos que ha de reunir en estos casos la decisión judicial. Así, “sin Ley que habilite para adoptar una tan severa medida, el Juez carece de cualquier potestad al respecto. En efecto, no cabe inducir de la letra del art. 20.5 C.E. un apoderamiento genérico a los Jueces y Tribunales para acordar secuestros o medidas equivalentes, como la enjuiciada, limitando el libre ejercicio de la libertad de expresión y el derecho a informar y a ser informado sin que, por otra parte, su pleno sometimiento al imperio de la Ley les permita actuar extramuros de ella, *praeter legem*, siempre a instancia de parte y nunca por iniciativa propia, *ex officio*” (STC 187/1999, de 25 de octubre, FJ 6).»

(STC 34/2010, de 19 de julio. Recursos de amparo acumulados núms. 6565/2005 y 6566/2005. Ponente: D.ª Elisa Pérez Vera. «BOE» 9-08-10.)

## ARTÍCULO 24.1

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Acceso a la jurisdicción*

«Constituye doctrina consolidada de este Tribunal (por todas, SSTC 52/2007, de 12 de marzo, FJ 2; y 25/2008, de 11 de febrero, FJ 4), que uno de los contenidos esenciales del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) es el derecho a obtener una resolución sobre el fondo del asunto planteado oportunamente ante los órganos judiciales, si bien ese derecho queda igualmente satisfecho si el órgano judicial, por concurrir una

causa legal apreciada razonadamente, dicta una resolución de inadmisión. Dada la trascendencia que para la tutela judicial tienen las decisiones de denegación de acceso a la jurisdicción, su control constitucional ha de verificarse de forma especialmente intensa, a través de los criterios que proporciona el principio *pro actione*, entendido no “como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles de las normas que la regulan”, sino como “la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican” (STC 88/1997, de 5 de mayo, FJ 2).»

[STC 139/2010, de 21 de diciembre. Recursos de amparo 7365/2006 y 2186/2007 (acumulados). Ponente: D.<sup>a</sup> Elisa Pérez Vera. «BOE» 19-1-11. En el mismo sentido, STC 27/2010, de 27 de abril.]

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Acceso a los recursos*

«De acuerdo con la STC 157/2009, de 29 de junio, FJ 2, entre otras muchas: “Siendo el derecho de acceso a los recursos un derecho de configuración legal, que por tanto encuentra su contenido y alcance en las condiciones fijadas por cada una de las leyes procesales, el control que ha de ejercer el Tribunal tiene un menor grado de intensidad que el que se derivaría del derecho de acceso a la jurisdicción (STC 122/2007, de 21 de mayo, FJ 4). Así hemos reiterado que la decisión sobre la admisión de los recursos y la verificación de la concurrencia de los requisitos materiales y procesales a que están sujetos ‘constituye una cuestión de mera legalidad ordinaria que corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que les atribuye el art. 117.3 CE’ (STC 71/2002, de 8 de abril, FJ 3). Es a los Jueces y Tribunales, por lo tanto, a quienes corresponde determinar cuáles son los requisitos y presupuestos que la ley exige para el acceso a los recursos que establece, así como la verificación y control de su concurrencia en cada caso. El Tribunal Constitucional no puede entrar a enjuiciar la corrección jurídica de las resoluciones judiciales que interpretan y aplican las reglas procesales que regulan el acceso a los recursos.»

(STC 90/2010, de 15 de noviembre. Recurso de amparo núm. 2760/2006. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez. «BOE» 17-12-10.)

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Actos de notificación por los Tribunales*

«Este Tribunal ha declarado reiteradamente que los actos de notificación, como en general todos los actos de comunicación de los órganos judiciales con quienes son o deben ser parte en el proceso cumplen una función relevante en cuanto garantías del derecho de defensa, cuya plena efectividad se posibilita a través de la correcta notificación que, al dar noticia de la correspondiente resolución judicial, permite al afectado adoptar la conducta procesal que estime conveniente a la defensa de sus intereses, singularmente la interposición de los recursos procedentes. En consecuencia, a fin de posibilitar un juicio contradictorio y evitar la indefensión constitucionalmente proscrita por el art. 24.1 CE, los órganos judiciales han de observar un especial deber de diligencia en la realización de los actos de comunicación procesal, debiendo adoptar todas las cautelas y garantías que resulten razonablemente adecuadas para asegurar el

conocimiento personal de la comunicación por el destinatario de la misma, garantizando de este modo que pueda comparecer en el proceso y defender sus posiciones (por todas, SSTC 9/1981, de 31 de marzo, FJ 6; 58/1998, de 16 de marzo, FJ 3; 145/2000, de 29 de mayo, FJ 2; 199/2002, de 28 de octubre, FJ 2).

No obstante, hemos considerado constitucionalmente válidas las formas de comunicación procesal realizadas con personas distintas de los destinatarios del acto o resolución judicial, pues así lo exige el aseguramiento del desarrollo normal del proceso y la necesidad de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de la contraparte, si bien exigiendo en estos casos un especial rigor en la práctica del acto procesal de comunicación, al no quedar igualmente garantizado su conocimiento por el afectado, así como que el órgano judicial no se conforme con el mero cumplimiento formal de los requisitos exigidos por la ley procesal, sino que se asegure, en la medida de lo posible, de su efectividad real (por todas, SSTC 59/1998, 16 de marzo, FJ 3; 199/2002, de 28 de octubre, FJ 2).

Igualmente, este Tribunal ha afirmado que los órganos judiciales no pueden presumir, sin lesionar el derecho consagrado en el art. 24.1 CE, que las notificaciones realizadas a través de terceras personas (conserje de la finca, vecino, Procurador) hayan llegado al conocimiento de la parte interesada, cuando la misma cuestiona fundamentalmente la recepción del acto de comunicación procesal o la fecha en que le fue entregada la cédula por el tercero, supuesto en el cual, a la vista de las circunstancias del caso, de las alegaciones formuladas y de la prueba que pudiera eventualmente practicarse están obligados a emitir un pronunciamiento expreso sobre la posibilidad o no de que el tercero haya cumplido con su deber de hacer llegar en tiempo el acto de comunicación procesal a su destinatario (SSTC 275/1993, de 20 de septiembre, FJ 4; 59/1998, de 16 de marzo, FJ 3; 78/1999, de 26 de abril, FJ 2; 199/2002, de 28 de octubre, FJ 2; 116/2004, de 12 de julio, FJ 5).»

(STC 3/2010, de 17 de marzo. Recurso de amparo núm. 5475/2006. Ponente: D.ª M.ª Emilia Casas Baamonde. «BOE» 16-04-10.)

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Cosa juzgada. Intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes*

«Este Tribunal ha reiterado (por todas STC 17/2008, de 31 de enero) que “una de las proyecciones del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE consiste en el derecho a que las resoluciones judiciales alcancen la eficacia querida por el ordenamiento, lo que significa tanto el derecho a que las resoluciones judiciales se ejecuten en sus propios términos como el respeto a su firmeza y a la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas, sin perjuicio, naturalmente, de su revisión o modificación a través de los cauces extraordinarios legalmente reconocidos. En otro caso, es decir, si se desconociera el efecto de la cosa juzgada material, se privaría de eficacia a lo que se decidió con firmeza en el proceso, lesionándose así la paz y seguridad jurídica de quien se vio protegido judicialmente por una sentencia dictada en un proceso anterior entre las mismas partes (entre otras, SSTC 159/1987, de 26 de octubre, FJ 2; 135/1994, de 9 de mayo, FJ 2; 198/1994, de 4 de julio, FJ 3; 59/1996, de 15 de abril, FJ 2; 43/1998, de 24 de febrero, FJ 3; 53/2000, de 28 de febrero, FJ 6; 55/2000, de 28 de febrero, FJ 4; 207/2000, de 24 de julio, FJ 2; 309/2000, de 18 de diciembre, FJ 3; y 151/2001, de 2 de julio, FJ 3).»

(STC 62/2010, de 18 de octubre. Recurso de amparo 5377/2005. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez. «BOE» 18-11-10.)

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a obtener una resolución fundada en Derecho en supuestos de denuncias por malos tratos*

«Este Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con las decisiones judiciales de sobreseimiento y archivo de causas penales incoadas por denuncias de torturas o de tratos inhumanos o degradantes en las más recientes SSTC 224/2007, de 22 de octubre; 34/2008, de 25 de febrero (FFJJ 4 y 6), 52/2008, de 14 de abril (FJ 2), y 107/2008, de 22 de septiembre (FJ 2).

En esta jurisprudencia este Tribunal ha destacado, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre este particular (por todas, SSTEDH de 16 de diciembre de 2003, *Kmetty c. Hungría*, § 37, y de 2 de noviembre de 2004, *Martínez Sala y otros c. España*, §156), que el derecho a la tutela judicial efectiva de quien denuncia haber sido víctima de torturas o de tratos inhumanos o degradantes exige una resolución motivada y fundada en Derecho y acorde con la prohibición absoluta de tales conductas, en que se “ha de tener en cuenta la gravedad de la quiebra de esta prohibición y el tipo de actividad judicial necesaria para preservarla dadas su difícil detectabilidad y la especial dependencia respecto de dicha actividad judicial de la indemnidad de la dignidad de la persona, objeto central de protección de la prohibición.

(.../...)

Este Tribunal ha subrayado asimismo que para valorar si la decisión judicial de archivar las diligencias abiertas vulnera o no las exigencias del art. 24.1 CE, por existir aún sospechas razonables de tortura, susceptibles además de ser disipadas mediante el agotamiento de los oportunos medios de investigación disponibles, hay que atender a las circunstancias concretas de cada caso y hacerlo siempre teniendo presente la escasez de pruebas que de ordinario existen en este tipo de delitos. Precisamente este déficit probatorio “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”.»

(STC 40/2010, de 19 de julio. Recurso de amparo núm. 2315/2009. Ponente. D. Pascual Sala Sánchez. «BOE» 9-8-10. En el mismo sentido, STC 63/2010, de 18 de octubre.)

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Error patente*

«Procede, pues, comenzar nuestro enjuiciamiento recordando la consolidada doctrina de este Tribunal sobre el error con relevancia constitucional; la STC 167/2008, de 15 de diciembre, nos ofrece una síntesis precisa de la misma. Señala dicha Sentencia, citando otras anteriores, que: “para poder apreciar un error de este tipo es necesario que concurren los siguientes requisitos: a) que el error sea determinante de la decisión adoptada, esto es, que constituya el soporte único o básico de la resolución (*ratio decidendi*), de modo que, constatada su existencia, la fundamentación jurídica de la resolución judicial pierda el sentido y alcance que la justificaba, y no pueda conocerse cuál hubiese sido su sentido de no haberse incurrido en el error; b) que sea atribuible al órgano judicial, es decir, que no sea imputable a la negligencia de la parte; c) que sea de carácter eminentemente fáctico, además de patente, esto es, inme-

diatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales y sin necesidad de recurrir a ninguna valoración o consideración jurídica; y d) que produzca efectos negativos en la esfera del ciudadano.» (FJ 2).»

(STC 92/2010, de 15 de noviembre. Recurso de amparo núm. 10064/2006. Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» 17-12-10.)

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Incongruencia de las resoluciones judiciales*

«Conforme a reiterada jurisprudencia de este Tribunal, la incongruencia omisiva o *ex silentio* es un quebrantamiento de forma que sólo alcanza relevancia constitucional y determina la vulneración del art. 24.1 CE cuando, al dejar imprejuzgada la pretensión oportunamente planteada por una de las partes del proceso, los órganos judiciales no tutelan los derechos o intereses legítimos sometidos a su jurisdicción, provocando una denegación de justicia (por todas, SSTC 8/2004, de 9 de febrero, FJ 4; 52/2005, de 14 de marzo, FJ 2; 67/2007, de 27 de marzo, FJ 2; 138/2007, de 4 de junio, FJ 2; 165/2008, de 15 de diciembre, FJ 2).»

(STC 220/2009, de 21 de diciembre. Recurso de amparo núm. 3453/2007. Ponente: D.<sup>a</sup> María Emilia Casas Baamonde. «BOE» 18-1-2010. En el mismo sentido, STC 24/2010, de 27 de abril.)

«Por lo que se refiere a la incongruencia *extra petitum*, este Tribunal ha reiterado que este tipo de incongruencia por exceso se produce cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes, y que implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones (por todas, STC 50/2007, de 12 de marzo).

Ahora bien, también se ha destacado que el órgano judicial sólo está vinculado por la esencia de lo pedido y discutido en el pleito, y no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formalmente solicitadas por los litigantes, de forma que no existirá la incongruencia *extra petitum* cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una pretensión que, aun cuando no fue formal o expresamente ejercitada, estaba implícita o era consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso, como ocurre en materia de intereses legales o de costas procesales (por todas, STC 278/2006, de 25 de septiembre, FJ 3).»

(STC 24/2010, de 27 de abril. Recurso de amparo núm. 5262/2006. Ponente: D. Pablo Pérez Tremps. «BOE» 27-5-10.)

## ARTÍCULO 24.2

### *Derecho a un proceso con todas las garantías. Valoración de las pruebas en segunda instancia penal*

«Según expone la STC 120/2009, de 18 de mayo, FJ 3, invocando la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto, la exigencia de la garantía de la

audiencia del acusado en fase de recurso depende de las características del proceso en su conjunto. Más concretamente, en la STEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, § 53, se destaca que cuando se celebra una audiencia pública en la primera instancia, la omisión del debate en apelación puede estar justificada por las particularidades del procedimiento, teniendo en cuenta la naturaleza del sistema de apelación... el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado también que cuando el Tribunal de apelación ha de conocer de cuestiones de hecho y de Derecho, estudiando en general la cuestión de la culpabilidad o la inocencia, no puede, por motivos de equidad en el proceso, resolver sin la apreciación directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa (entre otras, SSTEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, § 55; 1 de diciembre de 2005, caso Iliescu y Chiforec c. Rumanía, § 39; 18 de octubre de 2006, caso Hermi c. Italia, § 64; 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España, § 27).»

(STC 184/2009, de 7 de septiembre. Recurso de amparo núm. 7052/2005. Ponente: D.<sup>a</sup> Elisa Pérez Vera. «BOE» 7-10-10. En sentido similar, STC 1/2010, de 11 de enero.)

«El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que la apelación no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible, de modo que en tales casos el nuevo examen por el Tribunal de apelación de la declaración de culpabilidad del acusado exige una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas (SSTEDH de 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani c. Suecia, § 32; 29 de octubre de 1991, caso Helmers c. Suecia, §§ 36, 37 y 39; 29 de octubre de 1991, caso Jan-Åke Andersson c. Suecia, § 28; 29 de octubre de 1991, caso Fejde c. Suecia, § 32). En este sentido el Tribunal ha declarado también en su Sentencia de 27 de junio de 2000 –caso Constantinescu c. Rumanía, §§ 54 y 55, 58 y 59– que cuando la instancia de apelación está llamada a conocer de un asunto en sus aspectos de hecho y de Derecho y a estudiar en su conjunto la cuestión de la culpabilidad o inocencia del acusado, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir esas cuestiones sin la apreciación de los testimonios presentados en persona por el propio acusado que sostiene que no ha cometido la acción considerada infracción penal, precisando en ese supuesto que, tras el pronunciamiento absolutorio en primera instancia, el acusado debía ser oído por el Tribunal de apelación especialmente... Doctrina que reitera en la Sentencia de 25 de julio de 2000 –caso Tierce y otros c. San Marino, §§ 94, 95 y 96–, en la que excluye que la ausencia de hechos nuevos sea suficiente para justificar la excepción a la necesidad de debates públicos en apelación en presencia del acusado, debiendo tenerse en cuenta ante todo la naturaleza de las cuestiones sometidas al Juez de apelación. Más recientemente, en las SSTEDH de 27 de noviembre de 2007, caso Popovici c. Moldavia (§ 71); 16 de diciembre de 2008, caso Bazo González c. España (§ 31); y 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España (§ 37), se reitera que la condena en apelación de quien fue inicialmente absuelto en una primera instancia en la que se practicaron pruebas personales, sin que hubiera sido oído personalmente por el Tribunal de apelación ante el que se debatieron cuestiones de hecho afectantes a la declaración de inocencia o culpabilidad del recurrente, no es conforme con las exigencias de un proceso equitativo tal como es garantizado por el art. 6.1 del Convenio». Añadiendo en FJ 4: “En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la STEDH 29 de octubre de 1991, caso Jan-Ake Andersson c. Suecia, aprecia que no existe violación del derecho a un proceso justo cuando no se reproduce el debate público con intermediación en la apelación en los supuestos en que

‘no se plantea ninguna cuestión de hecho o de derecho que no pueda resolverse adecuadamente sobre la base de los autos’, por lo que no hay violación del art. 6.1 del Convenio (en el mismo sentido, SSTEDH de 29 de octubre de 1991, caso Fejde c. Suecia; de 5 de diciembre de 2002, caso Hoppe c. Alemania; y de 16 de diciembre de 2008, caso Bazo González c. España, § 36)’.

“Como es notorio, la insuficiencia del acta del juicio como medio de documentación de las pruebas de carácter personal –incluso cuando el empleo de estenotipia permita consignar literalmente las palabras pronunciadas en el curso del acto– viene dada por la imposibilidad de reflejar los aspectos comunicativos no verbales de toda declaración. Ciertamente tal deficiencia no puede predicarse sin más de aquellos medios que con creciente calidad transmiten o reproducen las declaraciones, como acontece con la videoconferencia y con la grabación en soporte audiovisual, lo cual nos aboca a valorar si el concepto tradicional de intermediación debe modularse ante el incesante progreso de las técnicas de transmisión y reproducción de la imagen y del sonido. Con carácter general, aun cuando cabe señalar una vertiente de la intermediación que se identifica con la presencia judicial durante la práctica de la prueba (art. 229.2 LOPJ), en un sentido más estricto hemos establecido que ‘la garantía de la intermediación consiste en que la prueba se practique ante el órgano judicial al que corresponde su valoración’ (por todas, STC 16/2009, de 26 de enero, FJ 5)’.”

(STC 2/2010, de 11 de enero. Recurso de amparo núm. 11604/2006. Ponente. D. Ramón Rodríguez-Arribas. «BOE» 10-02-10.)

«Conviene traer a colación, siquiera de manera sucinta, la consolidada doctrina constitucional, iniciada en la STC 167/2002, de 18 de septiembre, y reiterada en numerosas Sentencias posteriores, según la cual el respeto a los principios de publicidad, intermediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho fundamental invocado, impone inexorablemente que toda condena articulada sobre pruebas personales 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. Así, cuando en la apelación se planteen cuestiones de hecho suscitadas por la valoración o ponderación de pruebas personales de las que dependa la condena o absolución 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. Por lo que el respeto a los principios de publicidad, intermediación 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, antes de corregir la efectuada por el órgano de instancia (entre las últimas, SSTC 21/2009, de 26 de enero, FJ 2; 108/2009, de 11 de mayo, FJ 3; 118/2009, de 18 de mayo, FJ 3 y 214/2009, de 30 de noviembre, FJ 2).»

(STC 30/2010, de 17 de mayo. Recurso de amparo núm. 6229/2006. Ponente. D.ª Elisa Pérez Vera. «BOE» 12-6-10.)

«En relación con el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) en supuestos de condena en segunda instancia, es jurisprudencia ya reiterada de este Tribunal, iniciada en la STC 167/2002, de 18 de septiembre (FFJJ 9 a 11), y seguida en numerosas Sentencias posteriores (entre las últimas, SSTC 49/2009, de 23 de febrero, FJ 2; 30/2010 de 17 de mayo, FJ 2), que el respeto a los principios de publi-

cidad, intermediación y contradicción, contenidos en el derecho a un proceso con todas las garantías, impone inexorablemente que toda condena se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente y en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción. Por ello, se ha apreciado la vulneración de este derecho fundamental en los supuestos en los que, tras ser dictada una Sentencia penal absolutoria en primera instancia, la misma es revocada en apelación y dictada una Sentencia condenatoria justificada en una diferente valoración de pruebas, como las declaraciones de los acusados o declaraciones testificales que por su carácter personal no podían ser valoradas de nuevo sin su examen directo en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción.

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 intermediación (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; 196/2007, de 11 de septiembre, FJ 2; y 36/2008, de 25 de febrero, FJ 5). Pero también hemos reiterado 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 de primera instancia, sin examinar directa y personalmente dichas pruebas (por todas, STC 217/2006, de 3 de julio, FJ 1; 36/2008, de 25 de febrero, FJ 5; 49/2009, de 23 de febrero, FJ 2; y 144/2009, de 15 de junio, FJ 2).»

(STC 127/2010, de 29 de noviembre. Recurso de amparo 4483/2007. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo. «BOE» 5-1-2011.)

### *Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*

«Conforme a reiterada doctrina de este Tribunal, es requisito indispensable para que pueda estimarse vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas que el recurrente las haya invocado en el procedimiento judicial previo, mediante el requerimiento expreso al órgano judicial supuestamente causante de tales dilaciones para que cese en las mismas. Esta exigencia, lejos de ser un mero formalismo, tiene por finalidad ofrecer a los órganos judiciales la oportunidad de pronunciarse sobre la violación constitucional invocada, haciendo posible su reparación al poner remedio al retraso o a la paralización en la tramitación del proceso, con lo que se preserva el carácter subsidiario del recurso de amparo.»

(STC 5/2010, de 7 de abril. Recurso de amparo 431/2007. Ponente: D.<sup>a</sup> María Emilia Casas Baamonde. «BOE» 7-05-10.)

«El Tribunal Constitucional recogió su doctrina, elaborada de acuerdo con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, según la cual las demoras en el proceso aun cuando sean debidas a deficiencias estructurales no pueden restringir el alcance y contenido del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas.

A continuación el Tribunal indicó que esta doctrina es aplicable a aquellos casos en los que, como el presente, el propio Juzgado procede a señalar la vista para una fecha alejada en el tiempo (diecisiete meses) y justifica esta demora en causas estruc-



turales y en la excesiva carga de trabajo. Ciertamente, no puede este derecho verse limitado en función de circunstancias ajenas a los afectados por las dilaciones.

Por último, la STC 93/2008 afirmó que “si bien de las características de este caso se desprende con claridad que las demoras sufridas son debidas a deficiencias estructurales, esta circunstancia no evita un pronunciamiento estimatorio del recurso planteado atendiendo especialmente a la cuestión de fondo suscitada, que atañe a una autorización de residencia y trabajo en el proceso de normalización previsto por la disposición transitoria tercera del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre”.

El mismo día 21 de julio de 2008 el Tribunal Constitucional aprobó su STC 94/2008 referida también a un supuesto en el que se denunciaban las supuestas dilaciones indebidas sufridas en el señalamiento para la vista en un recurso contencioso-administrativo. A diferencia del caso anterior la resolución administrativa que está en el origen de la demanda de amparo había denegado al demandante la entrada en España para hacer turismo.

El Tribunal recordó los criterios objetivos (complejidad del litigio, márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, interés que arriesga el demandante de amparo en el juicio, conducta procesal del recurrente) a los que, siguiendo asimismo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, debe recurrir para determinar si las dilaciones procesales sufridas por el recurrente pueden calificarse o no como indebidas (FJ 2). Y añadió que en este caso no procedía otorgar el amparo porque el demandante se limitó a expresar que estimaba en exceso lejana la fecha señalada para la celebración del juicio. Para el Tribunal el demandante debió haber acreditado dos elementos: 1) que “aquella duración o espera exorbita la previsible para casos análogos”, y 2) que ha alegado, conforme le permite el art. 63.1 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, “la concurrencia de alguna circunstancia excepcional en su caso que justificara la anteposición de la vista de su recurso, oportunidad de la que no ha hecho uso el recurrente ni ante el órgano judicial ni ante este Tribunal” (FJ 3). Finalmente, el Tribunal destacó de entre los criterios objetivos señalados, el relativo al interés que el demandante de amparo arriesga en el juicio del que trae causa la demanda de amparo, que en el asunto consistía en “obtener una resolución judicial que determine si fue ajustado a Derecho o no la denegación de entrada en España con fines turísticos, y, en su caso, una indemnización de los gastos efectuados” (FJ 4).

Tras valorar todos estos elementos el Tribunal Constitucional concluyó: “[e]n definitiva, teniendo en cuenta que el plazo de veinte meses transcurrido desde la providencia de señalamiento de la vista del procedimiento abreviado hasta el día señalado se debe, no a la pasividad del órgano judicial sino, como antes ha quedado expuesto, al respeto escrupuloso del orden cronológico de señalamientos según la agenda del Juzgado; que ni en la vía judicial ni en el presente recurso de amparo se denuncia que el demandante haya sufrido una indebida postergación de su proceso ni se alega circunstancia alguna que justifique la anteposición de la vista; y, por último, que no se advierte que el interés que arriesga el recurrente en el litigio, meramente económico, pueda calificarse como esencial para sus derechos o intereses legítimos, por lo que ningún perjuicio irreparable puede sufrir por el mero trascurso del tiempo, no cabe apreciar que la demora en la celebración de la vista haya vulnerado el derecho del recurrente a no padecer dilaciones indebidas en el proceso” (FJ 4).»

(STC 141/2010, de 21 de diciembre. Recurso de amparo 9674/2008. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo. «BOE» 19-01-1010. En sentido similar y mismo «BOE»: STC 142/2010, de 21 de diciembre).

### *Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa*

«Partiendo de tres postulados sobre nuestra doctrina del derecho a emplear los medios de defensa (art. 24.2 CE): Primero, que el derecho a la prueba pertinente exige “a) que la denegación e inejecución sea imputable al órgano judicial; y b) que la prueba impracticada sea decisiva en términos de defensa” (por todas STC 30/2007, de 12 de febrero, FJ 2). Segundo, “que la prueba denegada debe ser decisiva en términos de defensa, significa que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, potencialmente trascendental para el sentido de la resolución ... carga de la argumentación [que] se traduce en la doble exigencia, de que el demandante de amparo acredite, tanto la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar, y las pruebas inadmitidas o no practicadas, como el hecho de que la resolución judicial final podría haberle sido favorable de haber admitido y practicado dichas pruebas, quedando obligado a probar la trascendencia que la inadmisión o la ausencia de 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, ... puesto que el ámbito material protegido por el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes no abarca las meras infracciones de la legalidad procesal que no hayan generado una real y efectiva indefensión” (STC 121/2009, de 18 de mayo, FJ 2). Y tercero, que “está excluida del ámbito protector del art. 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” (STC 160/2009 de 29 de junio, FJ 4).»

(STC 89/2010, de 15 de noviembre. Recurso de amparo núm. 7948/2005. Ponente. D. Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» 17-12-10.)

«Como hemos señalado en numerosas ocasiones, la apreciación de la existencia de una vulneración del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa consagrado en el art. 24.2 CE está rigurosamente condicionada a la existencia de indefensión material. En efecto, este Tribunal ha destacado de manera reiterada que el alcance de dicha garantía queda condicionado por su carácter de derecho constitucional de naturaleza procedimental, lo que exige que, para apreciar su vulneración, quede acreditada la existencia de una indefensión constitucionalmente relevante, resultando necesario demostrar que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada era decisiva en términos de defensa, esto es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, por ser potencialmente trascendente para el sentido de la resolución.»

(STC 73/2010, de 18 de octubre. Cuestión interna de inconstitucionalidad núm. 9429/2008. Ponente. D.<sup>a</sup> Elisa Pérez Vera. «BOE» 18-11-10. En el mismo «BOE» y sentido STC 76/2010, de 19 de octubre.)

### *Presunción de inocencia.*

«La reiterada doctrina de este Tribunal, reproducida, entre otras, en las recientes SSTC 117/2007, de 21 de mayo, FJ 3; 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3; y 109/2009, de 11 de mayo, FJ 3, sobre el mencionado derecho fundamental. Al respecto, hemos venido afirmando desde la STC 31/1981, de 28 de julio, que el derecho a la presunción de inocencia se configura, en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitu-

cional, 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).»

(STC 26/2010, de 27 de abril. Recurso de amparo núm. 380/2007. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo. «BOE» 27-5-10.)

### *Presunción de inocencia. Pruebas aptas para desvirtuarla*

«En relación con la queja de fondo relativa a la lesión del derecho a la presunción de inocencia por la condena exclusivamente en virtud del testimonio del denunciante, insuficiente para desvirtuar la presunción constitucional, debe ser analizada a la vista de la reiterada doctrina de este Tribunal (SSTC 137/2005, de 23 de mayo, FJ 2; 300/2005, de 21 de noviembre, FJ 3; 328/2006, de 20 de noviembre, FJ 5, y 117/2007, de 21 de mayo, FJ 3) sobre el mencionado derecho fundamental, por una parte, y los requisitos constitucionalmente exigibles a la prueba indiciaria, por otra, como examinaremos a continuación.

a) El derecho a la presunción de inocencia se configura como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que exige 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. Así “sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, por ilógico o por insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado”. Sin perjuicio de que a “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 art. 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”. Y hemos declarado contundentemente “la radical falta de competencia de esta jurisdicción de amparo para la valoración de la actividad probatoria practicada en un proceso penal y para la evaluación de dicha valoración conforme a criterios de calidad o de oportunidad”.

b) “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: 1.º) el hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados; 2.º) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados; 3.º) se pueda controlar la razonabilidad de la inferencia, para lo que 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.º) y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, “en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes” (STC 300/2005, de 21 de noviembre, FJ 3). El control de constitucionalidad de la solidez de la inferencia 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 caso son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio. Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento cuando “la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada”.»

(STC 70/2010, de 18 de noviembre. Recurso de amparo núm. 4188/2007. Ponente: D. Ramón Rodríguez-Arribas. «BOE» 18-11-2010.)

### *Presunción de inocencia. Validez de las pruebas practicadas en Juicio Oral para enervarla*

«Conviene empezar recordando la conocida doctrina de este Tribunal, emitida desde la STC 31/1981 de 28 de julio, al analizar los requisitos constitucionales de validez de las pruebas capaces de desvirtuar la presunción de inocencia, conforme a la cual únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar Sentencia las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar precisamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes (por todas, SSTC 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2, y 206/2003, de 1 de diciembre, FJ 2). No obstante, dicho criterio no puede entenderse de manera tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias judiciales y sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, siempre que puedan constatarse en el acto de la vista y en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción (SSTC 187/2003, de 27 de octubre, FJ 3, y 345/2006, de 11 de diciembre, FJ 3, entre otras muchas).»

(STC 134/2010, de 2 de diciembre. Recurso de amparo núm. 10382/2006. Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. «BOE» 05-01-2011.)

### *Presunción de inocencia. Validez del testimonio vertido ante el Juez de Instrucción no contradicho en el acto del Juicio*

«Para apreciar adecuadamente la legitimidad constitucional de la valoración de un testimonio de cargo no contradicho en el acto del juicio conviene recordar los requisitos constitucionales de validez a efectos probatorios del testimonio ver-

tido ante el Juez de Instrucción, sistematizados en la STC 344/2006, de 11 de diciembre, FJ 4:

a) Como punto de partida debe recordarse “la línea jurisprudencial ya muy consolidada iniciada en la STC 31/1981, de 28 de julio, de que sólo pueden considerarse pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal las practicadas en el juicio oral. En su virtud sólo pueden considerarse verdaderas pruebas aptas para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia y fundar la declaración de culpabilidad las practicadas en el acto del juicio que se desarrolla ante el Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia, de modo oral, contradictorio y con inmediación, de suerte que la convicción del juzgador sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios de prueba aportados por las partes”.

b) En segundo lugar, “el criterio enunciado, sin embargo, ‘no puede entenderse de manera tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias judiciales y sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, siempre que puedan constatarse en el acto de la vista y en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción (por todas, SSTC 10/1992, de 16 de enero, FJ 2; y 187/2003, de 27 de octubre, FJ 3). Lo anterior resulta claro en los supuestos en que, bien sea por la fugacidad de las fuentes de prueba, bien por su imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral mediante el correspondiente medio probatorio, sea necesario dotar al acto de investigación sumarial practicado con las debidas garantías del valor de la llamada prueba anticipada y la preconstituida, supuestos en los cuales el juzgador podrá fundar en tales actos la formación de su convicción, sin necesidad de que sean reproducidos en el juicio oral (STC 148/2005, de 6 de junio, FJ 2)’ (STC 1/2006, FJ 4).

Como afirmaba la STC 41/1991, de 25 de febrero, ‘no admitir la prueba preconstituida con las debidas garantías supondría hacer depender el ejercicio del *ius puniendi* del Estado del azar o de la malquerencia de las partes (por ejemplo, mediante la amenaza a los testigos; STC 154/1990, FJ 2); pudiendo dejarse sin efecto lo actuado sumarialmente. Un sistema que pondere adecuadamente tanto la necesidad social de protección de bienes jurídicos esenciales, como el haz de garantías frente a posibles abusos de los ciudadanos, con independencia de su posición, ha de estar en condiciones de hacer valer la seriedad de lo actuado por los órganos encargados de la represión penal; siempre que lo actuado lo haya sido con pleno respeto a aquellas garantías’ (FJ 2)”.

c) En tercer lugar, la “excepción anterior a la regla inicial de que sólo pueden catalogarse como pruebas de cargo en el proceso penal las practicadas en el juicio oral es aplicable a la ‘prueba testifical instructora anticipada’ (STC 200/1996, de 3 de diciembre, FJ 3), si bien la validez como prueba de cargo preconstituida de las declaraciones prestadas en fase sumarial se condiciona al cumplimiento de una serie de requisitos que hemos clasificado en materiales (su imposibilidad de reproducción en el acto del juicio oral), subjetivos (la necesaria intervención del Juez de instrucción), objetivos (que se garantice la posibilidad de contradicción y la asistencia letrada al imputado, a fin de que pueda interrogar al testigo) y formales (la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme al art. 730 LECrim, o a través de los interrogatorios), lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a contradicción en el juicio oral ante el Juez o Tribunal sentenciador”.

d) Finalmente, y por lo que ahora importa para la resolución del presente caso, “la posibilidad de contradicción es, por tanto, una de las reglas esenciales del desarrollo del proceso, que se proyecta como exigencia de validez sobre la actividad probatoria, ya se trate de diligencias sumariales que acceden al juicio oral como prueba

preconstituida..., ya de los supuestos en que, conforme al art. 714 LECrim, se pretende integrar en la valoración probatoria el contenido de las manifestaciones sumariales del testigo o coimputado, ya hablemos propiamente, por último, de las manifestaciones prestadas en el juicio oral (STC 155/2002, de 22 de julio, FJ 10). En este contexto, 'se ha de señalar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en fase de instrucción no lesiona en todo caso los derechos reconocidos en los párrafos 3 d) y 1 del art. 6 CEDH, siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral, y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado; esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar los testimonios de cargo e interrogar a su autor bien cuando se prestan, bien con posterioridad (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski, § 41; 15 de junio de 1992, caso Lüdi, § 47; 23 de abril de 1997, caso Van Mechelen y otros, § 51). Como el Tribunal Europeo ha declarado (Sentencia de 27 de febrero de 2001, caso Lucà, § 40), 'los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del art. 6 cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario' (SSTC 209/2001, de 22 de octubre, FJ 4; y 148/2005, de 6 de junio, FJ 2)' (STC 1/2006, FJ 4)'.»

(STC 56/2010, de 4 de octubre. Recurso de amparo núm. 10247/2006. Ponente: D. Javier Delgado Barrio. «BOE» 29-10-2010.)

### *Principio acusatorio. Correlación entre acusación y fallo*

«La exigencia de correlación, como manifestación del principio acusatorio, entre la acusación y el fallo en el extremo concerniente a la pena a imponer, el Pleno de este Tribunal, en la reciente STC 155/2009, de 25 de junio (FJ 6), procedió a perfilar y a aclarar la precedente doctrina constitucional sobre la materia y declaró, en síntesis, avanzando "un paso más en la protección de los derechos de defensa del imputado y en la preservación de la garantía de la imparcialidad en el proceso penal", que "solicitada por las acusaciones la imposición de una pena dentro del marco legalmente previsto para el delito formalmente imputado, el órgano judicial, por exigencia de los referidos derechos y garantía constitucionales, en los que encuentra fundamento, entre otros, el deber de congruencia entre acusación y fallo como manifestación del principio acusatorio, no puede imponer pena que exceda, por su gravedad, naturaleza o cuantía, de la pedida por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancia la causa, aunque la pena en cuestión no transgreda los márgenes de la legalmente prevista para el tipo penal que resulte de la calificación de los hechos formulada en la acusación y debatida en el proceso".»

(STC 205/2009, de 23 de noviembre. Recurso de amparo núm. 7386/2006. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez. «BOE» 29-12-10.)

### *Principio acusatorio. Imposición de pena superior a la solicitada por el Ministerio Fiscal*

«En la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 6, sentamos la siguiente doctrina, que aclara y perfila la anterior sobre dicho principio acusatorio diciendo que: "Con la perspectiva constitucional que nos es propia resulta preciso replantear la cuestión y avanzar

un poco más en la protección de los derechos de defensa del imputado y en la preservación de la garantía de la imparcialidad judicial en el seno del proceso penal, en el sentido de estimar que, solicitada por las acusaciones la imposición de una pena dentro del marco legalmente previsto para el delito formalmente imputado, el órgano judicial, por exigencia de los referidos derechos y garantía constitucionales, en los que encuentra fundamento, entre otros, el deber de congruencia entre acusación y fallo como manifestación del principio acusatorio, no puede imponer pena que exceda, por su gravedad, naturaleza o cuantía, de la pedida por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancia la causa, aunque la pena en cuestión no transgreda los márgenes de la legalmente prevista para el tipo penal que resulte de la calificación de los hechos formulada en la acusación y debatida en el proceso”.

La aplicación de la reproducida doctrina de la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 6, al caso del presente recurso de amparo conduce a su estimación y retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior a aquél en que se dictó la Sentencia de instancia. En efecto, en el presente caso la Sentencia núm. 284/2006, de 14 de diciembre, del Juzgado de Instrucción núm. 5 de A Coruña resolvió sobre la solicitud del Ministerio Fiscal (acusación del plenario, el 23 de noviembre de 2003 por falta de apropiación indebida, solicitando dos meses de multa con cuota diaria de 15 euros), calificando los hechos que estimó probados como apropiación indebida del art. 623.4 CP, y estimando que a los mismos les correspondía una pena de dos meses multa (con cuota diaria de 60 euros), la cual se encontraba dentro del margen del propio art. 623 CP, en relación con los arts. 638 y 50.4 CP, pero era superior a la solicitada por el Fiscal».

(STC 70/2010, de 18 de noviembre. Recurso de amparo núm. 4188/2007. Ponente: D. Ramón Rodríguez-Arribas. «BOE» 18-11-2010.)

### *Principio acusatorio y derecho de defensa*

«La síntesis que de la doctrina constitucional se contiene en la STC 123/2005, de 12 de mayo, FJ 3, en la que se precisó que “aun cuando el principio acusatorio no aparece expresamente mencionado entre los derechos constitucionales que disciplinan el proceso penal, ello no es óbice para reconocer como protegidos en el art. 24.2 CE ciertos derechos fundamentales que configuran los elementos estructurales de dicho principio, que trasciende el derecho a ser informado de la acusación y comprende un haz de garantías adicionales. En este sentido se resaltaba tanto la vinculación del principio acusatorio con los derechos constitucionales de defensa y a conocer la acusación como con la garantía constitucional de la imparcialidad judicial” (FJ 4). Con respecto al fundamento constitucional del deber de congruencia entre la acusación y el fallo, se reitera en la STC 155/2009 su relación directa “principalmente, con los derechos a la defensa y a estar informados de la acusación».

(STC 198/2009, de 28 de septiembre. Recurso de amparo núm. 1657/2007. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo. «BOE» 21-10-10.)

## ARTÍCULO 25

### *Derecho a la legalidad penal*

«Es necesario precisar que es función de este Tribunal la de controlar que la subsunción de los hechos en el correspondiente tipo penal no sea ajena al significado posi-

ble de la norma aplicada, ni se haga con una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante, o se efectúe con una base valorativa que conduzca a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma [por todas, SSTC 123/2001, de 4 de junio, FJ 11; 120/2005, de 10 de mayo, FJ 6; 76/2007, de 16 de abril, FJ 4; 258/2007, de 18 de diciembre, FJ 10; y 91/2009, de 20 de abril, FJ 6 a)]. No debe olvidarse que el derecho a la legalidad penal supone que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que no constituyan delito o falta según la legislación vigente en el momento de la comisión del hecho, quebrándose este derecho “cuando la conducta enjuiciada, la ya delimitada como probada, es subsumida de un modo irrazonable en el tipo penal que resulta aplicado” [por todas, SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6; 262/2006, de 11 de septiembre, FJ 4; 29/2008, de 20 de febrero, FJ 6; 129/2008, de 27 de octubre, FJ 3; y 91/2009, de 20 de abril, FJ 6 a)]. Y en el examen de razonabilidad de la subsunción de los hechos probados en la norma penal el primero de los criterios a utilizar está constituido por el respeto al tenor literal de la norma y la consiguiente prohibición de la analogía in malam partem. Este criterio inicial debe complementarse con el recurso a un doble parámetro de razonabilidad: metodológico, de una parte, enjuiciando si la exégesis de la norma y subsunción en ella de las conductas contempladas no incurre en quebras lógicas y resultan acordes con modelos de argumentación aceptados por la comunidad jurídica; y axiológico, de otra, verificando la correspondencia de la aplicación del precepto con las pautas valorativas que informan el ordenamiento constitucional [SSTC 129/2008, de 27 de octubre, FJ 3; y 91/2009, de 20 de abril, FJ 6 a)].

A lo anterior es necesario añadir también que la imposición de una pena privativa de libertad que se encuentre falta del correspondiente fundamento legal, no sólo lesionará el principio de legalidad penal (art. 25.1 CE), sino que supondría una flagrante violación del derecho a la libertad personal, que no sólo es un valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), sino también un derecho fundamental (art. 17.1 CE) que garantiza el derecho a no ser privado de la misma salvo “en los casos y en la forma previstos en la Ley” [por todas, SSTC 234/2007, de 5 de noviembre, FJ 5; 29/2008, de 20 de febrero, FJ 7; y 59/2008, de 14 de mayo, FJ 4 a)]. En consecuencia, cuando estamos frente a decisiones judiciales restrictivas de la libertad, esta afectación del valor libertad exige que la decisión adoptada, “no sólo represente la aplicación no arbitraria de las normas adecuadas al caso, sino también que su adopción sea presidida, más allá de por la mera exteriorización de la concurrencia o no de los requisitos legales de ella, por la ponderación, de conformidad con los fines constitucionalmente fijados a las penas privativas de libertad, de los bienes y derechos en conflicto” (por todas, STC 222/2007, de 8 de octubre, FJ 4). La trascendencia de los valores en juego en la aplicación del Derecho penal exige, en consecuencia, tanto la exteriorización del razonamiento por el que se estima que concurre o no el supuesto previsto en la ley, como que el mismo se manifieste a través de una motivación en la que, más allá de su carácter razonado, sea posible apreciar un nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento y los fines que justifican cada concreta institución (en sentido parecido, aunque con relación al instituto de la prescripción penal, SSTC 11/2004, de 9 de febrero, FJ 2; 63/2005, de 14 de marzo, FJ 3; y 29/2008, de 20 de febrero, FJ 9).»

(STC 57/2010, de 4 de octubre. Recurso de amparo núm. 2542/2007. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez. «BOE» 29-10-10.)

### *Principio non bis in idem*

«Ya en la STC 2/1981, de 30 de enero, se situó el principio *non bis in idem* bajo la órbita del art. 25.1 CE, a pesar de su falta de mención expresa, dada su conexión



con las garantías de tipicidad y legalidad de las infracciones, y se delimitó su contenido como la prohibición de duplicidad de sanciones en los casos en que quepa apreciar una triple identidad del sujeto, hecho y fundamento (FJ 4; así como, entre muchas otras, SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3; 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 14). La garantía de no ser sometido a *bis in idem* se configura, así, como un derecho fundamental (STC 2/2003, FJ 3, citando la STC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3; 188/2005, de 4 de julio, FJ 2), cuyo alcance en nuestra doctrina se perfila en concordancia con el expreso reconocimiento que del mismo han hecho los convenios internacionales sobre derechos humanos, tales como el Pacto internacional de derechos civiles y políticos de la ONU del 19 de diciembre de 1966, ratificado por España mediante Instrumento publicado en el “BOE” núm. 103, de 30 de abril de 1977, en su art. 14.7, el Protocolo 7 del Convenio europeo de derechos humanos, ratificado por España mediante Instrumento publicado en el “BOE” núm. 249, de 15 de octubre de 2009, en su art. 4, o la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, que recoge la prohibición de doble sanción en su art. 50».

[...]

Por otra parte, aunque este principio ha venido siendo aplicado fundamentalmente para proscribir la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto a unos mismos hechos, esto no significa que sólo incluya la incompatibilidad de sanciones penal y administrativa por un mismo hecho en procedimientos distintos, sino que, en la medida en que el *ius puniendi* aparece compartido en nuestro país entre los órganos judiciales penales y la Administración, el principio *non bis in idem* opera también internamente dentro de cada uno de estos ordenamientos en sí mismos considerados, proscribiendo, cuando exista una triple identidad de sujeto, hechos y fundamento, la duplicidad de penas y de procesos penales y la pluralidad de sanciones administrativas y de procedimientos sancionadores, respectivamente [STC 188/2005, de 4 de julio, FJ 2 b)].»

(STC 77/2010, de 19 de octubre. Cuestión de inconstitucionalidad núm. 3508/2008. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo. «BOE» 18-11-10.)

## ARTÍCULO 25.3

### *Sanciones régimen disciplinario militar: excepcionalidad de las penas privativas de libertad*

«La Constitución, en su art. 25.3, establece que “la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad”. En relación con este precepto, hemos señalado que la Constitución reconoce la singularidad del régimen disciplinario militar, y que del mismo se deriva, *a sensu contrario*, que la denominada Administración militar pueda imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privaciones de libertad (STC 21/1981, de 15 de junio, FJ 8). No obstante, la posibilidad de que se puedan aplicar penas privativas de libertad sin la participación inmediata de la autoridad judicial debe considerarse como una posibilidad excepcional, justificada por la especial naturaleza y función de la Administración militar y las Fuerzas Armadas, dentro de la regla general de intervención judicial.»

(STC 73/2010, de 18 de octubre. Cuestión interna de inconstitucionalidad núm. 9429/2008. Ponente: D.<sup>a</sup> Elisa Pérez Vera. «BOE» 18-11-10.)

## CÓDIGO PENAL

### ARTÍCULO 57.2

#### *Constitucionalidad de la medida de alejamiento y su consideración de trato inhumano o degradante*

«1. El objeto de la presente cuestión de inconstitucionalidad es determinar si el artículo 57.2 del Código penal (CP), en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, vulnera los arts. 1.1, 10.1, 15.1, 18.2 y 19 de la Constitución. Las dudas de constitucionalidad planteadas en relación con los artículos 1.1, 10.1, 18.2 y 19 de CE han sido ya expresamente abordadas y resueltas en la STC 60/2010, de 7 de octubre, a cuyos razonamientos y conclusiones nos remitimos, en la que descartamos tanto que la imposición obligatoria de la pena de alejamiento, en contra incluso de la voluntad de la víctima, afecte a derechos y libertades de ésta, de sus hijos, o, en definitiva, a la familia, como que suponga la imposición de una pena a la víctima sin haber cometido delito alguno, por lo que procedente será hacer aquí el mismo pronunciamiento desestimatorio al que llegamos en la citada Sentencia.

Con referencia expresa, en ambos casos, a las circunstancias personales de quienes fueron acusados en cada proceso penal previo, considera el Juez promotor de la duda de constitucionalidad que “el artículo 57.2 del Código Penal también supone en el presente caso una conculcación de la interdicción de las penas inhumanas o degradantes reconocido en el artículo 15.1 de la Constitución española”.

En su análisis, el carácter inhumano o degradante de la pena analizada deriva de la supuesta falta de respuesta institucional que pudiera producirse ante la necesidad de suplir la atención personal y familiar que las víctimas de los hechos venían prestando a los acusados, dada la patología psiquiátrica que, se dice, padecían. Así expuesto, resulta claro que el reproche no se hace a la norma considerada en abstracto, sino a las eventuales y futuras consecuencias que, a la vista de las circunstancias personales de los acusados, se presume pudieran llegar a producirse si por la aplicación de la pena se interrumpe temporalmente la convivencia entre los acusados y sus víctimas. Este desplazamiento del análisis desde la norma hacia las consecuencias de su aplicación en un caso y unas circunstancias personales concretas, no sólo supone una inadecuada interpretación de la norma por sus consecuencias futuras, como señala el Abogado del Estado, sino que se separa del carácter general y abstracto que debe presidir el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad.

Lo que prohíbe el artículo 15.1 CE es la pena o trato degradante o inhumano en sí mismos, de forma que “por su propia naturaleza la pena no acarree sufrimientos de una especial intensidad (penas inhumanas) o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena” (STC 65/1986, de 22 de mayo, FJ 4). Esta referencia obligada a la propia naturaleza de la pena como núcleo básico del análisis constitucional impide, en el control abstracto de la norma, tomar en consideración las excepcionales y variadas circunstancias personales de una determinada persona acusada por un delito o cómo sobre su situación personal anterior al delito pueda presumirse que va a incidir la normal aplicación de la pena. Por tanto, en este aspecto, nuestra conclusión ha de ser también desestimatoria de la duda planteada, al no apreciar que la pena cuestionada, por su propia naturaleza o las modalidades posibles de su ejecución, ocasionen o tengan intención de ocasionar al penado, ante los

demás o ante sí mismo, “una humillación o un envilecimiento que alcance un mínimo de gravedad” (STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 9), lo que hemos declarado que constituye el contenido mínimo protegido en este ámbito por el artículo 15.1 CE (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de enero y 25 de abril de 1978 Caso Irlanda contra el Reino Unido y Caso Tyrer, respectivamente).»

(STC 116/2010, de 24 de noviembre. Cuestiones de inconstitucionalidad 7259/2005 y 7542/2005 (acumuladas). Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo. «BOE» 24-12. En sentido similar y mismo «BOE», SSTC 117/2010, 118/2010 y 119/2010.)

## ARTÍCULO 97

### *Revisión anual de la medida de seguridad en conexión con el derecho a la libertad y el principio de legalidad*

«La doctrina de este Tribunal sobre el derecho a la libertad, por todas STC 29/2008, de 20 de febrero, parte de su significado prevalente con las excepciones que a la misma hace la Constitución en los términos previstos en el art. 17.1 CE: “nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley”, cuyo contenido, en palabras de las SSTC 140/1986, de 11 de noviembre (FJ 5), y 160/1986, de 16 de diciembre (FJ 4), se concreta con la afirmación de que el derecho a la libertad del art. 17.1 CE es el derecho de todos a no ser privados de la misma, salvo en los casos y en la forma previstos por la Ley, en una ley que, por el hecho de fijar las condiciones de tal privación, es desarrollo del derecho que así limita, de modo que la ley, dentro de los límites que le marcan la Constitución y los Tratados internacionales, desarrolla un papel decisivo en relación con este derecho, pues es en ella donde se conforman los presupuestos de la privación de libertad por imperativo constitucional.

Lo expuesto conecta la vulneración denunciada del derecho a la libertad con la infracción de precepto penal que, en desarrollo del motivo, se imputa a la Sentencia recurrida al imponer una prohibición de revisión de la medida durante ocho años contraria a la previsión legal de revisión anual establecida por el art. 97 CP, infracción de precepto penal que tiene su encaje en el art. 25.1 CE, al regular la forma de cumplimiento de la medida de seguridad impuesta, que se integra, en el desarrollo legislativo dado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, dentro de las privativas de libertad del art. 96.2 CP, privación de libertad que aparece definida en cuanto a su alcance, forma y límites en los preceptos penales que dan desarrollo a la regulación de dichas medidas como garantía del derecho a la libertad reconocido en abstracto por la Constitución.

El precepto citado por la Sentencia recurrida en justificación de la medida impuesta, art. 101 CP, remite en su número dos al art. 97 CP, que establece con carácter obligatorio una revisión periódica anual a la que se hizo referencia en el anterior fundamento jurídico, circunstancia por la que el pronunciamiento combatido vulnera el principio de legalidad penal, art. 25.1 CE, en su vertiente de garantizar el estricto sometimiento del Juez a la ley penal, vedando todo margen de arbitrio o de discrecionalidad en su aplicación, STC 133/1987, de 21 de julio, al merecer tal consideración la prohibición de la revisión de la medida hasta transcurridos ocho años de interna-

miento, por ser contraria a la previsión sustantiva de revisión anual contenida en el art. 97 CP.»

(STC 124/2010, de 29 de noviembre. Recurso de amparo 3278/2006. Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» 5-1-2011.)

## ARTÍCULO 132.2

### *Interrupción de la prescripción*

«Nuestra doctrina ha concluido que la interpretación del art. 132.2 del Código penal (CP) –y del anterior art. 114 CP de 1973–, conforme a la cual la simple presentación de una denuncia o querrela, sin que medie ningún acto de interposición judicial, interrumpe el plazo de prescripción, no respeta las exigencias de tutela reforzada antes señaladas, al no tomar en consideración, ni las exigencias derivadas de la seguridad jurídica, ni el fundamento de la institución, ni la implicación del derecho a la libertad (art. 17.1 CE).

En este sentido hemos afirmado que tal interpretación genera “indefensión e inseguridad jurídica en los querrelados” (STC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 10, en un supuesto en que los mismos no tuvieron noticia alguna de la existencia de un procedimiento supuestamente seguido contra ellos durante los casi dos años que mediaron entre la presentación de la querrela y su admisión a trámite), y que fijar como momento interruptivo del cómputo del plazo de prescripción el de la mera recepción por parte del órgano judicial de la *notitia criminis* supone atender “a una circunstancia no rodeada de una publicidad y cognoscibilidad mínima y, por ello, inidónea como soporte de una interpretación constitucionalmente admisible para delimitar una institución que sirve precisamente a la seguridad jurídica” (STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 12). También hemos destacado, en las Sentencias que acaban de citarse, que dicha interpretación aparece absolutamente desvinculada del fundamento de la prescripción en la renuncia del Estado al ejercicio del *ius puniendi*, puesto que –en el actual estado de la legislación– dicho ejercicio sólo puede ser realizado por los órganos judiciales.

Y por todo ello hemos concluido que resulta imprescindible la existencia de algún “acto de interposición judicial” que garantice la seguridad jurídica y del que pueda deducirse la voluntad de no renunciar a la persecución y castigo del delito.»

(STC 195/2009, de 28 de septiembre. Recurso de amparo núm. 8817/2006. Ponente: D. Pascual Sala Sánchez. «BOE» 21-10-10. En sentido similar, STC 59/2010, de 4 de octubre, «BOE» 29-10-10 y STC 95/2010, de 15 de noviembre, «BOE» 17-12-10.)

«La Audiencia Provincial desestima la denunciada prescripción de la falta a la que ha sido condenado el recurrente en amparo, que ésta fundó en el transcurso del plazo de prescripción de seis meses que para faltas establece el art. 131.2 CP desde la comisión de la infracción penal hasta que el procedimiento se dirigió contra él (art. 132 CP), al considerar que al haberse seguido la falta por el procedimiento previsto para los delitos debía de estarse al plazo de prescripción del delito inicialmente imputado. Desde la perspectiva que nos es propia, ciñendo nuestras consideraciones exclusivamente al concreto caso suscitado en la vía judicial previa, esto es, la posible prescripción de una falta cuando su persecución se realiza en un procedimiento por delito por el transcurso del plazo de prescripción legalmente establecido desde la fecha de comisión de la infracción penal hasta que el procedimiento se dirige contra el culpable, esto

es, por la no iniciación del procedimiento penal antes de que hubiera transcurrido el plazo legalmente establecido para la prescripción de la falta, ha de señalarse que el criterio interpretativo mantenido por la Audiencia Provincial no se compeadece, de acuerdo con la doctrina constitucional de la que se ha dejado constancia en el fundamento jurídico 2, con la esencia y fundamento de la prescripción, ni satisface la exigencia constitucional de que toda decisión judicial adoptada en esta materia manifieste un nexo de coherencia con la norma que le sirve de fundamento y con los fines que justifican la existencia de esa causa extintiva de la responsabilidad penal.

El referido criterio interpretativo convierte en ilusorias las previsiones del art. 131.2 CP, que dispone que “las faltas prescriben a los seis meses”, y del art. 132 CP que establece, a los efectos que ahora interesan, que dicho término se computará “desde que se haya cometido la infracción punible”, y que “la prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable”. Aunque no puede ser calificado como arbitrario, dicho criterio excede del propio tenor literal de aquellos preceptos, que en modo alguno condicionan el plazo de prescripción de las faltas y su cómputo al procedimiento que se hubiera seguido para su enjuiciamiento. La interpretación judicial plasmada en la Sentencia recurrida excede del más directo significado gramatical del tenor de los preceptos legales en este caso concernidos.

Se trata además de un criterio interpretativo que no resulta coherente con los fines que justifican la existencia de la prescripción. Hemos declarado en resoluciones anteriores que el establecimiento de un plazo de prescripción de los delitos y faltas no obedece a la voluntad de limitar temporalmente el ejercicio de la acción penal de denunciantes y querellados (configuración procesal de la prescripción), sino a la voluntad inequívocamente expresada por el legislador penal de limitar temporalmente el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado en atención a la consideración de que el simple transcurso del tiempo disminuye las necesidades de respuesta penal (configuración material de la prescripción) [SSTC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 6; 29/2008, de 20 de febrero, FJ 12]. Si el fin o fundamento de la prescripción en materia punitiva reside en la “autolimitación del Estado en la persecución de los delitos o faltas”, o, en otras palabras, si constituye “una renuncia o autolimitación del Estado al *ius puniendi*”, que tiene como efecto no la prescripción de la acción penal para perseguir la infracción punitiva, sino la de esta misma, lógicamente, en supuestos como el que ahora nos ocupa, la determinación de las previsiones legales aplicables sobre la prescripción han de ser las correspondientes no al título de imputación, esto es, a la infracción penal que se imputa al acusado, inicialmente o a lo largo del procedimiento, sino a la infracción de la que resulta penalmente responsable, es decir, la infracción penal que hubiera cometido y por la que habría de ser condenado de no concurrir la prescripción como causa extintiva de la responsabilidad penal. De lo contrario, se haría recaer y soportar sobre la persona sometida a un proceso penal los plazos de prescripción correspondientes a una infracción penal que no habría cometido y de la que, por lo tanto, tampoco habría de ser responsable. La interpretación de la normativa reguladora de la prescripción efectuada por la Audiencia Provincial no resulta por tanto coherente con el fundamento material de la prescripción en los principios de seguridad jurídica, intervención mínima y necesidad preventivo-general y preventivo-especial de la pena.

Tampoco puede considerarse razonable una interpretación como la mantenida en la Sentencia de apelación que viene a dejar en última instancia la determinación de los plazos de prescripción en manos de los denunciantes o querellantes. En efecto, como señala el Ministerio Fiscal, la argumentación en la que la Audiencia Provincial funda la desestimación de la prescripción en este caso permite que por la mera circunstancia de que los denunciantes o querellantes califiquen los hechos objeto de denuncia o querrela

como constitutivos de una infracción penal de mayor gravedad que la que realmente constituyen son de aplicación unos plazos de prescripción que permiten la iniciación y prosecución del proceso cuando los hechos ya están prescritos, otorgando de este modo a los denunciantes y querellantes la virtualidad de formular de forma extemporánea sus pretensiones punitivas, obviando, en contra del inculpado, los plazos de prescripción legalmente establecidos. La falta de coherencia de la situación a la que conduce el razonamiento de la Sentencia de apelación con los fines o fundamentos de la prescripción penal resulta en este extremo evidente a la vista de nuestra doctrina, según la cual los “plazos de prescripción de los delitos y de las penas son –como en forma unánime y constante admite la jurisprudencia– una cuestión de orden público, no estando por consiguiente a disposición de las partes acusadoras para que sean éstas quienes los modulen” (STC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 10), resultando, por lo tanto, indisponibles para las partes actuantes en el procedimiento penal, toda vez que lo que prescribe, como ya hemos tenido ocasión de señalar, no es la acción penal para perseguir la infracción, sino esta misma. Además no resulta una interpretación constitucionalmente admisible en cuanto es una interpretación restrictiva *contra reo* carente del necesario rigor en relación con el tenor literal de la norma que le sirve de fundamento y con los fines de la prescripción. En este sentido, en modo alguno resulta ocioso recordar que este Tribunal tiene declarado que por estar en juego el principio de legalidad por imposición de la propia Constitución (art. 25.1 CE), “resulta patente que los términos en que el instituto de la prescripción ... venga regulado han de ser interpretados con particular rigor en tanto que perjudiquen al reo”, “sin posibilidad de interpretaciones *in malam parte*” de la normativa reguladora de la prescripción (art. 25.1 CE), “que está al servicio de la seguridad jurídica de los imputados y que implica ... una limitación al ejercicio del *ius puniendi* del Estado como consecuencia de la renuncia del mismo” (STC 29/2008, de 20 de febrero, FFJJ 10 y 12).

Con base en las precedentes consideraciones hemos de concluir que la interpretación realizada por la Audiencia Provincial de la norma contenida en el art. 132.2 CP no satisface el canon de motivación reforzada exigible en toda decisión judicial acerca de si los hechos denunciados están prescritos o no, al oponerse al fundamento material de dicho instituto, ignorar la ratio que lo inspira y no resultar, por ello, coherente con el logro de los fines que con él se persiguen. La Sentencia recurrida, por lo tanto, ha vulnerado el derecho del demandante de amparo a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), al haber desestimado su pretensión de que la falta por la que fue condenado se encontraba ya prescrita en función de una interpretación del mencionado precepto legal que no resulta coherente con el canon constitucional aplicable.»

(STC 37/2010, de 19 de julio. Recurso de amparo núm. 8312/2006. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas. «BOE» 09-08-10.)

## ARTÍCULO 148.4.º

### *Constitucionalidad del precepto en relación con el principio de igualdad*

«Se denuncia una vulneración del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE que derivaría del tenor del artículo 148.4 CP, en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, precepto que establece –según el recurrente– un trato discriminatorio del hombre frente a la mujer, al agravar considerablemente las penas si el hecho es cometido por un hombre (de dos a cinco años de prisión)

frente al hecho cometido por una mujer (de seis meses a tres años). Planteada en tales términos, la queja ha de ser rechazada, en aplicación de la doctrina sentada en la STC 41/2010, de 22 de julio, y reproducida en la STC 45/2010, de 28 de julio, que desestiman cuestiones de inconstitucionalidad por vulneración del artículo 14 CE respecto del artículo 148.4 CP.

En la primera de dichas sentencias, y en relación con la duda de constitucionalidad referida a la posible vulneración del artículo 14 CE por dicho precepto, recordamos que el canon de enjuiciamiento a aplicar es el propio del principio general de igualdad y no el de prohibición de discriminación por razón de sexo –como pretende el recurrente–, dado que el sexo no constituye “un factor exclusivo o determinante de los tratamientos diferenciados”, sino que “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” (STC 41/2010, de 22 de julio, FJ 5, citando las SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 7; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 3, y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 3).

Y, desde la perspectiva que se deriva del principio general de igualdad, la constitucionalidad de la norma que incorpora la diferencia exige constatar que la misma aparezca como fundada y razonable y que sus consecuencias no sean desproporcionadas, para lo que ha de verificarse sucesivamente que se persigue un fin legítimo, que el establecimiento de ese tratamiento diferenciado resulta adecuado para la satisfacción del citado fin y que las consecuencias que se derivan de la diferencia superan el control de proporcionalidad. Todo ello concurriría en el artículo 148.4 CP.

a) En primer lugar, es palmaria la legitimidad constitucional de la finalidad de la ley, pues –al igual que hemos afirmado respecto de otros preceptos del Código penal modificados por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre–, de la exposición de motivos y del articulado de esta última se deduce que el artículo 148.4 CP “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” (por todas, STC 41/2010, de 22 de julio, FJ 6).

b) En segundo lugar, la diferenciación normativa cuestionada resulta adecuada para la consecución del fin perseguido por el legislador, en la medida en que no resulta irrazonable entender, como hace el legislador, que la agresión del varón contra la mujer que es o fue su pareja implica un mayor desvalor cuando el agresor actúa conforme a una pauta cultural –la desigualdad en el ámbito de la pareja– dotando así a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto. “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” (por todas, SSTC 41/2010, de 22 de julio, FJ 7; 45/2010, de 28 de julio, FJ 4).

c) Y, finalmente, las consecuencias de dicha diferencia razonable tampoco resultan desproporcionadas. En la STC 41/2010, de 22 de julio, FJ 9 (en el mismo sentido, STC 45/2010, de 28 de julio, FJ 4), afirmamos que la diferencia punitiva establecida en el artículo 148.4 CP respecto del tipo básico de lesiones no genera como consecuencia un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable” del tratamiento penal contemplado en ambos supuestos. Una conclusión que se sustenta en tres razones: En primer lugar, en la particular trascendencia de la finalidad de la diferenciación incorporada por la norma, a la que anteriormente se hizo referencia. En segundo lugar, en la consideración de que el artículo 148.5 CP incorpora una modalidad agravada de lesiones, con idéntica pena que la anterior, para los casos en que la víctima sea persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, lo que permite, eventualmente, equiparar la respuesta penal dispensada a las lesiones realizadas por el varón hacia quien es o fue su pareja femenina a la prevista para otras lesiones graves acontecidas 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. Y, en tercer lugar, a efectos del juicio de proporcionalidad no puede desconocerse que la aplicación de la agravación recogida en el artículo 148.4 CP, es facultativa para el órgano judicial, que debe atender para ello “al resultado causado y al riesgo producido”, lo que supone que para la aplicación del artículo 148.4 CP, junto al requisito de una víctima mujer que sea o haya sido pareja del autor, es necesario un mayor desvalor derivado ya de la intensidad del riesgo generado por la acción del autor, ya de la gravedad del resultado causado.»

(STC 52/2010, de 4 de octubre. Recuso de amparo núm. 156/2006. Ponente: D.<sup>a</sup> María Emilia Casas Baamonde. «BOE» 29-10-10.)

## ARTÍCULOS 153.1 Y 171.4

### *Constitucionalidad de los tipos específicos de violencia de género*

«Los preceptos cuestionados tipifican sendos subtipos agravados de violencia de género determinados ambos por la doble condición de ser el sujeto activo varón y el sujeto pasivo mujer. Sobre la base de esta interpretación las dudas de inconstitucionalidad se concretan, en primer lugar, en la supuesta vulneración del principio de igualdad, conectado con los valores de la libertad, la dignidad de la persona y la justicia (arts. 1.1, 10.1 y 14 CE), por cuanto ambos preceptos incorporarían una “acción positiva” a favor de la mujer, que, amén de oponerse al mandato del art. 9 CE, resulta inadmisibles en Derecho penal, por cuanto implica, correlativamente, la discriminación negativa del varón, insertándose, además, en un “Derecho penal de autor frente al tradicional Derecho penal del hecho” que se sustentaría en “una presunción *iuris et de iure* de ejercicio de violencia de género por parte de los hombres hacia sus parejas con base en meros criterios estadísticos”, lo que sería atentatorio contra la dignidad humana.

[...] Para dar respuesta a la primera duda, la de la supuesta vulneración del principio de igualdad, hemos empezado por recordar en las SSTC 59/2008 y 45/2009 que nuestro análisis debe partir de la competencia exclusiva para el diseño de la política criminal del legislador, al que corresponde un amplio margen de libertad, 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.



[...] Para formular un juicio de legitimidad de la norma, que uno y otro de los preceptos cuestionados, a la vista de la exposición de motivos y del articulado de la Ley Orgánica, responden palmariamente a un fin legítimo, que no es otro que el de “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.

[...] Quedando así descartado que se produzca la vulneración del principio de igualdad planteada por parte de ninguno de los preceptos cuestionados, por las mismas razones debe descartarse la vulneración de los principios de efectividad de la libertad e igualdad (art. 9.2 CE) y de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE; cfr. STC 81/2008, FJ 2, y STC 153/2009, FJ 4 *in fine*).

b) Debemos desestimar, seguidamente, la alegación efectuada por el órgano judicial cuando afirma que el legislador incurre en la presunción “sin posibilidad de prueba en contrario [de] que todo varón, cuando amenaza a la mujer en el marco de una relación afectiva actual o pasada, lo hace con ánimo discriminatorio”, lo que resultaría vulnerador tanto del “derecho a la presunción de inocencia, puesto en relación con el principio de culpabilidad como el de legalidad de las infracciones y sanciones (art. 25.1 CE)” y, de forma indirecta, del derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE). Tal y como recuerdan las SSTC 81/2008, FJ 4, y 153/2009, FJ 5, con cita de las SSTC 59/2008, FJ 11, y 45/2009, FFJJ 5 y 6, con la reforma penal analizada el legislador no presume un mayor desvalor en la conducta descrita de los varones (los potenciales sujetos activos del delito en la interpretación del Auto de cuestionamiento) 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 en relación con la que tipifica el apartado siguiente. No se trata de una presunción normativa de lesividad, sino de la constatación razonable de tal lesividad a partir de las características de la conducta descrita y, entre ellas, la de su significado objetivo como reproducción de un arraigado modelo agresivo de conducta contra la mujer por parte del varón en el ámbito de la pareja.

[...]

Del mismo modo tampoco cabe apreciar en las previsiones cuestionadas la doble presunción en la que se apoya el órgano judicial para vincular la vulneración del principio de culpabilidad con el valor de la dignidad de la persona, tanto del hombre-sujeto activo, como de la mujer-sujeto pasivo, por cuanto ambos preceptos presumirían que “la mujer es en cualquier caso persona especialmente vulnerable” y el hombre “un maltratador nato”. Debemos recordar al respecto, como hiciéramos en el fundamento jurídico 5 de la STC 81/2008 y en el fundamento jurídico 5 de la STC 153/2009, que tal argumentación debe ser rechazada, puesto que su presupuesto mismo no puede ser acogido: “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 201/2009, de 27 de octubre. Cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas núms. 6812/2006, 10662/2006, 11334/2006, 6883/2007, 1038/2008 y 6733/2008. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez. «BOE» 25-11-09. En sentido similar, SSTC 202/2009, 203/2009, 213/2009).

## ARTÍCULO 173.2

*Concepto de habitualidad*

«El rasgo definitorio del delito tipificado en el art. 173.2 CP es la relación de habitualidad que debe darse entre los actos de violencia física o psíquica realizados por el sujeto activo. Pero para declarar acreditada tal relación de habitualidad no basta con la sola realización de distintos actos de violencia, sino que es preciso que éstos se hallen vinculados por una proximidad temporal –tal como establece el art. 173.3 CP–, de modo que pueda declararse probada una situación de continuidad o permanencia en el trato violento en el entorno familiar, siendo por lo demás irrelevante si es una sola o son varias las víctimas del mismo.»

(STC 77/2010, de 19 de octubre. Cuestión de inconstitucionalidad núm. 3508/2008. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo. «BOE» 18-11-10.)

## ARTÍCULO 3.5

*Norma penal en blanco y elementos del tipo*

«El delito de defraudación a la hacienda pública del art. 349 del Código penal de 1973 (que se corresponde con el actual art. 305 del Código penal de 1995) se configura como un “tipo penal en blanco” (STC 62/1997, de 7 de abril, FJ 4), esto es, como una norma penal incompleta en la que “la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentra agotadoramente prevista en ella, debiendo acudir para su integración a otra norma distinta” (SSTC 127/1990, de 5 de julio, FJ 3; y 283/2006, de 9 de octubre, FJ 7), en la que los términos de la norma penal “se complement[a]n con lo dispuesto en leyes extrapenales” (SSTC 24/2004, de 24 de febrero, FJ 3; y 283/2006, de 9 de octubre, FJ 8). Y a tal fin “ha de tenerse en cuenta, también, que una subsunción del hecho en el delito contra la Hacienda pública respetuosa con el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) requiere la estimación judicial razonablemente fundamentada ... de la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del delito”, de tal manera que, “dado que el delito contra la Hacienda pública constituye una norma penal en blanco, cuyo supuesto de hecho se configura a partir de los elementos esenciales precisados en la norma penal y su complemento determinado en la normativa tributaria, el control de la garantía de legalidad penal se dirige también a éstos” (STC 87/2001, de 2 de abril, FJ 8).

[...]

A la Administración tributaria no le es dado, entonces, cuando concurren las circunstancias o requisitos impuestos normativamente para la aplicación necesaria de un determinado régimen tributario, optar entre lo que, a su juicio, resulta más conveniente en cada momento para el interés público subyacente, desconociendo el mandato imperativo que la ley le impone. Todo lo más, y con relación a la concreta aplicación del régimen de transparencia fiscal, la Administración gozará de una mera discrecionalidad técnica para apreciar, con criterios de racionalidad, que no de oportunidad, la concurrencia o no de los requisitos que la ley dispone en orden a su aplicación.

Y tampoco los órganos judiciales gozan, en principio, de margen de elección en la determinación del régimen tributario que, por imperativo legal, integra el tipo penal

del delito de defraudación a la hacienda pública y, menos aún, cuando se trata del ejercicio del *ius puniendi* del Estado en materia penal (SSTC 133/1987, de 21 de julio, FJ 5; y 283/2006, de 9 de octubre, FJ 6) o sancionadora (STC 113/2002, de 9 de mayo, FJ 7; 25/2002, de 11 de febrero, FJ 6; y 260/2007, de 20 de diciembre, FJ 4), pues el principio de legalidad penal garantiza “el estricto sometimiento del Juez a la ley penal, vedando todo margen de arbitrio o de discrecionalidad” (SSTC 133/1987, de 21 de julio, FJ 5; y 283/2006, de 9 de octubre, FJ 6; y también ATC 68/1996, de 25 de marzo, FJ 6). En efecto, el Juez penal, en la integración de un tipo penal en blanco como es el delito de defraudación contra la hacienda pública, no tiene la capacidad de elegir en un momento dado lo que es más conveniente para la defensa del bien jurídico protegido, so pretexto de una eventual impunidad de la conducta realizada, debiendo limitarse su intervención a constatar (cognoscitivamente, que no electivamente) la concurrencia o no de la situación prevista por la norma remitida para posteriormente proceder a ponderarla desde la estricta óptica penal, de acuerdo a los parámetros constitucionales. Hay que insistir en que cuando estamos frente a decisiones judiciales restrictivas de la libertad, esta afectación del valor libertad exige que la decisión adoptada, “no sólo represente la aplicación no arbitraria de las normas adecuadas al caso, sino también que su adopción sea presidida, más allá de por la mera exteriorización de la concurrencia o no de los requisitos legales de ella, por la ponderación, de conformidad con los fines constitucionalmente fijados a las penas privativas de libertad, de los bienes y derechos en conflicto” (por todas, STC 222/2007, de 8 de octubre, FJ 4).

[...]

La utilización de la figura de los “actos propios” en materia penal para encajar directamente en un tipo penal un comportamiento que no reúne *per se* los requisitos típicos indispensables para ello constituye un evidente ejemplo de analogía *in malam partem*, contraria al art. 25.1 CE (en sentido similar, aunque con relación al fraude a la ley tributaria, SSTC 120/2005, de 10 de mayo, FJ 4; 48/2006, de 13 de febrero, FJ 3; y 129/2008, de 27 de octubre, FJ 5).

[...]

No hay que olvidar que nuestro Derecho penal excluye la “responsabilidad objetiva”, “por el resultado” o “sin culpa” [STC 76/1990, de 26 de abril, FJ 4.A); 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2; 120/1994, de 25 de abril, FJ 2; 272/1994, de 17 de octubre, FJ 2; 103/1995, de 3 de julio, FJ 3; y 33/1995, de 25 de septiembre, FJ 2)]. En efecto, en el delito de defraudación a la hacienda pública no basta con la existencia de un daño patrimonial, pues la acción típica exige necesariamente que en la realización de la conducta antijurídica concorra el elemento subjetivo o intencional del engaño (el tipo es defraudar eludiendo –burlando, engañando, esquivando– el pago de tributos); resultado lesivo y engaño que deben atribuirse a una persona en concreto.

Así, pues, la “merma de los ingresos a la Hacienda Pública” no puede considerarse como requisito suficiente para considerar consumado el tipo penal de defraudación, pues junto “a ese resultado perjudicial para los legítimos intereses recaudatorios del Estado había de darse el elemento subjetivo característico de toda defraudación, esto es, un ánimo específico de ocasionar el perjuicio típico mediante una acción u omisión dolosa directamente encaminada a ello” (SSTC 120/2005, de 10 de mayo, FJ 5; y 129/2008, de 27 de octubre, FJ 5). La mera falta de ingreso de un tributo “cae fuera del campo semántico componente intencional del engaño, so pena de encajar directamente en un tipo penal un comportamiento que no reúne *per se* los requisitos típicos indispensables para ello, en una clara labor analógica *in malam partem* prohibida por el art. 25.1 CE (STC 129/2008, de 27 de octubre, FJ 5).

En efecto, al consagrar nuestra Constitución “el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal”, no sólo no resultaría constitucionalmente legítimo “un derecho penal ‘de autor’ que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos” [STC 150/1991, de 4 de julio, FJ 4 a)], sino que, además, es necesario que la responsabilidad penal surja por la realización de un hecho antijurídico doloso imputable a una persona concreta por haber quedado así acreditado “más allá de toda duda razonable” [SSTC 81/1998, de 2 de abril, FJ 3; 145/2005, de 6 de junio, FJ 5.a), y 141/2006, de 8 de mayo, FJ 3]. Como ha dicho este Tribunal el principio de culpabilidad es el elemento “que marca la frontera de la vindicta con la justicia” (STC 133/1995, de 25 de septiembre, FJ 2; y en el mismo sentido, SSTC 102/1994, de 11 de abril, FJ 3; 34/1996, de 11 de marzo, FJ 3; y ATC 43/1996, de 26 de febrero, FJ 2).

Pero no sólo es necesario que a la existencia de un resultado lesivo le acompañe el elemento intencional del engaño, sino que la concurrencia de ese específico elemento subjetivo debe quedar suficientemente acreditada, lo que sólo sucede si existe un enlace directo y preciso entre los hechos probados y la intención perseguida por el acusado con la acción, enlace que debe justificarse 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; y 91/2009, de 20 de abril, FJ 5).»

(STC 57/2010, de 4 de octubre. Recurso de amparo núm. 2542/2007. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez. «BOE» 29-10-10.)

## LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

### ARTÍCULOS 406 Y 707

#### *Dispensa de la obligación de declarar*

«El inciso final del art. 24.2 CE establece que “[l]a ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”. Con este mandato constitucional entronca el art. 416 LECrim, que dispensa de la obligación de declarar como testigos, a los efectos que p<sup>o</sup>a este recurso de amparo interesan, a “1. [l]os parientes del procesado en línea directa ascendiente y descendiente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a los que se refiere el número 3 del artículo 261”.

[...]

El Tribunal Supremo, en una reiterada línea jurisprudencial constitucionalmente adecuada, invoca como fundamento de la dispensa de la obligación de declarar prevista en los arts. 416 y 707 LECrim los vínculos de solidaridad que existen entre los que integran un mismo círculo familiar, siendo su finalidad la de resolver el conflicto que pueda surgir entre el deber de veracidad del testigo y el vínculo de familiaridad y solidaridad que le une al acusado. Y califica la información sobre dicha dispensa, en los supuestos legalmente previstos, como una de las garantías que deben ser observadas en las declaraciones de los testigos a los que se refiere el art. 416 LECrim, repu-

tando nulas y, en consecuencias, no utilizables las declaraciones prestadas contra el procesado sin la previa advertencia, al no haber sido prestadas con todas las garantías. En cuanto a su práctica requiere que se informe a los testigos de la dispensa, si bien admite que su presencia espontánea puede entrañar una renuncia al derecho de no declarar contra el procesado o acusado, siempre que tal renuncia resulte concluyentemente expresada, lo que puede apreciarse en los casos en los que se trate de un hecho punible del que el testigo haya sido víctima (SSTS, Sala de lo Penal, núms. 6621/2001, de 6 de abril; 1225/2004, de 27 de octubre; 134/2007, de 22 de febrero; 385/2007, de 10 de mayo; 625/2007, de 12 de julio; 13/2009, de 20 de enero; 31/2009, de 27 de enero; 129/2009, de 10 de febrero; y 292/2009, de 26 de marzo).»

(STC 94/2010, de 15 de noviembre. Recurso de amparo núm. 171/2007. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas. «BOE» 17-12-10.)

## ARTÍCULO 506.2

### *Auto de prisión provisional sin motivar para preservar el secreto de sumario*

«Hemos afirmado que: “la notificación de las resoluciones judiciales tiene por objeto el conocimiento por los interesados del mandato judicial que aquéllas comportan, lo que puede obtenerse mediante la comunicación de su parte dispositiva, pero tiene igualmente otras finalidades, entre ellas la de que las partes puedan conocer las razones o fundamentos de la decisión para, en su caso, impugnarlos, oponiendo frente a unas y otros los argumentos que estimen procedentes y ejercitando su derecho de defensa. Por ello, si los hechos en los que se funda la resolución o los fundamentos jurídicos que le sirven de apoyo no son conocidos por las partes, las posibilidades de impugnación de éstas quedan reducidas a un ámbito puramente formal o han de basarse en meras conjeturas o suposiciones, en detrimento de una eficaz tutela judicial”. (SSTC 18/1999, de 22 de febrero, FJ 4; 12/2007, de 15 de enero, FJ 2.)

En este sentido: “la restricción del principio de publicidad que supone la declaración de secreto de sumario no debe significar la atribución al Instructor de la facultad de omitir la tutela de los derechos fundamentales de los sujetos afectados, sino un instrumento para asegurar el éxito de la investigación, que debe emplearse con la necesaria cautela, evitando extenderse más allá de los límites materiales que sean imprescindibles. Conforme a este criterio, el secreto del sumario autoriza para impedir la publicidad de la situación y resultados de la instrucción judicial y, por ello, permite al Juez no incluir información sobre esos aspectos en las resoluciones que dicte y que haya de notificar a las partes, pero no autoriza sin más a ocultarles todos los fundamentos fácticos y jurídicos de aquéllas... Sin embargo, lo que no cabe es omitir en la notificación al detenido elementos esenciales para su defensa, lo que sin duda genera una situación que vulnera la letra y el espíritu de la Norma fundamental consagrada en el artículo 24.1 C.E., ya que, con independencia de que el demandante de amparo pudiera presumir o conocer los hechos que motivaron el Auto que acordó su prisión, bien por haber prestado previamente declaración sobre ellos, o bien por haberse celebrado la comparecencia prevista en el artículo 504 bis 2) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es un hecho incontrovertible que no se le dio traslado de la fundamentación jurídica de la resolución judicial adoptada” (SSTC 18/1999, FJ 4; y 12/2007, FJ 2), al igual que acontece en el presente caso.

Como pone de manifiesto la STC 12/2007, FJ 2, el legislador ha tratado expresamente de conciliar “el derecho del imputado a conocer los motivos por los que se le priva de libertad y la necesidad del Estado de investigar eficazmente los hechos aparentemente delictivos”, determinando en el artículo 506.2 LECrim que “[e]n ningún caso se omitirá en la notificación [del Auto de prisión dictado en unas actuaciones declaradas secretas] una sucinta descripción del hecho imputado y de cuál o cuáles de los fines previstos en el artículo 503 se pretende conseguir con la prisión”.»

(STC 143/2010, de 21 de diciembre. Recurso de amparo 440/2010. Ponente: D. Pascual Sala Sánchez. «BOE» 19-01-10.)

## LEY ORGÁNICA 2/1979, DE 3 DE OCTUBRE, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### ARTÍCULO 44.1A)

#### *Agotamiento de la vía judicial previa*

«Constituye doctrina constante y reiterada de este Tribunal –por todas, recientemente, ATC 169/2004, de 10 de mayo, FJ 1, y SSTC 76/2009, de 23 de marzo, FJ 3, y 78/2009, de 23 de marzo, FJ 2– que el art. 44.1 a) LOTC impide impetrar directamente el amparo constitucional contra resoluciones judiciales dictadas en el seno de un proceso penal que aún no ha finalizado, pues es en el marco del propio proceso donde deben invocarse y, en su caso, repararse las vulneraciones de derechos fundamentales que hayan podido originarse, precisamente, en la sustanciación del proceso mismo, salvo que no esté abierta otra vía para remediar la vulneración actual del derecho que el recurso de amparo. Y será cuando el proceso haya finalizado mediante una resolución firme y definitiva cuando se habrá agotado la vía judicial previa y será posible acudir a este Tribunal en demanda de amparo. “Es en el marco del propio proceso, cuando éste aún se encuentra pendiente, donde deben invocarse y, en su caso, repararse las vulneraciones de los derechos fundamentales que hayan podido originarse, precisamente, en la sustanciación del proceso mismo, salvo que no esté abierta otra vía para remediar la vulneración actual del derecho que el recurso de amparo. Y será cuando el proceso haya finalizado –o, dicho en otras palabras, cuando no quepa acudir a instancia judicial alguna que pueda apreciar y reparar la vulneración del derecho fundamental– cuando se habrá agotado la vía judicial previa y cabrá, por consiguiente, acudir a este Tribunal en demanda de amparo constitucional” (ATC 169/2004, de 10 de mayo, FJ 1, citando las SSTC 196/1995, de 19 de diciembre; 63/1996, de 16 de abril; 73/1999, de 26 de abril; 18/2000, de 31 de enero; 121/2000, de 10 de mayo, y 270/2000, de 13 de noviembre).

Dicha regla general está orientada a garantizar el principio de subsidiariedad que rige en el sistema de protección de derechos fundamentales a través del recurso de amparo (art. 53.2 CE) y que significa que este Tribunal en su función protectora actúa “no sólo como vía subsidiaria, sino última y definitiva” (SSTC 162/1991, de 18 de julio, FJ 1; 52/2000, de 28 de febrero, FJ 3). Por tanto, con el requisito procesal establecido en el art. 44.1 a) LOTC –como precisábamos en las recientes SSTC 76/2009, de 23 de marzo, FJ 3, y 78/2009, de 23 de marzo, FJ 2– “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”.

4. No obstante, esa regla general admite excepciones, que hemos analizado y catalogado en el ATC 169/2004, de 10 de mayo, FJ 2 y, sintetizando lo expuesto en este Auto, en las SSTC 76/2009 y 78/2009, de 23 de marzo, FJ 3 y FJ 2 respectivamente. Se trata fundamentalmente de supuestos en los que el seguimiento exhaustivo del itinerario procesal previo implicaría una injustificada perpetuación en el tiempo de la lesión o la misma se consumiría definitivamente, haciéndose imposible o dificultándose gravemente el restablecimiento in integrum por el Tribunal Constitucional del derecho fundamental vulnerado. Así hemos entendido que sucede en aquellos casos en que, por referirse a la situación personal del encausado, fundamentalmente acordando su prisión provisional, pueden afectar de manera irreparable a la libertad personal del mismo.

También hemos afirmado que ha de excepcionarse la regla general cuando se produce un efecto actual o inmediato de la lesión denunciada, sin posibilidad de restitución in integrum ulterior en el mismo proceso o en el eventual recurso de amparo contra la Sentencia definitiva (por ejemplo, porque se reclama la constitución de un Juez ordinario frente a la jurisdicción militar; o la cuestión no va referida al fondo de la decisión, sino a las medidas cautelares y de situación personal, o se trata de un caso de habeas corpus). Pero hemos advertido que no tienen cabida en este supuesto excepcional “aquellas violaciones susceptibles de ser corregidas en el propio proceso, o en que la supuesta vulneración puede ser plenamente restablecida por el órgano judicial o, en su momento, por este Tribunal en el cauce de un futuro recurso de amparo contra la Sentencia definitiva” (ATC 169/2004, de 10 de mayo, FJ 2) y que “aquellos casos en los que, como ocurre con la denegación de prueba, la presunta lesión no produce un efecto inmediato, sino que el que pueda nacer de ella sólo se pondrá de manifiesto en la Sentencia, es ésta la que debe ser impugnada en sede constitucional de amparo, una vez firme y, por ende, agotados los recursos susceptibles de reparar la lesión constitucional” (STC 52/2000, de 28 de febrero, FJ 4, citando la STC 30/1986, de 20 de febrero, FJ 3).

A los anteriores supuestos se suman aquellos referidos a resoluciones interlocutorias que infrinjan derechos fundamentales de carácter material, distintos a los contenidos en el art. 24 CE, causando una lesión autónoma de los mismos, y que no puedan directa o indirectamente ser subsumidos en dicha norma constitucional y, en su caso, las vulneraciones ser restablecidas a través de los derechos y garantías contenidos en el referido art. 24 de la Constitución (es el supuesto abordado en la STC 27/1997, de 11 de febrero, relativo al derecho a la libertad sindical, en que la imposición de una medida cautelar, por su cuantía, podía llegar a ocasionar en sí misma la vulneración de este derecho fundamental material, imposibilitándose su restitución in integrum).»

(STC 4/2010, de 17 de marzo. Recurso de amparo 6739/2006. Ponente: D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Emilia Casas Baamonde. «BOE» 16-4-2010).





# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

MARÍA DEL CARMEN FIGUEROA NAVARRO  
ABEL TÉLLEZ AGUILERA

## ARTÍCULO 14.3.

*Error de prohibición. La condición de ex cónyuge de la víctima no ampara la creencia errónea de poder realizar tocamientos y condicionar su libertad ambulatoria.*

«Con carácter subsidiario, la defensa formula el decimoctavo motivo, en el cual se denuncia la indebida inaplicación del error de prohibición previsto en el artículo 14.3 del CP.

Alega el recurrente que los tocamientos que José Augusto hizo a su cónyuge estarían amparados en la creencia errónea e invencible de que estaba obrando conforme a derecho, pues “... él sentía que tenía seguridad y control pleno por el amor que le profesaba y porque era la madre de sus hijos y como también quería intensamente a sus hijos, sentía el daño que podría suponerles cualquier tipo de agresión contra ella”.

El motivo carece de la más mínima base jurídica.

En principio, es más que probable que lo que el recurrente identifica como error de prohibición, debiera haber sido abordado argumentalmente como un error sobre la ausencia de consentimiento, que actuaría como error sobre uno de los elementos del tipo, excluyendo el dolo (art. 14.1), no la culpabilidad (art. 14.3).

En cualquier caso, lo que es evidente es que sólo una deformada visión del significado jurídico del matrimonio, permitiría hacer valer la argumentación del recurrente. En el supuesto que nos ocupa, no hubo error de tipo, pues la ausencia de consentimiento –según se ha expuesto *supra*, al desestimar el motivo precedente–, tuvo que ser necesariamente percibida por el acusado, que se valió de una navaja para sumarle a Eugenia a su alocado viaje de huida, durante cuyo transcurso se produjeron los tocamientos. Tampoco hubo error de prohibición, pues el matrimonio no autoriza a imponer situaciones intimidatorias seguidas del ofrecimiento de una actividad sexual.

Recuerda la STS 737/2007, 13 de septiembre –con cita de la STS 687/1996, 11 de octubre–, que 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. No se olvide que basta con que el agente tenga conciencia de la probabilidad de la antijuridicidad del acto, para que no pueda solicitar el amparo del artículo 14.3 del CP, tal y como se desprende de las Sentencias de 29 noviembre, 16 marzo 1994, 12 diciembre y 18 noviembre 1991, entre otras muchas. Insiste la STS 411/2006, 18 de abril que “no cabe invocar el error cuando se utilizan vías de hecho desautorizadas por el ordenamiento jurídico, que todo el mundo sabe y a todos consta que están prohibidas” (SSTS 11 marzo 1996, 3 abril 1998), añadiendo que, en el caso de *error iuris* o error de prohibición, impera el principio *ignorantia iuris non excusat*, y cuando el error se proclama respecto de normas fundamentales en el Derecho Penal, no resulta verosímil y por tanto admisible, la invocación de dicho error, no siendo posible conjeturar la concurrencia de errores de prohibición en infracciones de carácter material o elemental, cuya ilicitud es “notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada” (SSTS 12 noviembre 1986 y 26 de mayo de 1987).»

(Sentencia núm. 61/2010, de 28 de enero.)

### ARTÍCULO 21.3

*Atenuante de arrebató u obcecación. Concepto y diferencias entre ambas figuras. Doctrina general. No cabe en supuestos de riña.*

«En la STS 4337/2008, 10 de julio, decíamos que *la circunstancia atenuante prevista en el artículo 21.3 del CP da entrada a aquellas situaciones emocionales en las que el autor, sin llegar a perder el control de sus actos, se ve sometido a una presión espiritual que le impulsa a actuar*. En palabras de la STS 2085/2001, 12 de noviembre, la atenuante tercera del artículo 21 del Código Penal, denominada de “estado pasional”, que evidentemente *no se ha establecido para privilegiar reacciones coléricas, opera en la importancia que tienen ciertos estímulos en sujetos con personalidades psicopáticas, originándoles una disminución pasajera de influencia notoria en su capacidad (o juicio) de culpabilidad. Esta atenuante tiene, en consecuencia, su límite superior en el trastorno mental transitorio y su inferior está constituido por el simple acaloramiento (e incluso aturdimiento) que ordinariamente acompaña los delitos denominados de sangre*, como el que es objeto de esta censura casacional. Es del todo evidente que en toda situación de acometimiento personal, derivada de una disputa previa en la que sin solución de continuidad de las palabras se pasa a los hechos (delictivos), el acaloramiento como situación pasional es todo punto concurrente con situaciones de tensión, ofuscación e incluso de cierto descontrol anímico. Pero tal estado pasional tiene que tener una intensidad suficiente para romper los mecanismos inhibitorios, de modo que el sujeto se encuentre inmerso en una situación emotiva que la ley ha denominado como de “arrebató” u “obcecación”. El primero ha sido definido por nuestra jurisprudencia como una “especie de conmoción psíquica de furor” y la segunda como “un estado de ceguera u ofuscación”, con fuerte carga emocional el primero y acentuado substrato pasional la segunda; otras veces, se les relaciona con su duración temporal, y así, el “arrebató como emoción súbita y de corta duración” y la “obcecación es más duradera y permanente” (STS 1237/19992, 28 de mayo); la primera está caracterizada por lo repentino o súbito de la transmutación psíquica del agente, diferenciándose de la obcecación por

la persistencia y la prolongación de la explosión pasional que ésta representa (STS 1196/1997, 10 de octubre).

Ahora bien, tal atenuante será incompatible con aquellas situaciones en que el acaloramiento y la perturbación anímica que produce dicho estado son consustanciales al desarrollo de la comisión delictiva, como sucede en las riñas mutuamente aceptadas, en donde tras crispase los ánimos, las palabras se convierten en ardientes arietes que desencadenan una tensión tan fuerte que los sujetos, presos del calor y de la tensión, avivados por la defensa de sus respectivas posiciones, inmersos en la descompostura, continúan por acometerse mutuamente, agrediendo con intensidad. Y en ese estadio de ofuscación, naturalmente concurrente en toda riña, no puede apreciarse la circunstancias atenuante de arrebato, como ha declarado esta Sala con reiteración, al no poderse privilegiar el dar rienda suelta a las pasiones, ni menos –como ocurre en este caso– que fruto de tal situación el acusado acometa a su víctima y con una piedra le golpee el rostro hasta producirle la pérdida del globo ocular.

Al margen de lo expuesto, conviene hacer dos precisiones. La primera que en el hecho histórico no se menciona ese supuesto estímulo que habría desencadenado la reacción violenta de Gumersindo, a saber, la expresión “*me cago en tus muertos*”. La vía del artículo 849.1 de la LECrim impone como presupuesto el respeto al juicio histórico, sin enriquecer la argumentación impugnativa con menciones que no han sido incorporadas a él. Por otra parte, aun cuando esa expresión hubiera sido proferida por la víctima, tampoco podría justificar el estado pasional reactivo que late en el artículo 21.3 del CP.»

(Sentencia núm. 339/2010, de 9 de abril.)

#### ARTÍCULO 22.4.<sup>a</sup>

*Agravante de discriminación ideológica. Discrepancia de pensamiento como móvil de la agresión del acusado contra la víctima, a la que identifica como oponente ideológico por su estética. Enunciación de insultos y frases de victoria en alemán empleadas en el 3.º Reig y salutación al estilo de las SS después de apuñalar a la víctima.*

«La inclusión de esta circunstancia en el Código Penal de 1995 respondió, según la Exposición de Motivos de la LO 4/1995, a que “la proliferación en distintos países de Europa de episodios de violencia racista y antisemita que se perpetran bajo las banderas y símbolos de ideología nazi obliga a los Estados democráticos a emprender una acción decisiva para luchar contra ella”, no habiendo España “permanecido ajena al despertar de este fenómeno”. En cuanto a su ampliación en la circunstancia ahora examinada, 4.ª del artículo 22, responde a una realidad social que evidencia la existencia de tales motivaciones en alarmantes hechos delictivos.

El propósito del acusado de acudir a la manifestación convocada por la ultraderechista Democracia Nacional “contra el racismo antiespañol”; la estética neonazi que exhibía aquél; los gritos “Sieg Heil”, de acentuada tradición nazi, proferidos por aquél tras apuñalar a Teodoro, a la vez que saludaba al estilo romano; la utilización de la palabra “guarros” para referirse a los antifascistas, término despectivo que utilizan los fascistas para referirse a sus oponentes ideológicos, según algunos de los referidos testigos y el jefe policial del Grupo XXI, evidencian la ideología del acusado y, frente a ella, la radicalmente contraria de Teodoro, no cuestionada por su izquierdismo, ava-

lan de modo inapelable la conclusión del Tribunal sentenciador al expresar que las extremas discrepancias de pensamiento constituyeron el móvil que guió la agresión de Fermín contra Teodoro, como se desprende inequívocamente del comportamiento del acusado al situarse junto a una de las puertas de entrada al vagón, con la navaja escondida, esperando “serenamente” la entrada de sus oponentes ideológicos, utilizando el nimio pretexto de ser preguntado por su sudadera para asestarle sin más la puñalada mortal.»

(Sentencia núm. 360/2010, de 22 de abril.)

## ARTÍCULO 22.5.<sup>a</sup>

*Agravante de ensañamiento. Requisitos. No concurren en el caso de autos ya que el carácter desmedido de la violencia empleada por el acusado, por más que ésta pueda calificarse como desproporcionada, falta de medida o carente de término, no agota el contenido del ensañamiento, que exige una dimensión subjetiva que, ni ha sido expresamente proclamada en el factum, ni puede deducirse de los elementos objetivos en él descritos*

«El artículo 22.5 del CP describe la agravante de ensañamiento como el hecho de “aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito”. De acuerdo con reiterada doctrina, su naturaleza no se identifica con la simple repetición de golpes, sino con lo que un comentarista clásico, en gráfica expresión llamó la maldad de lujo, esto es, la maldad brutal, sin finalidad, por el simple placer de hacer daño. Se trata, pues, de una maldad reflexiva, que no es fruto de la brutalidad alocada que inspira el momento de acabar con la vida de cualquier persona. Esta idea aparece claramente reflejada en la STS 589/2004, 6 de mayo, cuando proclama la aplicación de esta agravante para situaciones en las que la víctima se encuentra totalmente a merced de su agresor y éste, por decirlo de alguna manera “saborea su poder ante ella alargando innecesariamente su sufrimiento”. También en la STS 1232/2006, 5 de diciembre, en la que se afirma que la agravante de ensañamiento “exige un propósito deliberado, previamente configurado o bien ejecutado en el momento de la comisión de los hechos”.

Es necesario que denote el deseo de causar sufrimientos adicionales a la víctima, deleitándose en la metódica y perversa forma de ejecutar el delito de homicidio, de manera que la víctima experimente dolores o sufrimientos que antecedan a la muerte y que sea un prolegómeno agónico del desenlace final. Se caracteriza por una cierta frialdad en la ejecución ya que se calcula hasta el milímetro la fase previa de aumento injustificado del dolor y sólo movido por el placer personal o por el odio a la persona agredida a la que se agrava su situación, anunciándole, antes de su muerte, que debe sufrir o haciéndole sufrir o experimentar un dolor añadido deliberadamente escogido.

En definitiva, se trata de una modalidad de tortura realizada por un particular y por tanto atípica, innecesaria para causar la muerte y que produce sufrimientos físicos e incluso mentales ya que no puede descartarse el ensañamiento moral, sometiénola sin dolores físicos a una angustia psíquica tan insufrible como el daño físico.

La STS 713/2008, 13 de noviembre, analiza un supuesto muy similar al que ahora es sometido a nuestra consideración. En aquel caso, la acción enjuiciada era la

de un acusado que, portando un martillo tipo “encofrador”, asestó repetidos golpes, hasta un total de quince, en la región frontal, región nasal, región malar izquierda, región de la sien izquierda y región parietal izquierda de la víctima, ataque que no le produjo la muerte instantánea, causándole, durante un espacio indeterminado, la agnía hasta su expiración. En el supuesto entonces enjuiciado, esta misma Sala rechazó la concurrencia de la agravante de ensañamiento recordando, desde el punto de vista de su estructura, que su apreciación exige dos elementos: uno objetivo, constituido por la causación de males objetivamente innecesarios para alcanzar el resultado típico, que aumentan el dolor o sufrimiento de la víctima. Y otro subjetivo, consistente en que el autor debe ejecutar, de modo consciente y deliberado, unos actos que ya no están dirigidos de modo directo a la consumación del delito, sino al aumento del sufrimiento de la víctima (STS 1554/2003, 19 de noviembre); elemento subjetivo consistente en el carácter deliberado del exceso (STS 2523/2001, 20 de diciembre).

Volcando este cuerpo de doctrina sobre la acción que el Tribunal del Jurado imputó a Jorge, la estimación del motivo se hace obligada. En el factum, es cierto, se señala que cuando la víctima, Geronimo, llamó a la puerta del acusado, éste “... se dirigió a la puerta con el martillo en la mano y nada más entrar Geronimo en el domicilio, de forma inmediata y guiado por la intención de acabar con la vida del mismo, sin mediar palabra, comenzó a propinarle con una violencia desmedida una serie continua de golpes, un mínimo de diez veces, en la cabeza que le ocasionaron la muerte”.

En este fragmento, como puede apreciarse, no se menciona otro propósito en el acusado que el de acabar con la vida de Geronimo, aludiéndose a una serie continua de golpes, al menos diez, que fueron ejecutados con “... violencia desmedida”. El carácter desmedido de la violencia, por más que ésta pueda calificarse, en su genuina significación gramatical, como desproporcionada, falta de medida o carente de término, no agota el contenido de la agravación prevista en el artículo 22.5 del CP, que exige una dimensión subjetiva que, ni ha sido expresamente proclamada en el factum ni, por supuesto, puede deducirse de los elementos objetivos en él descritos.»

(Sentencia núm. 600/2010, de 16 de junio.)

## ARTÍCULO 28

*Coautoría en el ámbito de la criminalidad organizada. «Latin Kings». Doctrina jurisprudencial. Principio de imputación recíproca que permite considerar a todos los partícipes como autores de la totalidad, con independencia de su concreta aportación al hecho.*

«La ejecución de una agresión en grupo plantea el problema de la coautoría. Del artículo 28 del Código Penal se desprende que son coautores quienes realizan conjuntamente el hecho delictivo. Para ello es preciso un elemento subjetivo consistente en un acuerdo respecto de la identidad de aquello que se va a ejecutar, el cual puede ser previo y más o menos elaborado, o puede surgir incluso de forma simultánea a la ejecución, precisándose sus términos durante ésta, siempre que las acciones de cada interviniente no supongan un exceso respecto a lo aceptado, expresa o tácitamente, por todos ellos. Los límites de la aceptación pueden desprenderse de la configuración del hecho aceptada por los intervinientes.

Y además, superando las tesis subjetivas de la autoría, es precisa una aportación objetiva y causal de cada coautor, orientada a la consecución del fin conjuntamente

pretendido. No es necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos que integran el elemento central del tipo, pues cabe una división del trabajo, sobre todo en acciones de cierta complejidad, pero sí lo es que su aportación lo sitúe en posición de disponer del codominio funcional del hecho. De esta forma, a través de su aportación, todos los coautores dominan conjuntamente la totalidad del hecho delictivo, aunque no todos ejecuten la acción contemplada en el verbo nuclear del tipo. La consecuencia es que entre todos los coautores rige el principio de imputación recíproca que permite considerar a todos ellos autores de la totalidad con independencia de su concreta aportación al hecho.

El Código Penal distingue en el artículo 28 como supuestos de autoría, la autoría directa individual, la realización conjunta del hecho o coautoría y la autoría mediata. A ellas añade, considerándolas también como autoría, la cooperación necesaria y la inducción. Aunque todos ellos estén castigados con la misma pena, la posición legal impone la búsqueda de diferencias entre las distintas figuras. Cuando existen varios intervinientes, la doctrina del dominio del hecho conduce a afirmar que solo son autores los que lo ostentan. De esta forma, las aportaciones esenciales realizadas en la fase de preparación darían lugar a una cooperación necesaria, pues desde el momento de la aportación el dominio del hecho corresponde a los ejecutores directos. Serán entonces coautores, o autores con otros, quienes aporten en la fase de ejecución algo esencial, de manera que si lo retiraran, la comisión del hecho resultaría imposible.

Cuando se trata de organizaciones fuera de la ley, suficientemente estructuradas y jerarquizadas, la aplicación de estas tesis encuentra algunas dificultades para establecer la responsabilidad del hombre de atrás que da la orden o toma la decisión que luego es ejecutada por otros. De un lado, es claro que la decisión es un elemento esencial, sea concreta o de carácter más general tanto en relación con las posibles víctimas como con las acciones que deban ejecutarse, pues no es concebible en el seno de esas organizaciones que tales actos se lleven a cabo si los autores directos no cuentan con la aprobación de los superiores, expresada de alguna forma. De otro, quien actúa igualmente debe responder, pues aun cuando en el seno de esas organizaciones pueda apreciarse una cierta situación coactiva sobre los inferiores, es insuficiente, en general, para excluir que su acto sea lo suficientemente libre como para considerarlo penalmente responsable de su ejecución. La constatación de esta responsabilidad se aprecia por un sector doctrinal como un inconveniente para trasladarla al autor mediato.

Parte de la doctrina entiende que en esos casos, es decir, cuando se trate de organizaciones suficientemente estructuradas y jerarquizadas, la decisión de actuar, vaya o no seguida de la planificación de la acción concreta, constituye ya el comienzo de la ejecución, lo que permite considerar autores a quienes la adoptan, sin necesidad de acudir a la extensión de la figura de la autoría mediata. Precisamente porque, dadas las características de la organización, sin la decisión es inimaginable el hecho y, una vez adoptada, lo esperable, generalmente, es su cumplimiento por los ejecutores directos, estén o no éstos previamente determinados. Resulta, entonces, indiferente, que quienes llevan a cabo la acción estén de antemano decididos a cometer el hecho o lo lleven a cabo en virtud del dominio ejercido por quien controla la organización. Puede sostenerse que mantienen el dominio del hecho en tanto pueda afirmarse el éxito de una eventual contraorden.

Otros sectores doctrinales hacen referencia a la responsabilidad del que ejerce alguna clase de dominio dentro de un círculo organizativo, lo que permite considerarlo autor tanto respecto de los hechos ejecutados por otros en virtud de ese dominio, como de los cometidos como consecuencia de la omisión de sus deberes de control de fuentes de peligro.

Es claro que, aun en estos casos, existen límites a la responsabilidad del hombre de atrás, impuestos por la necesidad de que éste conozca el resultado que luego se produce, al menos en el ámbito del dolo eventual. Como ya hemos dicho más arriba, actúa con dolo (eventual) quien conoce el peligro concreto creado con su acción y a pesar de eso la pone en marcha.

En el caso, en la sentencia se establece la existencia de una organización estructurada y jerarquizada, que disponía de una normativa interna denominada “literatura” que contenía un régimen disciplinario en el que figuraban las faltas y las correspondientes sanciones, de manera que los miembros inferiores deben cumplir las instrucciones de quienes ocupan posiciones de jerarquía superior. Dentro de esa normativa, concretamente en la carta fundacional, se contiene una referencia a “derramar nuestra sangre y dar la vida si es necesario para luchar en contra de los que nos nieguen y defender nuestra querida y poderosa nación”, añadiendo que “los Ñetas y otros grupos son sus enemigos y nunca los dejaremos crecer porque por manos de ellos han muerto muchos hermanos. Nosotros tenemos que aprender a reconocerlos y someterlos o tumbarlos con todo nuestro rencor”. Los llamados “reyes” se encuentran en situación de superioridad jerárquica respecto de los simples miembros. Los acusados que ocupan la posición de “reyes”, son en el caso quienes deciden, planifican y organizan la ejecución de un acto de agresión contra miembros de la banda rival de los Ñetas, deciden la utilización de armas y ponen en marcha la ejecución de lo decidido, en directa relación con las proclamas antes mencionadas, entendidas en forma que conducen al empleo de la violencia, cumpliéndose por todos los demás y participando activamente los “reyes”.

Igualmente debe apreciarse, al menos, dolo eventual respecto del resultado de muerte, incluyendo la forma de ejecución. La organización del ataque comprendía la utilización de armas blancas, hábiles para causar la muerte. Y las mismas características del ataque planificado suponían la altísima probabilidad de que se tradujera en agresiones ejecutadas en grupo.

Por lo tanto, los que tomaron la decisión, que en el marco de la organización debe ser cumplida, son responsables en concepto de autores de los delitos cometidos en su ejecución, en cuanto, al menos, se concretaron en resultados producidos dentro del ámbito del riesgo creado.»

(Sentencia núm. 708/2010, de 14 de julio.)

## ARTÍCULO 29

*Complicidad omisiva. Diferencias con la coautoría. En ningún momento el acusado realizó actuación alguna tendente a impedir el incendio. Dicha complicidad omisiva fue eficaz en la producción del resultado típico.*

«La queja del recurrente se extiende también a su condena como cómplice del delito cometido por el procesado rebelde, que habría actuado como verdadero autor material. Esa línea argumental, no dibujada con suficiente trazo en el motivo, da pie al Ministerio Fiscal para extender su informe a las razones técnicas que permitirían detectar un error del Tribunal de instancia al calificar la acción del acusado Jesús María como la propia de un cómplice por omisión cuando, en realidad, no era sino un verdadero coautor. El Fiscal, con un encomiable ejercicio de precisión técnica, con-

cluye que ese desenfoque de la Sala al calificar como forma de participación lo que en realidad no era sino una forma de coautoría, no debe ser obstáculo para el mantenimiento de la condena, aun por el título participativo que de forma errónea han aplicado los Jueces de instancia.

Y tiene razón el Fiscal.

El razonamiento de la Sala al concluir que la conducta de Jesús María ha de ser reputada como una forma de *complicidad omisiva*, se basa en la idea de que la conducta de aquél implicó "... un comportamiento omisivo en el desarrollo de los hechos, pues en ningún momento realizó actuación alguna tendente a impedir el incendio. Dicha complicidad omisiva fue eficaz en la producción del resultado típico. [...] En efecto Jesús María desarrolla en todo momento un comportamiento pasivo y meramente expectante, que si bien no reunía las notas de relevancia y utilidad al no resultar imprescindible, ni necesario para la consumación delictiva, sí fue en cambio facilitador y favorecedor de la realización del hecho criminal. Jesús María con la aceptación de esa conducta generadora de riesgo y peligro para terceros, venía obligado a su vez a asegurar la no producción del daño. Ese –no impedir–, que como dice la jurisprudencia citada, es característico de la comisión omisiva, determina en este caso, que la participación del procesado quede subsumida en el grado de complicidad omisiva del artículo 29 del Código Penal”.

Es cierto que la doctrina ha admitido, no sin controversia, la denominada complicidad omisiva, que encontraría su espacio natural como forma de participación en los delitos de omisión. Se trataría de calificar así aquellas conductas que encierran una forma de apoyo psicológico al autor principal y que actuarían como verdadero aporte en el hecho. Desde esta perspectiva, la omisión del cómplice, sin ser causal para la acción del autor principal, implicaría no determinar al autor a la ejecución de la acción a la que éste resulta obligado.

Desde esta perspectiva, desde luego, mal podría hablarse de complicidad omisiva en la acción del recurrente, pues su participación está relacionada con un delito principal –el delito de incendio atribuido como autor material al otro procesado– que es un genuino delito de acción, en la medida en que lo que se está enjuiciado no es otra cosa que el incendio intencionado de una vivienda compartida. Y en la afectación del bien jurídico el acusado tuvo un papel decisivo, pues el desencadenamiento del fuego fue el resultado de la decisión compartida entre ambos acusados. Es cierto que –como tantas veces ha expresado la jurisprudencia de esta Sala– el acuerdo previo no es suficiente para fundamentar la coautoría. Pero también lo es que, en el presente caso, como apunta el Fiscal, más que una participación omisiva en un delito de otro, lo que existió fue un acto común en el que ambos imputados, con absoluta independencia de las actuaciones concretas llevas a cabo por cada uno, ejecutaron el hecho con pleno dominio funcional del hecho común.

Conviene insistir en que lo decisivo en la coautoría –en línea de lo que afirmábamos en la STS 434/2007, 16 de mayo– es precisamente que el dominio del hecho lo tienen varias personas que, en virtud de lo que se ha llamado el reparto funcional de roles, asumen por igual la responsabilidad de su realización. Se basa, pues, la coautoría en una singular forma de división del trabajo para la realización del proyecto criminal compartido. De ahí que, en el aspecto subjetivo, imponga una vinculación entre los intervinientes en forma de resolución común, asumiendo cada cual, dentro del plan conjunto, una tarea parcial, pero esencial, que le presenta como cotitular de la responsabilidad por la ejecución de todo el suceso. En el aspecto objetivo, resulta indispensable que la aportación de cada uno de los coautores alcance una determinada importancia funcional, de modo que las distintas contribuciones deben considerarse como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada coautor, independientemente



de la entidad material de su intervención. A diferencia de lo que acontece con los supuestos de coparticipación, la coautoría porta en sí misma su contenido de injusto, y no lo deriva del hecho ajeno. Dicho con otras palabras, la coautoría constituye autoría para cada interviniente.

En el presente caso, la existencia de ese proyecto criminal compartido, fluye con naturalidad del juicio histórico. Ambos toman la decisión de “... prender fuego a la vivienda” y *ambos abandonan el inmueble en el momento de la propagación del fuego*, “... mientras las llamas invadían todo el inmueble”.

La cuestión del grado de participación –afirmábamos en la STS 1169/1998, 14 de octubre – depende del valor concreto de la aportación del partícipe al hecho típico. En cada caso se debe decidir si dicha aportación tiene la significación requerida para atribuirle el codominio del hecho o no, es decir, para imputar al partícipe la totalidad del hecho. Esta valoración se orientará en el caso de la coautoría por criterios formulados en la doctrina reciente: *a)* el “dominio por la decisión”, en los casos en los que el partícipe con su desistimiento determina el fracaso del plan delictivo; y *b)* el “dominio por configuración”, en los que el dominio del partícipe se caracteriza por una aportación que otorga al hecho su especial configuración. En este último sentido se requiere para la coautoría una aportación, en el momento de la ejecución, que no sea de menor entidad que la de los otros partícipes.

Pese a todo, ningún error jurídico de trascendencia casacional habría cometido el Tribunal *a quo* al calificar la participación de Jesús María como la que es propia de una complicidad omisiva. Como recuerda el Fiscal, la complicidad y la coautoría se encuentra en una relación de subsidiariedad expresa, de forma que el precepto subsidiario –la complicidad– sólo se aplica en defecto del precepto principal –la autoría–, de manera que toda autoría comporta una complicidad superada en el camino progresivo de la participación. Ello significaría que aunque el comportamiento estudiado fuese el propio de la autoría, la aplicación de la complicidad omisiva, tácitamente comprendida y superada por aquélla, no comportaría lesión alguna del derecho del recurrente, sino disfrute de un privilegiado trato de penalidad a tenor del alcance real de su participación en el hecho.»

(Sentencia núm. 314/2010, de 7 de abril.)

## ARTÍCULO 120.4

*Responsabilidad ex delicto. Subsidiaria del artículo 120.4 CP. Teoría de la creación del riesgo. La responsabilidad civil subsidiaria se justifica por el principio de la creación del riesgo mediante una situación de dependencia, siendo totalmente irrelevante la culpa o negligencia in eligendo del empresario. Quien se beneficia de las actividades de otra persona, que de alguna manera puedan provocar un riesgo para terceras personas, también debe soportar las consecuencias negativas de las consecuencias lesivas de ese riesgo creado.*

«El apartado cuarto del artículo 120 CP establece un género de responsabilidad cuestionable, adjudicado, sin posibilidad de réplica, al empresario en tanto en cuanto se acrediten los condicionamientos o presupuestos exigidos desde su tenor literal, confirmados reiteradamente por la abundantísima doctrina emanada al efecto

desde la Sala Segunda del Tribunal Supremo: a) La comisión de un delito o falta; b) la insolvencia del autor; c) la preexistencia de una relación entre el agente *comissio delictae* y la persona contra la que se pretende la efectividad de la responsabilidad, caracterizada por la nota de dependencia: extensiva, en la actualidad, a todos los supuestos en los que exista beneplácito o aquiescencia de su principal, y d) la realización por el culpable criminal de los actos motivadores de la condena en el área del desempeño de los servicios que le tenga encomendado su principal, con su conocimiento o, al menos, sin la oposición o la prohibición expresa de éste.

Se regula, con su incorporación al Código Penal, un régimen de responsabilidad subsidiaria personal y objetiva, en tanto en cuanto, y a diferencia de lo que sucede en el apartado primero del precepto en relación con la responsabilidad de los padres o tutores, respecto de los delitos cometidos por los mayores de dieciocho años en las circunstancias en él expresadas, no se exige que haya habido por parte del empresario culpa o negligencia.

Si, ciertamente, en una primera fase, el origen de la responsabilidad civil subsidiaria de los principales por los actos delictivos cometidos por sus empleados, se justificaba en una falta en vigilando o in eligendo, lo que suponía un fundamento culposo de la misma, poco a poco esta fundamentación fue abandonándose y hoy ya es general y pacífica la tesis de que el fundamento del nacimiento de la responsabilidad civil subsidiaria encuentra en la teoría de la creación del riesgo, de manera que quien se beneficia de las actividades de otra persona, que de alguna manera puedan provocar un riesgo para terceras personas, también debe soportar las consecuencias negativas de las consecuencias lesivas de ese riesgo creado, y ello, incluso se ha declarado cuando la actividad desarrollada por el infractor no le reporte ningún beneficio al principal "...bastando para ello una cierta dependencia, de forma que se encuentra tal actividad sujeta de algún modo a la voluntad del principal, por tener éste la posibilidad de incidir sobre la misma..." –STS 822/2005 de 23 de junio–.

En definitiva esta teoría de la creación del riesgo no es sino una adaptación del viejo principio romano "...*qui sentir commodum, debet sentire incommodum...*" o, bien "...*ubi commodum, ibi incommodum...*". Es decir, la situación en la que uno encuentra una ventaja, justifica también que deba de hacer frente a los perjuicios que se derivan de aquélla.

En definitiva, se trata de una responsabilidad vicarial en la que se prescinde de toda referencia a la negligencia del principal en la elección de sus dependientes, basando solo la realidad de la situación de dependencia.

Esta relación es clara y patente que existía en relación al conductor del taxi –Romualdo–, taxi que era propiedad del recurrente, por lo que en el presente caso no solo existe la relación de dependencia, sino, además, la ventaja y beneficio que le suponía al recurrente la explotación del taxi por un asalariado suyo.»

(Sentencia núm. 237/2010, de 17 de marzo.)

## ARTÍCULO 139.1

*Asesinato. Apuñalamiento de un menor antifascista por un simpatizante de la ideología neonazi que acudía en metro a una manifestación de extrema derecha. Dolo directo. Capacidad mortífera del arma empleada, órgano vital alcanzado, contundencia del golpe y trayectoria del apuñalamiento. Ostentación de la ideología nazi. Alevosía sor-*

*presiva. Ataque repentino con una navaja oculta sin posibilidad de reacción defensiva de la víctima. Colocación del acusado a la entrada de la puerta del vagón del metro, a la espera de atacar, con cualquier excusa, a cualquiera de las personas que accedían y que por su estética consideraba antifascistas.*

«La negación por el recurrente del dolo homicida en el apuñalamiento de Teodoro, no tiene ninguna posibilidad de prosperar. Toda la exposición impugnativa de aquél está basada en dos argumentos: Primero, que el autor de los hechos se encontró en una situación de grave riesgo para su persona ante la presencia de un numeroso grupo de adversarios ideológicos, lo que –se dice– provocó en aquél un estado anímico de miedo a ser agredido y la necesidad de actuar en legítima defensa.

Esta alegación debe ser prontamente rechazada.

El *animus necandi* no es incompatible con la legítima defensa. En efecto, en la STS 614/2004, de 12 de mayo, entre otras, se exponía con meridiana claridad que el dolo homicida no es incompatible con la eximente de legítima defensa, sino que uno y otra pueden coexistir porque ni siquiera el *animus necandi* o intención deliberada y específica de quitar la vida al ilegítimo agresor, excluye necesariamente la “*neceditas defensionis*” que fundamenta la eximente, por lo que habrá de atender en cada supuesto de hecho a las circunstancias de todo tipo que concurren en el suceso y, especialmente, a la gravedad de la agresión injusta y los bienes y valores jurídicamente tutelados sobre los que aquélla se proyecta, así como a la respuesta del injustamente agredido, ponderando los factores fácticos y anímicos como elementos básicos para establecer la racionalidad o adecuación de esa respuesta.

Como señala la STS de 3 de junio de 2003, “la jurisprudencia, asumiendo la predominante corriente de la doctrina científica, entiende que la legítima defensa es una causa de justificación, fundada en la necesidad de autoprotección, regida como tal por el principio del interés preponderante, sin que sea óbice al carácter objetivo propio de toda causa de justificación la existencia de un “*animus defendendi*” que, como dice la Sentencia de 2 de octubre de 1981, no es incompatible con el propósito de matar al injusto agresor (“*animus necandi*”), desde el momento que el primero se contenta con la intelección o conciencia de que se está obrando en legítima defensa, en tanto que el segundo lleva además insito el ánimo o voluntad de matar necesario para alcanzar el propuesto fin defensivo”.

Es decir, la legítima defensa –caso de que concorra– no supone otra cosa que una causa de justificación de la reacción de quien ha sido ilegítimamente agredido, pero nada tiene que ver con el propósito que anima esa reacción, pues quien encontrándose en una situación provocada por el agresor que amenaza real y objetivamente bienes o valores tan relevantes como la propia vida o la integridad física, responde proporcionalmente al injusto ataque con la intención de matar al primero, estará actuando justificadamente, pero con indudable *animus necandi*, por lo que ambos factores: dolo homicida y legítima defensa resultan independientes y perfectamente compatibles.

El segundo reparo pretende desacreditar el juicio de inferencia alcanzado por el Tribunal a partir de los datos fácticos indiciarios que maneja. El razonamiento de la Sala juzgadora de instancia es inobjetable: 1.º La zona anatómica a la que dirigió el ataque, como es el pectoral izquierdo, entre el tercer y cuarto espacio intercostal, situado unos 2 centímetros por encima de la mamila, donde se alojan órganos vitales, entre ellos el corazón, cuyo ventrículo izquierdo fue lesionado, lo que produjo el fallecimiento del agredido por shock hipovolémico, según el

informe de autopsia, ratificado en el plenario por los doctores don Eulogio y don Nazario. 2.º La capacidad mortífera del arma empleada, una navaja de un solo filo y con un contrafilo no serrado y de escaso grosor –según puntualizaron en la vista los peritos que analizaron las prendas de Teodoro, en función de las dimensiones de su hoja, pues aunque no fue encontrada –siendo indiferente que el motivo fuera porque se le cayese en su huída, como sostiene el acusado, o porque se desprendiese de ella al salir de la estación, arrojándola debajo de vehículos estacionados antes llegar a la altura de los policías municipales, los cuales relatan que le vieron tirar un objeto, que al golpear el suelo produjo un sonido metálico, el cual no pudieron recuperar, a pesar de efectuar una minuciosa inspección de la zona, ayudados por otros compañeros–, y los peritos anteriormente referidos no pudieron determinarla, al desconocer la presión ejercida, al menos tenía unos siete centímetros de hoja, en atención a la profundidad alcanzada por la herida, similar a la sufrida por el testigo protegido, según señalaron los forenses en el plenario. 3.º La trayectoria del apuñalamiento, de arriba hacia abajo, cuando la víctima se encontraba frente a él. 4.º La contundencia del golpe, como lo demuestra que la navaja perforase las prendas de la víctima, afectase a la piel, tejido subcutáneo, pleura parietal, pericardio y ventrículo izquierdo del corazón.

Lo mismo acaece en relación con la cuchillada que el acusado propinó al testigo protegido. Siempre ateniéndonos a la narración fáctica, claro está. Allí se declara probado que dos personas intentaron desarmar a aquél, resultando levemente herida una de ellas, que sufrió una herida incisa superficial con la navaja. “Después el testigo protegido se dirigió hacia el acusado con la misma finalidad, entablándose entre ambos un forcejeo, en el curso del cual cuando Fermín le tenía sujeta la cabeza con su brazo izquierdo e inclinada hacia él, le clavó la navaja en el tórax izquierdo, entre el 6.º y 7.º espacio intercostal, ocasionándole: hemoneumotórax, laceración pulmonar en línula y hematoma mediastínico con compresión extrínseca de vía aérea y atelectasia secundaria”.

Cuál fuera el animus del acusado al ejecutar esta acción se desprende de diversas circunstancias que se recogen en la sentencia: ya es suficientemente ilustrativo que nada más clavar la navaja en el corazón de Teodoro, el acusado –dice el factum– “se quedó en el interior del vagón que fue desalojado por sus oponentes ideológicos ante el temor de ser agredidos, recorriendo el mismo de un lado a otro blandiendo la navaja y profiriendo contra ellos las siguientes frases: “guarros de mierda, os voy a matar a todos” y “Sieg Heil”, mientras saludaba al modo nazi extendiendo el brazo y mano derechos “; gestos y expresiones, debe decirse, que son manifestaciones externas de una ideología como la nazi, de la que hizo explícita ostentación el acusado, ideología que se caracteriza por el fanatismo irracional, la carencia de todo sentido de humanidad hacia quien se tiene por adversario, y el crimen. Junto a ello 1.º el lugar del cuerpo donde se produce la herida, tórax izquierdo, entre el 6.º y 7.º espacio intercostal, en la línea medio/posterior axilar, donde se encuentran importantes venas y arterias y órganos esenciales para el mantenimiento de la vida de una persona, como el corazón y los pulmones, siendo en este caso perforado el izquierdo, provocando un hemotórax grave según el parte del médico del hospital universitario 12 de octubre e informe provisional de UCI, y que según los citados forenses –que ratificaron el informe de sanidad– sería mortal sin la intervención quirúrgica realizada. 2.º La aptitud de la navaja empleada para ocasionar la muerte, que es incuestionable en atención al resultado producido el fallecimiento de Teodoro. 3.º La intensidad empleada en el golpe, como lo demuestra que la navaja perforase las prendas de la víctima, y la profundidad de la herida.

Sexto.—Todavía se hace necesaria una última reflexión para concluir el análisis de este motivo casacional.

Que el apuñalamiento de las dos víctimas principales estuvo impulsado por un *animus necandi* o dolo directo de matar de primer grado, ejecutándose las acciones con la voluntad específica de quitar la vida, es un juicio de inferencia plenamente justificado por la mecánica comisiva y el cúmulo de elementos indiciarios anteriores, coetáneos y posteriores a esas agresiones.

Pero, aunque se llegara a la conclusión hipotética de que el autor de los hechos no tenía el deseo, propósito ni la voluntad específica de matar, ello en nada empecería la concurrencia del elemento subjetivo del dolo homicida que requiere el tipo penal, cuanto menos en su modalidad eventual que también satisface el componente anímico del delito.

Séptimo.—Combate también el recurrente la calificación jurídica de la agresión y muerte de Teodoro como constitutiva de un delito de asesinato consumado, al considerar que no concurre la agravante de alevosía que aprecia el Tribunal sentenciador.

En síntesis, lo que sostiene el motivo es que no hubo la alevosía súbita o sorpresiva que aprecia la sentencia, porque Teodoro debía ser consciente del peligro que se cernía sobre él y, por consiguiente, el ataque con el arma blanca no puede ser calificado de imprevisto.

Al margen de que el recurrente se equivoca al señalar que no concurre la alevosía “tanto en el primero como en el segundo ataque”, porque el Tribunal sólo la apreció en el primero de ellos, el que sufrió Teodoro; al margen de ello, decimos, el motivo carece de todo fundamento y debe ser rechazado.

Como expresa la sentencia apoyándose en la reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala del Tribunal Supremo, para apreciar esta circunstancia es preciso: *a)* se trate de un delito contra las personas; *b)* se utilicen en su ejecución medios, modos o formas, que sean objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad; *c)* el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su utilización tendente a asegurar su ejecución, al impedir la defensa del ofendido; y *d)* una mayor reprochabilidad de la conducta derivada precisamente del *modus operandi*, conscientemente orientado a aquellas finalidades.

A tenor de los hechos declarados probados, ninguna duda alberga este Tribunal de casación de que, por la forma y el arma con que se produjo, el ataque a Teodoro fue alevoso, en la modalidad de agresión súbita, sorpresiva, repentina e imprevista.

El recurrente, como ya se ha dicho, sostiene la tesis de que la víctima no podía “ignorar por su cognoscencia ... el peligro que le acechaba”. Pero esta alegación resulta tan infundada como irracional, porque al encontrarse Teodoro arropado por los compañeros que le acompañaban, en una palmaria situación de superioridad fáctica respecto al acusado, resulta de lo más razonable que Teodoro no recelara de una agresión tan mortífera como la que recibió. Sí que hubiera sido racionalmente previsible que en el escenario descrito se hubieran producido insultos, amenazas e incluso algunos movimientos agresivos como empujones o golpes entre uno y otros. Pero nada de esto hubo, sino que lo que sucedió realmente, un rapidísimo, súbito y fulgurante acto de apuñalamiento con la navaja que el acusado ya llevaba abierta y escondida, clavándola hasta la empuñadura en el pecho de la víctima, no entraba, ciertamente, dentro de lo previsible.

Por lo demás, esa mecánica comisiva satisface plenamente las exigencias legales o establecidas en el artículo 22.1.<sup>ª</sup> CP, pues resulta incuestionable que el acusado

empleó medios, modos y formas de ejecución en la agresión que tendían directamente a asegurarla, impidiendo toda reacción defensiva por parte del agredido.»

(Sentencia núm. 360/2010, de 22 de abril.)

## ARTÍCULO 149.1

*Lesiones. Pérdida del globo ocular. Golpe propinado con una piedra en pleno rostro, con gran fuerza. Acción dolosa. Representación para el autor que con esa agresión desencadena un riesgo evidente de ocasionar lesiones graves para cualquiera de los sentidos que se alojan en la zona del impacto.*

«La acción del acusado fue dolosa y así se desprende con nitidez del relato de hechos probados.

No resulta fácil, más allá de la legítima estrategia defensiva de degradar la gravedad objetiva de los hechos, explicar esa pérdida ocular a partir de un resultado que se habría producido por no prever lo previsible y, por tanto, evitable. La acción de Gumerindo fue esencialmente dolosa.

En supuestos similares al que hoy es objeto de enjuiciamiento, pérdida del globo ocular al golpear fuertemente el rostro con un palo, –STS 208/2008, 22 de mayo– la jurisprudencia de esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del significado del dolo como elemento definatorio del tipo subjetivo. Sabemos que existe el dolo directo cuando, de manera consciente y querida, la voluntad del sujeto se dirige directamente al resultado propuesto, incluidas las consecuencias necesarias al acto que se asumen, en tanto que el denominado dolo eventual concurre si, habiéndose representado el agente un resultado dañoso de posible y no necesaria originación, no directamente querido y deseado, se acepta ello no obstante, sin renunciar a la ejecución de los actos pensados.

En cualquier caso ambas modalidades carecen de trascendencia diferencial a la hora de calibrar distintas responsabilidades criminales. El conocimiento del acto y sus consecuencias, así como la probabilidad del resultado dañoso, aunque directamente no se desee, comportan conforme a la más estricta legalidad la posibilidad de llegar a la imputación criminal.

Es decir, que el conocimiento de la posibilidad de que se produzca el resultado y la conciencia del alto grado de probabilidad de que realmente se produzca caracteriza la figura del dolo eventual desde el prisma de la doctrina de la probabilidad o representación. La Jurisprudencia se ha ido orientando, entre las varias teorizaciones doctrinales en torno al dolo eventual, hacia la aceptación de la teoría de la probabilidad, aunque sin dejar de tener en cuenta del todo la del consentimiento. Así, se estima que obra con dolo quien, conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante, actúa y continúa realizando la conducta que somete a la víctima a riesgos que el agente no tiene la seguridad de poder controlar, y aunque no persiga directamente la causación del resultado, del que no obstante ha de comprender hay un elevado índice de probabilidad de que se produzca. Entran aquí en la valoración de la conducta individual parámetros de razonabilidad de tipo general que no puede haber omitido considerar el agente, sin que sean admisibles por irrazonables, vanas e infundadas esperanzas de que el resultado lesivo no se producirá, sin peso frente al más lógico resultado de actualización de los riesgos por el agente generados (SSTS 956/2000, de 24 julio; 972/2000, de 6 junio).

En la medida en que la jurisprudencia ha adoptado para la caracterización del tipo objetivo (al menos en los delitos de resultado) la teoría de la imputación objetiva, será condición de la adecuación del comportamiento a dicho tipo objetivo que el autor haya ejecutado una acción generadora de un peligro jurídicamente desaprobado.

Consecuentemente, obrará con dolo el autor que haya tenido conocimiento de dicho peligro concreto jurídicamente desaprobado. Por lo que se entiende que quien actúa no obstante tal conocimiento está ratificando con su decisión la producción del resultado. Afirmando que la aceptación del resultado existe cuando el autor ha preferido la ejecución de la acción peligrosa a la evitación de sus posibles consecuencias, con lo que en ella no se rompe del todo con la teoría del consentimiento, aunque se atenúen sus exigencias al darlo por presunto desde el momento que el autor actúa conociendo los peligros de su acción (STS 1841/2001, de 17 octubre). De manera que actúa con dolo eventual el que conozca o se represente la existencia en su acción de un peligro serio e inmediato de que se produzca el resultado y, además, se conforme con tal producción y decida ejecutar la acción asumiendo la eventualidad de la producción de tal resultado. Si el autor conocía el peligro concreto jurídicamente desaprobado y si, no obstante ello, obró en la forma en que lo hizo, su decisión equivale a la ratificación del resultado, añadiendo que se admite la existencia de dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones de peligrosas que no tiene la seguridad de controlar, aunque no persiga el resultado típico, esto es, el dolo eventual no se excluye simplemente por la esperanza de que no se producirá el resultado o porque éste no haya sido deseado por el autor (ATS 79/2002, de 14 enero).

En definitiva, la Jurisprudencia viene generalmente estimando que quien conoce suficientemente el peligro concreto generado por su acción, que pone en riesgo específico a otro, y sin embargo actúa conscientemente, obra con dolo pues sabe lo que hace, y de dicho conocimiento y actuación puede inferirse racionalmente su aceptación del resultado, que constituye consecuencia natural, adecuada y altamente probable de la situación de riesgo en que deliberadamente ha colocado a la víctima (SSTS 1715/2001, de 19 octubre; 439/2000, de 26 de julio).

Y el dolo eventual deviene tan reprochable como el dolo directo, pues ambas modalidades carecen de trascendencia diferencial a la hora de calibrar distintas responsabilidades criminales pues, en definitiva, “todas las formas de dolo tienen en común la manifestación consciente y especialmente elevada de menosprecio del autor por los bienes jurídicos vulnerados por su acción” (SSTS 737/1999, de 14 de mayo; 1349/20001, de 10 de julio; 2076/2002, de 23 enero 2003).

Pues bien, volcando ese cuerpo doctrinal al supuesto que nos ocupa, parece fuera de duda que, tanto desde la perspectiva de la teoría del consentimiento como de la probabilidad, un golpe propinado a una persona con una piedra en pleno rostro (“*la estampó directamente sobre la cara, a la altura del ojo izquierdo*”), con gran fuerza, permite a su autor representarse que con esa agresión desencadena un riesgo evidente de ocasionar lesiones graves para cualquiera de los sentidos que se alojan en la zona del impacto.»

(Sentencia núm. 339/2010, de 9 de abril.)

#### ARTÍCULO 390.1.4.º

*Falsedad en documento oficial. «Caso YAK-42». Identificación errónea de 30 de los 62 militares españoles fallecidos en el accidente*

*aéreo de Turquía en su regreso de una misión de paz. Emisión de certificados de defunción e informes de necropsia con la inveraz atribución de 30 identidades a otros tantos cadáveres. Continuidad delictiva. No apreciación. Unidad natural de acción. Doctrina general. Pluralidad de emisiones de documentos que responden a una operación realizada simultáneamente con continuidad espacial y una estrecha inmediatez temporal, así como con una única voluntad criminal. Manipulaciones falsarias realizadas en un solo acto comprensivo de una única actuación delictiva.*

«La sentencia objeto de la casación condena por un delito de falsedad excluyendo la tipificación de los hechos en el delito continuado al tratarse de “una sola decisión delictiva, una sola voluntad criminal que se refleja en la inveraz atribución de treinta identidades a otros tantos cadáveres de los militares fallecidos... de manera que existe una mera intensificación cuantitativa del injusto, pero no un injusto diferente en cada uno de los treinta actos”. La recurrente entiende, por el contrario, que cada uno de los documentos falsificados, los certificados de defunción se refieren a personas distintas y tienen una autonomía diferenciada, con producción de distintos efectos, por lo que la subsunción correcta es la del concurso real, unificado en orden a la penalidad en el delito continuado.

El Ministerio fiscal informa en sentido contrario a la estimación del recurso y reproduce la jurisprudencia de esta Sala que ha declarado una única acción sobre la construcción de la unidad natural y jurídica de acción para aquellos supuestos en los que la pluralidad de emisiones de documentos responde a una operación que se realiza simultáneamente, casos en los que elaboran varios documentos falsos en un mismo acto, esto es con unidad espacial y una estrecha inmediatez temporal. Esa jurisprudencia se ha desarrollado en varios antecedentes de esta Sala entre los que es preciso citar las SSTs 705/1999, de 7-5; 1937/2001, de 26-10; 670/2001, de 19-4; 867/2002, de 29 de julio; 885/2003, de 13-VI; y 1047/2003, de 16-VII; 1024/2004, de 24-9; 521/2006, de 11-5; 1266/2006, de 20-12; y 171/2009, de 24-2.

Como se recoge en la reciente STS 813/2009, de 7 de julio, en esas resoluciones se afirma que concurre una “unidad natural de acción” en las conductas falsarias que, persiguiendo un único designio dirigido a un solo objetivo, [en el supuesto al que se refiere, una finalidad patrimonial], se lleva a cabo en “unidad de acto”. Aunque la acción falsaria se concrete en varios documentos es tan sólo porque se da la circunstancia de la pluralidad. Lo determinante –dice esa jurisprudencia– es discernir si los actos falsarios se realizaron en una sola ocasión o en fechas o momentos diversos.

La realización de la conducta delictiva en un momento o fase criminal determinada no interrumpida, constituye un solo delito. Deben entenderse, pues, realizadas materialmente todas las manipulaciones falsarias en un solo acto, comprensivo de una única actuación delictiva evidenciadora de la voluntad del agente, por más que deba después proyectarse la ejecución de ese propósito inicial en distintos actos o fases ulteriores.

El Ministerio fiscal, fiel a su papel procesal de “parte imparcial”, señala que la jurisprudencia no es pacífica en esta materia. Una segunda línea jurisprudencial da prioridad al criterio normativo de acción sobre el naturalístico, según la cual el hecho de que se confeccionen en un mismo contexto espacio-temporal varios documentos falsos obliga a subsumir los hechos en la figura del delito continuado. Para ello se tiene en cuenta fundamentalmente el precepto infringido y al bien jurídico protegido, de modo que la acción se consuma cuando se produce el resultado previsto por la



norma, cualquiera que sean los hechos naturales (únicos o plurales) que requiera tal infracción para que se produzca en el mundo real (SSTS 348/2004, de 18-3; 1277/2005, de 1011; 566/2006, de 9-5; 291/2008, de 12-5, y 365/2009, de 16-4). Según esta dirección jurisprudencial “el concepto normativo de acción atiende sustancialmente al precepto infringido y al bien jurídico protegido, de modo que la acción se consuma cuando se produce el resultado previsto en la norma, cualquiera que sean los hechos naturales (únicos o plurales) que requiere tal infracción, para que se produzca en el mundo real.

En suma la ley penal no atiende estrictamente a la naturalidad de las acciones sino a sus componentes jurídicos”.

Ahora bien, también en la construcción de la unidad natural de acción se argumenta sobre un concepto normativo, pues la acción que se aúna en una única conducta típica siempre se vale de un componente jurídico para unificar en un solo acto lo que naturalísticamente es plural.

En el supuesto que ahora se enjuicia entendemos que ha de operarse con el criterio de la unidad natural de acción. Desde el hecho probado se relata que la falsedad de los treinta certificados de defunción son consecuencia de una previa mendacidad, el listado elaborado por el general Raúl en el que había señalado una identidad a cada uno de los 62 cadáveres, de los cuales 32 habían sido correctamente identificados, en tanto que los restantes no lo habían sido. Esa mendacidad, recogida en el listado elaborado es el documento del que dimana la confección falsa de los certificados de defunción y en lo que estas no son sino una ejecución de la previa mendacidad documentada en un Acta.

Por lo tanto, los treinta documentos obedecen a un mismo concepto, la documentación de una previa mendacidad derivada de la necesidad de repatriar, con rapidez, los cadáveres de los militares españoles en un accidente aéreo cuando regresaban de una misión internacional respecto a la que la opinión pública se encontraba profundamente dividida. Son elaborados en una unidad de acto, “sin levantar mano” podría decirse.

Desde la perspectiva expuesta el “quantum”, el número de documentos falsos no resulta de una voluntad criminal que se reitera sino de una ausencia de posibilidad de identificar. Esto es, podían haber sido, perfectamente, una cantidad distinta a treinta en función de las posibilidades de identificación.

Por lo tanto, el número de actuaciones documentales no es relevador de una perduración y reiteración del dolo por lo que, es procedente aplicar, a este supuesto, la corriente jurisprudencial de la unidad natural, también jurídica, de acción. También, ha de tenerse en consideración que los documentos falsos no lo son en su integridad, pues reflejan un hecho cierto, el fallecimiento de una persona, su fecha y su causa, elementos esenciales de los que derivan consecuencias jurídicas, aunque es mendaz en orden a la correspondencia de cada cuerpo con su identidad, de la que, como se destaca en la sentencia y analizaremos al abordar la impugnación de uno de los condenados, también surgen efectos jurídicos.

En definitiva, y como dijimos en la STS 813/2009, antes citada, en los casos, como el que nos ocupa, en los que los actos falsarios se realizan con unidad inmediata de acción, responden a un único destino y se documentan en ejecución de una única finalidad, el bien jurídico se halla suficientemente tutelado acudiendo a la apreciación de un único delito. Se considera, en cambio, artificioso hablar de distintas acciones falsarias que deben ser ensambladas mediante la figura del delito continuado del artículo 74 del C. Penal que está prevista para supuestos en que los actos falsarios son claramente diferenciables y no presentan una unidad espacio-temporal tan directa e inmediata como sucede en el caso que se juzga.

En la Sentencia transcrita se sitúa en la individualización de la pena el reproche derivado de la pluralidad de acciones sobre varios documentos, individualización que el tribunal ha realizado en la instancia atendiendo a las especiales circunstancias concurrentes en el hecho y a las que nos hemos referidos al conectar la gravedad del accidente con las exigencias derivadas de la urgencia en la realización del duelo.»

(Sentencia núm. 279/2010, de 22 de marzo.)

## ARTÍCULO 368

*Tráfico de drogas. Consumo compartido. Compra de la droga por uno de los acusados con dinero común para distribuirla y consumirla entre el grupo de amigos con ocasión de una estancia de vacaciones en Ibiza. Circunstancias que deben concurrir para computar el consumo compartido «en grupo» como causa de exclusión de la tipicidad. Doctrina jurisprudencial.*

«Los recurrentes alegan la existencia del *consumo compartido o la tenencia*, destinada a tal consumo, como causa de exclusión de la tipicidad.

Y, ciertamente, en los últimos años esta Sala (SSTS de 12-6-2008, núm. 364/2008; de 21-12-2006, núm. 1254/2006) ha venido desarrollando una doctrina que amplía la falta de punición de la tenencia para autoconsumo individual a algunos otros supuestos de autoconsumo en grupo, ante la frecuencia de casos en que particularmente los jóvenes se reúnen para compartir la droga que han adquirido con el dinero de todos. Supuesto de impunidad excepcional que excluye su aplicación cuando el grupo no es pequeño, o se trata de un número indeterminado de personas, cuando los componentes de ese grupo no quedan identificados, y cuando el consumo no se realiza en un local cerrado y determinado.

Y así, esta Sala ha venido generalmente exigiendo, para reputar atípica la conducta consistente en el consumo conjunto de droga por diversas personas (SSTS de 31-3-2006, núm. 378/2006; núm. 376/2000, de 8 de marzo; núm. 1969/2002, de 27 de noviembre y 286/2004, de 8 de marzo) como circunstancias que deben concurrir para estimar el consumo compartido las siguientes:

*a)* Los consumidores que se agrupan han de ser adictos, ya que si así no fuera, el grave riesgo de impulsarles al consumo o habituación no podría soslayar la aplicación del artículo 368 del Código Penal, ante un acto tan patente de promoción o favorecimiento. A esta exigencia hacen referencia sentencias tales como las de 25 de junio de 1993, 3 de marzo, 3 de junio y 25 de noviembre de 1994; 27 de enero y 3 de marzo de 1995.

*b)* El proyectado consumo compartido ha de realizarse en lugar cerrado, y ello en evitación de que terceros desconocidos puedan inmiscuirse y ser partícipes en la distribución o consumo; aparte de evitar que el nada ejemplarizante espectáculo pueda ser contemplado por otras personas con el negativo efecto consiguiente. La referencia a lugar cerrado es frecuente en la jurisprudencia (SSTS de 26 de noviembre de 1994 y 2 de noviembre de 1995).

*c)* La cantidad de droga programada para la consumición ha de ser insignificante (ver sentencias de 25 de junio 10 de noviembre de 1993, 21 de noviembre de 1994 y 28 de noviembre de 1995).

d) La coparticipación consumista ha de venir referida a un pequeño núcleo de drogodependientes (ver sentencia de 3 de marzo de 1995), como acto esporádico e íntimo, sin trascendencia social.

e) Los consumidores deben ser personas ciertas y determinadas, único medio de poder calibrar su número y sus condiciones personales.

f) Ha de tratarse de un consumo inmediato de las sustancias adquiridas. Al consumo normal e inmediato alude la jurisprudencia en las sentencias de 25 de junio de 1993, 25 de septiembre y 2 de noviembre de 1995.

la STS de 17-2-03, núm. 237/2003 (en idéntico sentido STS 983/2000, de 30 de mayo), entiende que la *condición de adictos*, debe ser interpretada en el sentido de que las personas integrantes del grupo respondan, por lo que se refiere a los supuestos de consumo de drogas sintéticas, como el MDMA, que es un derivado sintético de la amfetamina, a un patrón de consumo de fin de semana, generalmente en el marco de fiestas o celebraciones de amigos, no habiendo de interpretarse como drogadicto *strictu sensu*.

Y la misma sentencia, en relación a que el consumo proyectado fuese en un lugar cerrado estima que un consumo como el proyectado en una discoteca (para la celebración de un cumpleaños) da cumplimiento al requisito de lugar cerrado, eliminando toda trascendencia social del autoconsumo y da igualmente cumplimiento al requisito de evitar toda difusión en unos términos de razonabilidad compatibles con el patrón de consumo que ofrece tal droga, pues el escenario habitual del mismo suelen ser centros de diversión. Y argumenta que, en otro caso, podría quedar vacía de contenido la atipicidad, aunque considera preciso recordar la naturaleza excepcional de esta figura de consumo compartido, aunque recomienda la prudente aplicación de la misma y la importancia del examen, caso a caso, que debe efectuarse.

Igualmente, la misma resolución, en relación a que la *cantidad de droga* sea pequeña y capaz de ser consumida en el acto, evitando el riesgo de almacenamiento, considera evidente que la cantidad de droga debe disponerse en relación con el *número de personas* integrantes del autoconsumo compartido.

Por otra parte, sentencias como la STS de 14 de febrero de 1996, o la STS de 6-3-2000, núm. 402/2000, nos dicen que “el metilenedioximetanfetamina, integrante del MDMA, es una droga recreacional que por las reacciones personales que su consumo origina (euforia, empatía, sentimientos placenteros, cambios visuales mal interpretados como alucinaciones satisfactorias, etc.) tiene una aparente inocencia por los placeres iniciales obtenidos con su consumo, que se diluye cuando de sus efectos posteriores se trata, pues las reacciones últimas son extremadamente peligrosas, pudiéndose producir secuelas de adicción, labilidad emocional, irritabilidad, insomnio, ansiedad y crisis de pánico, hasta llegar a otras situaciones extremas, tales como delirio, convulsiones, elevación de la presión arterial, hemorragias cerebrales, rigidez muscular e incluso fallecimientos subsiguientes.

Y que la *dosis habitual de consumo* suele ser a partir de un *mínimo de 50 miligramos, hasta 150 miligramos*, por toma, con una duración, en sus efectos, de unas seis horas, con lo cual se puede establecer, siquiera sea por aproximación, una justa apreciación sobre las cantidades apropiadas para el autoconsumo o para el tráfico con tercero.

Por otra parte, el Instituto Nacional de Toxicología, en su informe, remitido a esta Sala en 22-12-03, sobre las diferentes sustancias de abuso, especificando sus nombres, su fiscalización, su dosis de abuso habitual, su consumo diario y sus dosis mínimas psicoactivas, hacía constar que, por lo que se refiere al clorhidrato de cocaína, la dosis de abuso habitual se encontraba entre los 100 a 250 mg. (2 a 4 rayas), y que el

consumo diario estimado podría alcanzar las 6 dosis como máximo (12 a 24 rayas), equivalente a 1,5 grs.

7. En el supuesto ante el que nos encontramos, esos valores nos pueden dar idea, a partir de la cantidad de droga hallada en poder de los acusados, y desde el hecho probado en que se fija la cantidad de individuos (seis) destinados a compartirla, el proyecto de consumo que los acusados y acompañantes tenían, y la entidad del mismo, deduciéndose de ello la existencia o no del supuesto como excepción a su normal tipicidad.

Pues bien, si se parte de la cantidad total de MDMA, no puro, aprehendido, (69 comprimidos) 20.577 mgs., dividido entre los seis consumidores, resulta cada uno de ellos a 11,5 comprimidos y 3.429,5 mgs., lo que dividido por la dosis mínima diaria de 50 mgs., da un resultado de 68,59 días. Si la división se efectúa por la dosis máxima de 150 mgs., el resultado es de 22,8 días. Por otra parte 11,5 comprimidos, divididos entre 6 días, no alcanza a 2 por día para cada uno de los consumidores.

Pero si se toma el MDMA puro, ascendente a la cantidad de 2.746 mgs., dividido entre seis consumidores, nos da 457,6 mgs. cada uno, que con una dosis diaria mínima de 50 mgs., nos da 9,1 días; y 3,0 días, si la dosis es la máxima de 150 mgs diarios.

Si el cálculo lo referimos a cocaína, no pura, 23.280 mgs., divididos entre 6 consumidores, nos da 3.880 miligramos por cabeza, que, divididos por un consumo máximo de 1,5 grs. (1500 mgs.), nos da que la cantidad portada alcanzaría para un consumo durante 2,5 días, de cada uno de aquéllos.

*Si, en cambio, tomamos en cuenta la cocaína pura, 14.199 mgs., divididos por 6 consumidores, atribuiría, a cada uno de ellos, 2366,5 mgs., que, divididos por un consumo máximo diario de 1500 mgs., nos daría 1,5 días de consumo.*

Por tanto, no puede sostenerse, en nuestro caso, que las cantidades de drogas ocupadas exceden de las adecuadas para el consumo más o menos inmediato por seis personas en el periodo considerado.

De otro lado, el concepto del requisito de inmediatez del consumo, no puede restringirse tanto que se haga consistir en la ingesta, u otro modo de autoadministración de la droga “en un solo acto”, excluyendo –en el estudio, caso por caso, que debe hacerse– el alegado por los acusados y recurrentes (y declarado probado) consumo, a lo largo de la estancia en la isla de sus vacaciones, durante seis días.»

(Sentencia núm. 86/2010, de 9 de febrero.)

## ARTÍCULO 370.1

*Tráfico de drogas. Subtipo agravado de utilización de menores. Aplicación indebida. Menor de 17 años de edad que tiene un protagonismo y casi liderazgo en todo el entramado organizativo. Acuerdo de Sala.*

«Décimo.–El motivo cuarto utiliza como pretexto la infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia, aunque en realidad denuncia la aplicación indebida del subtipo agravado de utilización de menor (art. 370.1.º del Código Penal).

1. La argumentación se centra en contradecir las conclusiones de la sentencia basándose en que la intervención del menor es muy anterior a la aparición del padre en los hechos por los que ha sido condenado, luego, difícilmente puede aplicarse

dicho subtipo agravado cuando el menor actúa por su cuenta y se implica en la comisión del delito, antes de que aparezca el padre.

2. El debate no debe canalizarse por la vía de la cronología de los hechos, sino, entrando en el fondo, por la actividad y comportamiento del menor dentro de todo el ensamblaje delictivo. Por cierto, llama la atención el hecho de que sólo se aplique la agravante de utilización de menor al padre del mismo, cuando se considera que existe una organización, lo que implica que todos, teóricamente, compartirían las posibles ventajas derivadas de la participación de un menor en los hechos.

3. La cuestión de fondo debe canalizarse por otras vertientes. Como se ha dicho en el Pleno no jurisdiccional de esta Sala, de fecha 26 de Febrero de 2009, el tipo agravado previsto en el artículo 370. 1.º del Código Penal, resulta de aplicación cuando el autor se sirve de un menor de edad o disminuido psíquico de modo abusivo y “en provecho propio o de un grupo”, prevaleciendo de su situación de ascendencia o de cualquier otra forma de autoría mediata.

4. La inclusión de esta modalidad agravada nace de una de las múltiples recomendaciones de la Convención de Viena de 1988, contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y tiene relación con la Convención sobre los Derechos del Niño y su Protección.

5. Como puede observarse, la agravante persigue una doble finalidad: por un lado, aumentar la pena por la mayor facilidad o impunidad que puede producir la utilización de un menor y, al mismo tiempo, protegerle frente a los efectos perniciosos de introducirlo en el mundo del tráfico de drogas en edades tempranas.

6. El caso que nos ocupa no encaja en ninguna de estas previsiones. Se trata de un menor de 17 años de edad, que según se desprende del relato de hechos probados, tiene un protagonismo y casi liderazgo en todo el entramado organizativo, hasta tal punto, que la sentencia le imputa actividades autónomas como viajes en ferry, sin la custodia ni tutela del padre. Su autonomía es tal que en un momento del desarrollo de la trama llama a su padre, con cierto enfado, porque no se ha cumplido con lo convenido en cuanto a la entrega de un automóvil.

7. En consecuencia, la necesaria influencia derivada de la autoridad que un padre ejerce sobre su hijo, no aparece por ningún lado y mucho menos, cualquier actitud de coacción o intimidación que le obligase a participar en la realización de los hechos. El tipo penal aplicado no está previsto, como hemos dicho, para supuestos como el que acabamos de relatar.»

(Sentencia núm. 4/2010, de 28 de enero.)

## ARTÍCULO 443.2.º

*Solicitud sexual por parte de un funcionario de Instituciones Penitenciarias a una reclusa. Petición explícita, contundente e inequívoca, a cambio de favores, reforzada por el hecho de tratarse de una interna sometida a un régimen de sujeción personal y sin posibilidad alguna de librarse de decisiones que adoptase el funcionario.*

«4. La figura delictiva cuya aplicación se pide está dentro del Título de los Delitos contra la Administración Pública y, más concretamente, dentro del capítulo específico de los abusos de los funcionarios públicos en el ejercicio de su función. Específicamente, el artículo 443.2.º del Código Penal castiga al funcionario de Institu-

ciones Penitenciarias que solicitara sexualmente a una persona sujeta a su guarda. Los elementos del tipo penal, que es un delito especial propio, que sólo pueden cometer los funcionarios de prisiones respecto de las personas sometidas a su guarda, está plenamente acreditados, por lo que no procede ninguna discusión o debate sobre este punto.

5. La discrepancia radica en torno a si las expresiones que se dan por probadas y que, por tanto, son inalterables, constituyen o no “una solicitud sexual”. Según el diccionario, solicitar, entre otras acepciones, equivale a requerir o tratar de conseguir la amistad, la compañía o la atención de una persona.

Podemos afirmar que el acusado estaba pidiendo que la recurrente aceptara favores a cambio de prestaciones sexuales, lo que se refleja de forma explícita, contundente, inequívoca y abrumadora en las expresiones que hemos destacado y en las actuaciones que siguieron a la negativa de la interna.

6. El contenido de la solicitud, que ya hemos destacado, es de naturaleza inequívocamente sexual y como es evidente al acción típica consiste en la petición, en este caso nada velada o equívoca de favores sexuales reforzada por el hecho de tratarse de una interna sometida a un régimen de sujeción personal y sin posibilidad alguna de librarse de decisiones que adoptase el funcionario. Incluso que la llegó a amenazar ante su negativa con clasificar a su marido el primer grado y enviarlo a una prisión de alta seguridad.

7. Las referencias explícitas al impacto que le producían sus ojos y que tenía una boca para besar, van seguidas de un inequívoco propósito de solicitar sus favores sexuales, conminándola con amenazas que, si siempre son intolerables mucho más para un funcionario de prisiones respecto de las personas de las que tiene encomendada su custodia. El reproche penal y social debe ser incuestionable, ya que no sólo ha perjudicado el crédito de una Institución, sino que se ha prevalido y abusado hasta límites inaceptables conminándola con perjudicar y agravar la situación carcelaria de la recurrente y su marido.»

(Sentencia núm. 1002/2010, de 10 de noviembre.)

## ARTÍCULO 515.1

*Asociación ilícita. Características del delito tipificado en el artículo 515.1 CP. Falta de determinación de la jerarquía establecida entre los imputados que conlleva la consideración de todos como «miembros activos». Grupo de ciudadanos albaneses que ingresan ilegalmente en España con el objetivo exclusivo de robar, se proveen para ello de las herramientas necesarias así como de un vehículo y de manera unánime cometen los sucesivos delitos, depositando los objetos sustraídos en dos viviendas comunes. Actuación coordinada, cohesionada y organizada con fines ilícitos.*

«Según doctrina explícita de esta Sala al respecto, los requisitos para la existencia de una asociación de estas características serían:

a) una pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad

- b) la existencia de una organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista;
- c) la consistencia o permanencia de la misma en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio; y
- d) el fin de la asociación, cuando se trata del caso del artículo 515.1, inciso 1.º, CP, ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar (STS de 10 de abril de 2003).

No precisándose, por tanto, más que “...una cierta consistencia, lejos de lo meramente esporádico, y por supuesto dentro de una cierta organización jerárquica. Lo que sí resulta obvio es que la asociación supone que la pluralidad de personas que la constituyen han de ser independientes y autónomas respecto de cada uno de los individuos que la constituyen, todos ellos concertados a un fin determinado que inicialmente no tiene porqué ser ilícito. Ahora bien, ha de quedar claro que esa finalidad, que cuando es ilícita supone la conculcación del Código, ha de ser la querida y pretendida por la propia asociación, no por el propósito individual de alguno de sus miembros, finalidad que no sólo ha de estar claramente establecida sino que además supone que la organización asociativa venga estructurada para la consecución de los fines por ella previstos” (STS de 28 de octubre de 1997).

Y en el presente caso tales exigencias, sin duda, concurren y así se afirma expresamente en el relato fáctico de la recurrida, por mucho que no se haya podido precisar concretamente la tarea o ubicación jerárquica de cada uno de sus integrantes. Razón esta última por la que tampoco se han establecido diferencias en orden a su punición.

Los cuatro acusados, según se nos dice, ya ingresaron irregularmente en nuestro país con el objetivo exclusivo de dedicarse conjuntamente al expolio de locales hosteleros, se proveen de las herramientas para ello adquiriéndolas también de forma conjunta, como observaron los policías que les vigilaban, consiguen hacerse con un vehículo en el que se trasladan a los establecimientos en los que, de nuevo, de manera unánime cometen los robos y disponen de dos viviendas para el almacenaje de los objetos sustraídos.

De tal modo que queda plenamente confirmada la existencia de la “asociación” en el sentido en el que semejante término es interpretado por nuestra Jurisprudencia en relación con el precepto aplicado por la Audiencia.

(Sentencia núm. 500/2010, de 28 de mayo)

## ARTÍCULO 516 [ART. 571.2, 576 Y 576 BIS. LEY 5/2010]

*Pertenencia a organización terrorista. Notas caracterizadoras del tipo. Diferenciación con la figura de colaboración. Incorporación permanente, más o menos prolongada en el tiempo, frente a la episódica o eventual colaboración,*

El artículo 516 CP sanciona –como bien pone de relieve la sentencia– a los «integrantes de las organizaciones terroristas» y el artículo 576, cuya aplicación propugna en el motivo el recurrente, las conductas de colaboración con las actividades o finalidades de una banda armada o grupo terrorista. La diferencia entre ambas figuras delictivas, según tiene dicho esta Sala, no puede ser otra que el grado de integración o

la conexión o relación existente con la organización terrorista, así que constituye el delito de pertenencia a banda armada la incorporación permanente, más o menos prolongada en el tiempo, frente a la episódica o eventual colaboración, prevista en el artículo 576 CP. No importa, por consiguiente, que los actos definidos en el segundo párrafo del artículo 576 como de colaboración con banda armada u organización terrorista sean desempeñados (propriadamente, ejecutados) por activistas de la organización integrados en la misma por consistir la tipología penal que debe calificarse de pertenencia a una organización, estructurada, jerarquizada, movida por fines criminales, algo más que los propios actos de colaboración, pues en éstos, cualquier acto es constitutivo de delito, pero como faceta negativa, se exige la inexistencia de vínculo con aquella organización, pues si existe dicho lazo de pertenencia debe aplicarse el artículo 516 CP en virtud del llamado principio de alternatividad (art. 8.4) (SS. 1346/2001 de 28-6, 1127/2002 de 17-6 y 50/2007 de 19-1).

El delito de pertenencia a bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas implica la condición de miembro o integrante de la misma y teniendo en cuenta la diferencia de penalidad con el de colaboración exige una cooperación de mayor intensidad con la banda u organización, siendo análogo el fundamento de su punición que no es otro que atender al peligro potencial que representa ser miembro de las mismas. Se trata de un delito de mera actividad y permanente que se extiende en el tiempo desde el ingreso en la banda del agente hasta que se produce su apartamiento. Dicha cooperación cuando se produce la ejecución de delitos concretos se traduce en una situación concursal que deberá resolverse, en su caso, conforme a las reglas del artículo 8.º CP.

De acuerdo con tal doctrina es evidente que el delito cometido por el recurrente es el previsto en el artículo 516-2 CP respecto al cual existió prueba suficiente. No puede reputarse la conducta del recurrente como constitutiva de un delito de colaboración, tipo residual, caracterizado por su naturaleza genérica, episódica o no permanente, frente al tipo legal de pertenencia a banda armada que integra un estado permanente de incorporación a la banda, cualquiera que sean las actividades que desarrolle en la misma.

(Sentencia núm. 188/2010, de 11 de marzo.)



# CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

M.<sup>a</sup> CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Universidad de Alcalá

## Circulares

### CIRCULAR 1/2010, SOBRE EL TRATAMIENTO DESDE EL SISTEMA DE JUSTICIA JUVENIL DE LOS MALOS TRATOS DE LOS MENORES CONTRA SUS ASCENDIENTES

#### I. INTRODUCCIÓN

En el ámbito del Derecho penal juvenil los malos tratos familiares protagonizados por los menores están proliferando últimamente de forma que como mínimo cabría calificar de preocupante. Ya la Consulta de la Fiscalía General del Estado 3/2004, de 26 de noviembre subrayaba como apunte criminológico, *el dato constatable de la incidencia que en el ámbito del Derecho penal juvenil tienen los malos tratos familiares protagonizados por los menores, en la mayoría de los casos adolescentes varones, hacia sus progenitores, normalmente la madre.*

Haciéndose eco de esta realidad y tratando de escudriñar sus causas, la conclusión n.º 21 de las adoptadas en el seno de la Reunión sobre violencia doméstica de Fiscales españoles e iberoamericanos celebrada en Madrid los días 16 a 18 de octubre de 2002 destacaba que *entre las causas de la violencia de adolescentes contra sus progenitores se encuentran las siguientes: una sociedad permisiva que educa a los niños en sus derechos, pero no en sus deberes, donde ha calado de forma equívoca el lema «no poner límites» y «dejar hacer», abortando una correcta maduración, así como el hecho de que hay padres que no sólo no se hacen respetar, sino que menoscaban la autoridad de los maestros, la policía o de otros ciudadanos cuando en defensa de la convivencia reprenden a sus descendientes.*

En efecto, las causas de estos comportamientos violentos radican en deficiencias del proceso educativo de sus autores, más que en otras causas habitualmente asociadas a la delincuencia juvenil como puedan ser las relacionadas con la marginalidad. La etiología de estos comportamientos suele corresponder a la ausencia de unos patrones o reglas de conducta adecuados en el núcleo familiar, sin imposición de lími-

tes y normas, generando carencias educativas (teoría de la laxitud) o a una desacertada combinación de estilos educativos sancionadores y permisivos, que dan lugar en ocasiones a que el menor no acepte ningún control. No se trata de un fenómeno asociado exclusivamente a las denominadas *broken families*, ni a familias desestructuradas, no siendo por ello infrecuente que el menor maltratador esté integrado en familias con nivel económico y social medio y alto.

Desde el punto de vista sociológico se ha apuntado que este tipo de maltrato se da fundamentalmente en casos de adolescentes masculinos en familias monoparentales, que se han criado solo con su madre y hacia la que adoptan posturas patriarcales y machistas.

No obstante, se está detectando una evolución en el perfil del menor maltratador desde el punto de vista del sexo: mientras que sigue siendo mayoritariamente la madre la víctima, cada vez se tiende a una mayor equiparación entre el número de victimarios hijos e hijas.

Suelen detectarse ciertas peculiaridades en este tipo de criminalidad. Se trata normalmente de adolescentes cuyos padres sienten la imposibilidad absoluta de enfrentarse a las situaciones que se han generado, y que pasan de comportamientos desobedientes a comportamientos claramente agresivos y violentos hacia sus padres y entorno más inmediato. Aunque existen menores maltratadores que cometen otros delitos, la mayoría circunscriben su actividad delictiva a la violencia en el ámbito doméstico para con los miembros de su entorno familiar. Es por ello esencial la existencia de recursos específicos para estos menores que permitan también un tratamiento individualizado y focalizado hacia la singular problemática que presentan.

Deben en todo caso discriminarse los supuestos en los que el menor incurre en conductas de maltrato propiamente delictivas, de aquellas otras que, reflejando un conflicto o crisis familiar, no son susceptibles de tipificación penal y correlativamente impiden cualquier intervención desde el ámbito de la justicia juvenil. Son frecuentes las denuncias que relatan problemas conductuales atípicos (inasistencia a los centros de enseñanza, incumplimiento de los horarios establecidos por los progenitores, ausencia absoluta de disciplina en el seno del hogar, fugas etc...). Estos supuestos, que podrían englobarse dentro del grupo de comportamientos etiquetados por la doctrina anglosajona bajo la categoría de *status offenders* y que permitían la intervención del sistema de reforma en los modelos tutelares, han sido definitivamente desterrados de nuestra justicia juvenil tras la derogación de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores.

En estos casos debe optarse por la derivación hacia las instituciones de protección de menores, evitando la confusión entre la esfera sancionadora educativa y la esfera protectora.

Por otra parte, no es infrecuente que los ascendientes víctimas de maltrato acudan a la Fiscalía en demanda de orientación, sin voluntad de formular denuncia y judicializar el conflicto. Dado que algunas Comunidades Autónomas disponen de programas para abordar, al margen del proceso penal, los problemas de agresividad de los adolescentes hacia sus ascendientes, las Secciones de Menores deberán disponer de toda la información sobre estos programas extrajudiciales a fin de orientar en su caso a quienes puedan ser sus destinatarios.

El fenómeno de los malos tratos de los menores hacia sus ascendientes suele venir precedido de un proceso dilatado en el tiempo y que en sus primeras fases se integra por conductas que aun no teniendo relevancia penal, ponen de manifiesto una situación de riesgo que debe ser abordada desde los servicios sociales e instituciones de protección de menores, y en el que las intervenciones a través de terapias familiares pueden tener una eficacia preventiva indiscutible.

La intervención terapéutica en las primeras fases puede evitar las posteriores actuaciones –siempre más traumáticas– desde el sistema de Justicia Juvenil. Por ello, cuando un menor de edad inferior a los 14 años sea denunciado por la comisión de estos hechos, ha de tenerse en cuenta que, pese a la exención legal de responsabilidad penal, puede concurrir un importante factor de riesgo que debe atenderse desde el sistema de protección con todos los recursos que en cada territorio autonómico estén disponibles y en la idea de que las intervenciones precoces son siempre más eficaces. Así, en todo caso antes de archivar las diligencias por ser el denunciado menor de 14 años, se informará a los padres o representantes legales de la existencia de programas extrajudiciales de posible aplicación y se ponderará la necesidad de remitir testimonio a la Entidad Pública de protección para la valoración y remedio de la situación de riesgo apreciada.

Queda al margen de la presente Circular el tratamiento de los supuestos de violencia de género en la jurisdicción de menores, teniendo en cuenta que tal manifestación delictiva, cuya incidencia en la jurisdicción especial es mucho menor, presenta unos perfiles que hacen aconsejable su tratamiento diferenciado. Igualmente, por las mismas razones, no se abordan otras manifestaciones de violencia doméstica como puede ser el maltrato entre colaterales.

## II. EL PRINCIPIO DE CELERIDAD EN LA TRAMITACIÓN DE LOS EXPEDIENTES

El principio de celeridad es uno de los principios nucleares en la ordenación del sistema de justicia juvenil. Por las propias características de los destinatarios del proceso de menores, éste debe ser especialmente ágil y breve.

En tanto la Justicia de menores tiene por objeto educar, la necesidad de conectar temporalmente la consecuencia jurídica (medida) con el hecho cometido (delito o falta) es esencial. No puede demorarse el proceso, pues ello usualmente genera el incumplimiento de los objetivos perseguidos e intervenciones inútiles o incluso contraproducentes. La filosofía socializadora que inspira el Derecho penal de menores impone la necesidad de celeridad. El transcurso del tiempo es vivido en la psique del menor de forma radicalmente distinta. Las dilaciones en este proceso especial son mucho más perturbadoras que en el proceso de adultos.

Ya el art. 22 del Reglamento de la antigua Ley de Tribunales Tutelares de Menores disponía al respecto que *las actuaciones se practicarán en el plazo más breve posible y se pondrá especial empeño en emplear fórmulas sencillas y sumarias*. Este principio es asumido en el art. 40 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 que exige que «la causa será dirimida sin demora...»; en el punto 32 de las Reglas de Beijing que postula que los casos se «tramitarán desde el comienzo de manera expedita y sin demoras innecesarias»; en la Recomendación n.º 87(20) del Comité de Ministros del Consejo de Europa que se propone «asegurar una justicia de menores más rápida, evitando retrasos excesivos, para que ella pueda tener una acción educativa eficaz» y en el art. 10.2 b) del Pacto Internacional de 19 diciembre 1966 de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que «los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento».

Recientemente insiste en esta idea el punto 14 de la Recomendación (2003) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa *sobre nuevas formas de la delincuen-*

*cia juvenil y el papel de la justicia juvenil*, subrayando la necesidad de combinar la celeridad con los requerimientos del proceso debido.

En la misma línea se sitúa la Observación General n.º 10(2007) del Comité de Derechos del Niño, en su punto 52. Tal principio –pese a no ser expresamente asumido– tiene un claro reflejo en la LORPM, que regula de forma estricta los plazos para las distintas actuaciones procesales. La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000 ya declaraba al respecto que [...] *el proceso penal que tiene por sujeto pasivo al menor de edad exige una actitud institucional que huya de la conformista aceptación de que los plazos legales resultan, al fin y a cabo, inexigibles*.

Además del respeto a los plazos legalmente previstos, la fase de instrucción debe ser muy breve y simplificarse al máximo, y ello pese a que la LORPM no establece ningún límite temporal expreso para su sustanciación.

Si estas consideraciones son aplicables a cualquier procedimiento sustanciado conforme a la LORPM, cuando los hechos investigados son relativos a violencia doméstica, deben alcanzar la máxima exigibilidad. En efecto, en este tipo de delitos habitualmente la denuncia es el corolario de una larga cadena de hechos que desembocan en situaciones familiares insostenibles necesitadas de una intervención inmediata.

A fin de preservar la celeridad en la tramitación deberá reflejarse en la carátula inicial que el delito investigado se refiere a violencia doméstica y las Sras./Srs. Fiscales imprimirán la mayor agilidad a todos los trámites y fases procesales, instando también a los Equipos Técnicos a la elaboración más pronta posible del informe previsto en el art. 27.1 de la LORPM.

Esta necesidad de intervención inmediata debe tener también reflejo en la utilización de medidas cautelares en protección de la víctima. Cuando ésta toma la decisión –ciertamente difícil– de denunciar a un ser querido, lo hace como *última ratio* y en la confianza de que va a obtener –al menos– protección de la Autoridad Pública. Defraudar esas moderadas expectativas puede generar la inhibición de la víctima ante ulteriores requerimientos para que colabore con la Administración de Justicia.

### III. FASE DE INSTRUCCIÓN

#### III.1 **Iniciación. Recepción de la *notitia criminis***

Además de los supuestos de denuncias expresas de progenitores o vecinos podrá venirse en conocimiento de este tipo de hechos por la recepción de partes médicos de los hospitales.

Suele ser relativamente frecuente que se presenten sucesivas denuncias ante la reiteración de hechos violentos. Ello puede –y debe– generar una investigación de los nuevos hechos delictivos, siendo necesario como regla general que se tramiten en el mismo expediente, para facilitar una respuesta global armónica y coherente con la problemática que presente el menor.

En cuanto al momento procesal a partir del cual no será posible acumular hechos, es de interés el texto del Proyecto de LORPM, que daba pautas claras al respecto: «se incoará un expediente por cada menor expedientado, en el cual se incluirán todos los hechos realizados por el mismo, así como los hechos conexos cometidos durante la instrucción. De igual modo se tramitarán las diligencias en el Juzgado de Menores». Parece claro que lo más conveniente al interés del menor es que, en la medida de lo

posible, en el mismo procedimiento se acumulen los distintos hechos que le sean imputados, con el fin de dar una respuesta conjunta y proporcionada. La fragmentación y multiplicación de procedimientos es sin duda indeseable. Estos principios sin embargo deben compatibilizarse con la necesidad de racionalizar la tramitación de los procedimientos, por lo que ha de llegar un momento procesal a partir del cual debe cesar la posibilidad de acumular. Tratando de alcanzar una solución equilibrada, ponderando los intereses en conflicto, deberá dejarse abierta la posibilidad de acumular durante toda la instrucción. Finalizada ésta, ya no debe retrotraerse el procedimiento, pues se generarían retrasos y posibles indefensiones en cuanto a la concreción de la imputación. En todo caso, para unificar la respuesta educativo-sancionadora deberá, en fase de ejecución, si el nuevo expediente desemboca en una nueva sentencia condenatoria, promoverse un incidente de acumulación.

No cabe duda que la solicitud de adopción de una orden de protección frente a un menor por presuntos malos tratos, pese a su ineficacia para abrir el procedimiento previsto en el art. 544 ter LECrim, ajeno al ámbito de la LORPM, será perfectamente admisible como vehículo transmisor de la *notitia criminis* a efectos de abrir el procedimiento de menores.

En los supuestos en los que el menor sea detenido, la previsión de notificación inmediata al Fiscal del hecho de la detención y del lugar de custodia, contenida en el art. 17.3 LORPM, adquiere toda su significación. Esta notificación tiene en general una extraordinaria importancia, pues a su través puede –y debe– el Fiscal controlar la legalidad de la detención, de modo que si considera que, a la vista de la escasa gravedad del delito cometido o de las circunstancias personales, familiares o sociales del menor lo procedente es la inmediata puesta en libertad, debe ordenarlo así a la Fuerza actuante, sin dilatar tal decisión al momento de la puesta a disposición.

Pues bien, en los supuestos de detención por violencia contra los ascendientes, el Fiscal que reciba la notificación deberá exigir de la Fuerza actuante que le comunique todos los datos relevantes de los que se ha hecho acopio, a fin de instar la puesta a disposición o la libertad del detenido. Si los hechos tienen suficiente entidad será conveniente, como pauta general, ordenar a la Fuerza actuante la puesta a disposición del menor. Esta puesta a disposición traerá también importantes beneficios, en relación con la rápida tramitación del expediente y a fin de calibrar la conveniencia de adoptar una medida cautelar, a cuyos efectos será también conveniente realizar una instrucción acelerada en la propia guardia, oyendo en declaración no sólo al menor detenido sino también a los familiares afectados y posibles testigos de los hechos.

## III.2 Medidas cautelares

### III.2.1 Ideas generales

La tendencia en pro de los derechos de la víctima en el proceso penal de menores, ya patente en la redacción original de la LORPM e incrementada en la reforma introducida por LO 15/2003, de 25 noviembre, ha recibido un nuevo impulso con la reforma operada por LO 8/2006, de 4 de diciembre, hasta el punto de que el fortalecimiento de ésta es la clave de bóveda de la modificación legal.

Esta tendencia tiene también traducción específica en cuanto a la tutela cautelar. La reforma 8/2006 dispone en su Exposición de Motivos que *se incorpora como causa para adoptar una medida cautelar el riesgo de atentar contra bienes jurídicos de la víctima, y se establece una nueva medida cautelar consistente en el alejamiento de la víctima o su familia u otra persona que determine el juez.*

En efecto, el art. 28 LORPM, en su nueva redacción incorpora como específica finalidad de la tutela cautelar en el proceso penal de menores *el riesgo de atentar contra los bienes jurídicos de la víctima*.

La imperiosa necesidad de dar en estos supuestos de violencia familiar una respuesta rápida –sin perjuicio de la necesidad de analizar cada caso concreto– hace generalmente aconsejable adoptar una medida cautelar.

Incluso podría decirse que en los supuestos de malos tratos habituales la tutela cautelar, pese a su carácter instrumental, es más importante que la tutela declarativa que pueda otorgarse en la sentencia de fondo, pues en los primeros momentos del procedimiento, cuando el maltratado se decide a dar el paso y denunciar los hechos, el riesgo de que las agresiones se intensifiquen se incrementa considerablemente, por lo que las primeras medidas de protección pueden ser vitales.

Con la presentación de la denuncia el conflicto familiar adquiere una nueva dimensión. Los niveles previos de tensión emocional se alteran y a menudo se incrementan como consecuencia de las primeras intervenciones de las instancias públicas. Este factor debe igualmente ser valorado, a la hora de promover la adopción de una u otra medida cautelar.

A tales efectos puede acudirse a una pluralidad de medidas cautelares, cuya concreta selección habrá de tamizarse a través del principio del superior interés del menor y de las necesidades de protección de las víctimas.

Es importante subrayar que las medidas cautelares no privativas de libertad no están sometidas a un plazo límite de duración, pudiendo prolongarse hasta la sentencia sin necesidad de prórroga expresa. Por tanto, estas medidas podrán mantenerse –y ello debe ser lo usual– durante toda la instrucción y fase de enjuiciamiento, así como durante la fase de impugnación si la sentencia es condenatoria, hasta la firmeza de la misma. Todo ello ha de entenderse sin perjuicio de dejarlas sin efecto en cualquier momento anterior en cuanto se desvanezcan los indicios o los factores socioeducativos y familiares que motivaron su adopción, a cuyo fin será esencial un riguroso control de las vicisitudes de la causa.

La especificidad de esta modalidad de tutela cautelar, no orientada a neutralizar el riesgo de fuga sino a iniciar una inaplazable intervención educativa con el menor, hace de todo punto improcedente la fijación en la resolución judicial de plazos breves de extensión temporal. Es más, la predeterminación temporal de la duración de la medida cautelar en medio abierto resulta incompatible con su carácter cautelar, provisional e instrumental y con su especial dimensión educativa.

A los efectos de un adecuado control de la medida cautelar impuesta debe mantenerse la vigencia del mandato que se contenía en la Instrucción 2/2000, de 27 diciembre sobre *aspectos organizativos de las Secciones de Menores de los Fiscales ante la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores*. Entonces se estableció la necesidad de llevanza de un Libro de menores sujetos a medidas con el fin de asegurar el control de los menores contra los que se acuerde medidas cautelares durante la tramitación del expediente, impliquen o no privación de libertad, así como la necesidad de que el Fiscal instructor, responsable del seguimiento de la situación personal del menor, dé tramitación preferente al expediente con menor sometido a medidas y refleje en la carátula inicial la medida cautelar adoptada.

Por otro lado, la víctima de violencia doméstica en el proceso penal de menores tendrá derecho a estar informada de los actos procesales –y por ende de la adopción de medidas cautelares y de su cese– cuando puedan afectar a su seguridad. Establece expresamente el párrafo quinto del art. 4 LORPM que *«el secretario judicial deberá comunicar a las víctimas y perjudicados, se hayan o no personado, todas aquellas*

*resoluciones que se adopten tanto por el Ministerio Fiscal como por el Juez de Menores, que puedan afectar a sus intereses».*

### III.2.2 La libertad vigilada

Como tuvo ocasión de pronunciarse la Fiscalía General del Estado en su Consulta 3/2004, de 26 de noviembre *sobre la posibilidad de adoptar la medida cautelar de alejamiento en el proceso de menores* «cabe imponer el alejamiento del menor maltratador respecto de la víctima como regla de conducta de la medida cautelar de libertad vigilada, orientada ésta globalmente al interés del menor dentro del contexto del proceso educativo del mismo» y «la medida cautelar de libertad vigilada acompañada de la regla de conducta consistente en el alejamiento respecto de la víctima no estará temporalmente limitada, pudiendo mantenerse durante todo el curso del proceso hasta la sentencia firme, sin perjuicio de la obligación de los Fiscales de evitar su prolongación innecesaria, instando su alzamiento tan pronto desaparezca la causa justificadora de las mismas.»

Tras la reforma 8/2006 expresamente se acoge dentro de la regulación de la medida de libertad vigilada una cláusula para evitar el efecto «desamparo» que esta medida pudiera arrastrar al alejar al menor de su núcleo familiar, por lo que puede decirse que la Ley sigue admitiendo el alejamiento a través de las reglas de conducta de la libertad vigilada.

En los casos en los que el menor sujeto a la medida de libertad vigilada –cautelar o definitiva– sea destinatario a su vez de un acogimiento residencial acordado por la Entidad Pública de Protección de Menores, puede ser aconsejable que a través de las reglas de conducta de la medida de reforma se le imponga la obligación de residir en el centro de protección. De esta forma se refuerza el respeto en el cumplimiento de la medida tutelar. Deberá en todo caso quedar claro que tal regla de conducta tendrá su vigencia subordinada al mantenimiento de la medida de protección por la Entidad Pública competente.

Otras reglas de conducta que pueden ser especialmente aconsejables serán las de obligación de seguir una terapia familiar, o una terapia de desintoxicación, en su caso; la obligación de acudir al centro educativo o a talleres y las reglas tendentes a lograr una debida estructuración del ocio y tiempo libre.

### III.2.3 Alejamiento

Cabrá también optar por el alejamiento *strictu sensu*, pues el nuevo art. 28 LORPM dispone que las medidas cautelares «podrán consistir en [...] prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez».

La medida del mismo nombre imponible en sentencia dibuja con mayor nitidez sus contornos, y así el art. 7 dispone en su letra i) que esta medida impedirá al menor acercarse a las víctimas «en cualquier lugar donde se encuentren, así como a su domicilio, a su centro docente, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impedirá al menor establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual».

Para dar una solución a los efectos de desamparo o de riesgo que pudiera generar esta medida se establece que si la misma *implicase la imposibilidad del menor de continuar viviendo con sus padres, tutores o guardadores, el Ministerio Fiscal deberá remitir testimonio de los particulares a la entidad pública de protección del menor, y*

*dicha entidad deberá promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996.*

En este punto la Circular 1/2007, de 26 de noviembre, *sobre criterios interpretativos tras la reforma de la Legislación Penal de Menores de 2006* considera con carácter general preferible articular el alejamiento a través de la libertad vigilada, al entender que ésta «tiene un mejor anclaje con los principios inspiradores de la LORPM, pues adoptado bajo el paraguas de la libertad vigilada podrá revestirse de unos contenidos educativos de los que carece el puro y simple alejamiento».

En otro punto, la misma Circular 1/2007 considera que *el contenido del alejamiento cautelar puede integrarse bien por la prohibición de aproximarse, bien por la prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez, bien por ambas... Si en el caso concreto se considera que el alejamiento cautelar debiera tener otros contornos (v.gr. prohibición de residencia) habrá de articularse a través de la medida cautelar de libertad vigilada.*

Las peticiones de alejamiento de los familiares, tanto en la modalidad cautelar como en la medida definitiva, deberán incorporar una cláusula para facilitar las terapias familiares, pieza básica en la ejecución de las mismas. A tal fin, cuando se solicite el alejamiento, ya como medida autónoma, ya como regla de conducta de la libertad vigilada, deberá simultáneamente interesarse que en la resolución acordándolo se haga constar que la medida no excluirá los contactos del menor con la familia cuando los técnicos encargados de la ejecución los consideren convenientes con el fin de desarrollar terapias familiares.

#### III.2.4 Convivencia con grupo familiar o educativo

Un buen número de Fiscalías en sus respectivas Memorias coinciden en señalar la gran efectividad de esta medida tanto en su dimensión cautelar como propiamente sancionadora-educativa para los supuestos de delitos de violencia doméstica cuando es necesario extraer al menor del domicilio, si no procede el ingreso en régimen de internamiento.

Esta medida, de nuevo en sus dos dimensiones, puede combinarse con la de alejamiento, de modo que a la vez que se pacifica la crisis familiar, se dota a las víctimas de un instrumento protector.

La convivencia con grupo familiar puede articularse, cuando las circunstancias familiares lo permiten, colocando al menor en un hogar distinto dentro de su familia extensa, lo que, para determinados supuestos puede ser una solución de fácil ejecución, eficaz a los fines perseguidos y escasamente traumática tanto para el menor como para su familia nuclear.

Cuando no es posible o adecuada la convivencia con grupo familiar dentro de la familia de los menores, la medida puede articularse por medio de pisos de convivencia, recursos residenciales a medio camino entre la libertad y el internamiento en centro, normalmente integrados en la vecindad, en los que tras un período de observación, se establece un programa de actividades en las que se incluye la educación reglada, de una u otra índole, y el tratamiento psicológico adecuado a la problemática del menor, en el que también se integra posteriormente al núcleo familiar.

A la adopción de esta medida cautelar deben hacerse extensivas las pautas que para el alejamiento cautelar se impartieron desde la Fiscalía General del Estado en la Consulta 3/2004, de 26 de noviembre, *sobre la posibilidad de adoptar la medida cautelar de alejamiento en el proceso de menores*: «no puede desconocerse que como norma general, por las implicaciones de la medida y su complejidad y con la finalidad de valorar adecuadamente el interés del menor, será aconsejable la celebración de comparecencia». La celebración de esta comparecencia viene, en este caso, especial-



mente indicada, además, por la necesidad de calibrar *la predisposición mostrada por el menor para la convivencia y, en su caso, la opinión de los representantes legales* (art. 19.3 Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el 17 que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en adelante RLORPM).

Aunque la voluntad conforme del menor no es exigencia legal para la imposición de la convivencia, su concurrencia será decisiva en el éxito de una intervención de fuerte contenido terapéutico. Por ello, a la hora de optar por esta medida y para optimizar un recurso generalmente escaso, las Sras./Sres. Fiscales valorarán debidamente el grado de asentimiento del menor.

### III.2.5 Internamiento cautelar

La medida de internamiento, tanto en su vertiente cautelar como en su modalidad de medida definitiva, debe utilizarse como *ultima ratio*.

Esto no obstante, al igual que ha ocurrido con la reforma de la prisión provisional en el proceso penal de adultos, tras la nueva redacción que la LO 8/2006 ha dado al art. 28 LORPM cabe adoptar la medida cautelar con fundamento en la protección de la víctima. En efecto, la Circular 1/2007 opta por una exégesis flexible del nuevo art. 28 LORPM, declarando que *interpretando sistemáticamente los apartados primero y segundo del nuevo art. 28, y de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre los fines de las medidas cautelares, puede entenderse que serán fines susceptibles de ser perseguidos con el internamiento cautelar el de evitar nuevos atentados contra bienes jurídicos de la víctima*.

En todo caso la aplicación de la medida cautelar de internamiento, especialmente en su modalidad de cerrado, habrá de restringirse conforme a los principios de excepcionalidad, proporcionalidad, subsidiariedad y provisionalidad, que si rigen en el proceso penal en general, en el especial de menores aún tienen mayor rango y operatividad.

### III.2.6 Otras medidas

Si bien debe partirse de que no cabe aplicar las disposiciones del art. 544 ter LECrim al proceso penal de menores, ni en cuanto al procedimiento ni en cuanto a las medidas cautelares susceptibles de ser acordadas (vid. Consulta 3/2004), las eventuales lagunas derivadas de esta interpretación pueden colmarse con la aplicación del art. 158 CC para *apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios*, pues de acuerdo con el párrafo último de dicho precepto todas las medidas que contempla *podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria*. Además debe recordarse que el contenido de estas medidas puede ser muy amplio, no estando *a priori* cerrado, pues se introduce al final una cláusula *-disposiciones que considere oportunas-* de *numerus apertus*.

Cabe también en los supuestos en los que se detecta la imposible convivencia del menor con los padres, si no procede una medida cautelar propiamente penal, promover una guarda judicial con ingreso del menor en un centro de acogida, conforme a los arts. 158 y 172.2 CC.

## III.3 Diligencias de investigación

No ha de olvidarse que si el menor es detenido, su declaración no deberá tener lugar con asistencia de sus representantes legales (art. 17.2 LORPM), si éstos son los

denunciantes, pues concurriría una situación de flagrante conflicto de intereses, debiendo suplirse tal asistencia conforme a las vías ordinarias.

Desde una perspectiva criminológica, las Sras./Sres. Fiscales habrán de tener presente que en el supuesto ordinario de recepción de la *notitia criminis*, esto es, la denuncia de los progenitores-víctimas de los malos tratos, deberán desplegar toda la sensibilidad requerida en el tratamiento de unas personas que normalmente, cuando dan el paso de denunciar a sus descendientes, se encuentran totalmente desbordadas, derrotadas e impotentes, conscientes de su fracaso como padres y con un dolor insondable por denunciar a su hijo.

Ilustrativa resulta la observación contenida en la Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente a 2001, que reseñaba cómo para estos casos alguna Fiscalía había propuesto hablar de «padres desamparados.» Es en estas situaciones donde la función que el EOMF asigna al Fiscal de velar por la protección procesal de las víctimas (art. 3.10) adquiere sus más altas cotas de exigibilidad.

#### III.4 Principio de oportunidad y soluciones extrajudiciales

En primer lugar debe partirse de que difícilmente cabrá aplicar el desistimiento del art. 18 LORPM, teniendo en cuenta que normalmente concurrirá violencia o intimidación, –lo que ya excluye la posibilidad de su utilización– y además a la vista de que en estos casos precisamente es la corrección en el ámbito familiar la que falla estrepitosamente.

La reparación extrajudicial no debe descartarse *a priori*, pues, acompañada de algunas obligaciones para el menor, en supuestos con pronóstico favorable, puede ser una solución idónea, siempre susceptible de ser revocada si el denunciado incumple sus obligaciones o incurre en nuevas conductas de maltrato.

En ocasiones estará especialmente indicado el compromiso de asistencia del menor y de su grupo familiar a psicoterapia, bien sea al Centro de Salud Mental que le corresponda o a otra institución privada, siempre que pueda constatarse la efectiva asistencia y la progresión o regresión en la evolución de las relaciones domésticas.

Los mecanismos de justicia restaurativa pueden aplicarse en las manifestaciones leves o iniciales de malos tratos. En todo caso en estos supuestos habrá de trasladarse a los menores incursos en expedientes por malos tratos el mensaje nítido de que cualquier otro rebrote será objeto de una respuesta de mayor intensidad; simultáneamente habrá de hacerse saber a la víctima que no ha de dudar en poner en conocimiento de la Fiscalía cualquier ulterior conato violento, trasladándole la confianza en las instituciones.

En caso de reincidencia deberá incorporarse al nuevo expediente testimonio de lo actuado en el anterior que hubiera desembocado en la reparación extrajudicial. Los hechos respecto de los que se llevó a cabo la reparación no podrán ser tenidos en cuenta a la hora de elaborar las alegaciones ni para graduar la respuesta educativo sancionadora en el nuevo expediente, pero podrán ser un elemento a valorar para calibrar la situación familiar y para contextualizar los nuevos hechos.

La utilización de la conciliación en supuestos de escasa entidad exige que exista un ambiente de calma y un deseo común de poner fin a la situación.

No habrá de acudir a la misma si se detecta una situación de fuerte desequilibrio entre los afectados. Por ello, no deberá utilizarse ni cuando el menor maltratador no exteriorice su firme propósito de cesar en sus actos ni cuando el maltratado, por el daño sufrido y por la razonada falta de esperanza en la mediación, se encuentre psicológicamente inhabilitado para tomar parte en el proceso.

La opción por la utilización de las soluciones extrajudiciales en estos casos, ciertamente residual por las propias dimensiones del conflicto subyacente, deberá en todo caso ir precedida por un riguroso estudio de las circunstancias psico socio educativas del menor y de su familia.

#### IV. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS

Debe aquí especialmente hacerse un recordatorio a la reciente Consulta n.º 1/2008 conforme a la que *en el supuesto de que las conductas tipificadas en los artículos 153.2.º y 173. 2.º se cometan contra ascendientes, descendientes y hermanos, por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, entenderán como requisito necesario para la calificación de los hechos como delito que exista convivencia entre el autor y la víctima. Cuando no concurra dicho requisito los hechos a que se refiere el mencionado artículo se calificarán como falta.*

#### V. FASE DE AUDIENCIA

Si los denunciados-testigos son los progenitores del menor contra el que se dirige el procedimiento, no podrán estar presentes desde el inicio de la audiencia como acompañantes y representantes del menor (art. 35.1 LORPM), sino que habrán de aguardar fuera de la sala hasta tanto depongan como testigos.

#### VI. MEDIDAS IMPONIBLES

Desde la perspectiva de la finalidad esencialmente educativa de la intervención de la Justicia Juvenil, la idea-fuerza que preside el contenido de las medidas a imponer a menores incurso en violencia doméstica es la del respeto a los bienes jurídicos de sus ascendientes y la exclusión radical de la violencia o la intimidación como formas de solución de conflictos.

Debe también partirse de la necesidad de que el informe del Equipo Técnico sea especialmente completo y riguroso, constatando la situación familiar y del menor no sólo en el momento del hecho sino la evolución seguida y situación en el momento del enjuiciamiento, a fin de que pueda orientar la más acertada selección de la medida a imponer. A estos efectos, la percepción directa del Fiscal, a través de la intermediación en la declaración del menor y de sus familiares puede ayudar a comprender el problema (y su posible solución) en toda su dimensión.

La nueva regulación del art. 153.2 CP, tipo básico en el tratamiento de la violencia familiar, elevando a la categoría de delito infracciones antes consideradas faltas, posibilita en estos casos la imposición de medidas tales como la de libertad vigilada con la obligación de no acercarse a determinada persona o lugar, en una duración suficiente para asegurar la efectividad del tratamiento, bien la medida de convivencia con grupo educativo.

Recordemos que este tipo castiga a los que por cualquier medio o procedimiento causaren a otro de los familiares y asimilados mencionados, menoscabo psíquico o

una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión.

En estos casos la pena prevista para el maltratador adulto es la prisión de tres 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.

En este contexto, debe tenerse presente que en teoría cabría imponer a un menor por este delito incluso internamiento en centro cerrado, pues conforme al art. 9.2.b) LORPM tal medida tendría acomodo pese a ser delito menos grave si en los hechos se han empleado en su ejecución violencia o intimidación en las personas. Sin embargo, debe en estos casos tenerse presentes las limitaciones derivadas del principio de proporcionalidad, expresamente asumido por el apartado segundo del art. 8 LORPM, con el *plus* derivado de que la pena prevista para los adultos en el Código Penal se acompaña de la alternativa de trabajos en beneficio de la comunidad. Ello debe llevar a una aplicación excepcional de las medidas de internamiento en estos supuestos, y en todo caso a una limitación de un año en su imposición.

Tales consideraciones no son trasladables ni a la medida de convivencia con otra persona, familia o grupo educativo (que no debe ser considerada como privativa de libertad) ni a las de libertad vigilada o alejamiento.

Incluso cuando se aplique la medida de internamiento, el programa individualizado de su ejecución debe abordar el conflicto familiar subyacente y las estrategias para tratar de superarlo.

Cualquiera que sea la medida que se imponga, puede ser combinada con la de privación de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas, ya que, conforme al art. 3.1 de la Ley 1/1970, de 4 de abril, *de Caza* «el derecho a cazar corresponde a toda persona mayor de catorce años que esté en posesión de la licencia de caza y cumpla los demás requisitos establecidos en la presente Ley».

En la mayoría de los supuestos, los menores maltratadores no suelen cometer actos delictivos fuera de su entorno familiar, por lo que generalmente será aconsejable acudir a medidas no privativas de libertad como la convivencia con grupo familiar o educativo, libertad vigilada o alejamiento, siendo adecuado para muchos de estos supuestos complementar tales medidas con la de tratamiento terapéutico de tipo ambulatorio. A tales efectos debe recordarse que tras la reforma 8/2006 no existen obstáculos para imponer más de una medida por un mismo hecho.

La medida de libertad vigilada sin alejamiento puede ser una opción cuando el deterioro familiar no haya alcanzado un grado tal que impida la convivencia en la propia familia, aunque esta opción debe ser rigurosamente fundamentada, teniendo en cuenta que si la situación es grave puede contribuir a la cronificación del problema que pretende solucionar.

Todo lo expuesto no empece para que en supuestos de habitualidad o extrema violencia, puedan aplicarse otras medidas.

Lo que no resulta aconsejable es que, ante la ausencia de recursos *ad hoc* y con el fin de articular alguna respuesta retributiva, se acuda a las medidas de internamiento en centros de reforma cuando éstos no sean adecuados para la intervención socioeducativa que la situación concreta demanda.

La experiencia demuestra que este tipo de menores requieren recursos específicos para su educación y socialización. En los supuestos de carencia de tales recursos, sin perjuicio de optar por utilizar alguna alternativa avalada por el Equipo Técnico, esta circunstancia habrá de ponerse en conocimiento del Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma, a fin de que se practiquen las gestiones precisas ante las autoridades respectivas para subvenir a las necesidades detectadas (art. 18.3 EOMF). En caso de

que las gestiones sean infructuosas, tales deficiencias habrán de comunicarse al Fiscal de Sala Coordinador de Menores.

Dando por reproducidas las consideraciones realizadas en el apartado dedicado a las medidas cautelares, debe destacarse como una medida aconsejable, especialmente para supuestos menos graves o incipientes de maltrato familiar, el tratamiento terapéutico, integrado por intervenciones tanto con el menor como con la propia familia, con medidas educativas, psicoterapia y actuaciones de orientación y apoyo.

A la hora de optar por la medida de convivencia en grupo educativo, habrá de tenerse especialmente en consideración si el perfil del menor se adecua a este tipo de medida no privativa de libertad. Debe partirse de que esta medida está especialmente indicada en los supuestos en que la violencia intrafamiliar, sin revestir caracteres especialmente graves, hace inviable por el momento la convivencia en el seno de la familia. Además, el menor destinatario de la misma no debe presentar una especial conflictividad ni –por lo general– estar inmerso en conductas delictivas en otros ámbitos fuera de su entorno familiar. Del mismo modo debe ponderarse que en la mayoría de las Comunidades Autónomas se trata de un recurso escaso.

Esta medida debe imponerse en extensión temporal adecuada para permitir que despliegue su dimensión terapéutica y socializadora. De acuerdo con criterios técnicos comúnmente aceptados, no deberá solicitarse la medida de convivencia con grupo educativo por un período de tiempo inferior a diez o doce meses. Será especialmente conveniente que se solicite junto con la medida de convivencia la de libertad vigilada, a ejecutar tras la finalización de la primera. Si el menor pasa, al finalizar la medida, sin un período transitorio o adaptativo, a integrarse de nuevo en su familia, hábitat donde precisamente se ha generado el conflicto, el riesgo de reincidencia se incrementa. La LORPM atribuyó una nueva función a la libertad vigilada, al concebirla como un último período de la medida de internamiento, partiendo de que no es conveniente que el menor se enfrente directamente a la vida en libertad sin ningún tipo de apoyo o de control. Se configura este segundo período como un puente o un tránsito controlado desde el internamiento hasta la plena reincorporación a su entorno. Este mismo esquema, *mutatis mutandis* sería aplicable a la medida de convivencia en grupo educativo, cuya eficacia práctica demanda la posibilidad de verificar a su término, un seguimiento efectivo de la persistencia de los objetivos logrados. Es por ello muy importante contar, al finalizar el cumplimiento de la medida, con el refuerzo educativo que puede articularse a través de la libertad vigilada, en orden a garantizar, cuando ello es aún posible, la normal reintegración del menor en el seno familiar, y en todo caso, su acceso a la autonomía personal y a la socialización.

Cuando los hechos sean susceptibles de tipificarse como de maltrato habitual (art. 173.2 CP) castigado para mayores de edad con pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años, cabrá aplicar incluso la medida de internamiento en centro cerrado si se ha empleado violencia o intimidación en las personas. Pero esta solución también deberá utilizarse solamente cuando sea estrictamente necesaria y no sea desaconsejada por el informe del Equipo Técnico.

## VII. FASE DE EJECUCIÓN

En primer lugar, en supuestos de medidas privativas de libertad, no cabe descartar la utilización de la suspensión de la ejecución del fallo, pues para determinados supuestos puede ser especialmente educativo y socializador otorgar una segunda

oportunidad al menor maltratador. En estos casos habrá de tenerse especial cuidado a la hora de fijar las condiciones a las que se subordina el beneficio: en primer lugar ha de condicionarse a que el menor no sea condenado en sentencia firme por delito cometido durante el tiempo que dure la suspensión; además el menor debe asumir el compromiso de mostrar una actitud y disposición de reintegrarse a la sociedad, no incurriendo en nuevas infracciones, y finalmente debe como regla general establecerse «la aplicación de un régimen de libertad vigilada durante el plazo de suspensión o la obligación de realizar una actividad socio-educativa, recomendada por el equipo técnico o la entidad pública de protección o reforma de menores en el precedente trámite de audiencia, incluso con compromiso de participación de los padres, tutores o guardadores del menor, expresando la naturaleza y el plazo en que aquella actividad deberá llevarse a cabo» [art. 40.2.c) LORPM].

El inciso final de este precepto ofrece una vía adecuada para promover la necesaria implicación de los progenitores en la resolución del conflicto.

Es conveniente que los programas individualizados de ejecución de las medidas impuestas tengan presente la peculiaridad del delito cometido de modo que se orienten a respuestas educativas o a terapias proyectadas sobre las relaciones familiares. Incluso en ocasiones habrá de contemplar el programa la participación de los familiares o personas afectadas, cuando se haya reiniciado o vaya a reiniciarse la relación subyacente, con el objetivo último de que el restablecimiento de las correspondientes relaciones se lleve a cabo neutralizando el riesgo de recidivas en los comportamientos patológicos del menor. Por ello, las Sras./Sres. Fiscales habrán de promover tales inclusiones en los programas individualizados y habrán de controlar con rigor la efectiva ejecución conforme al programa. Debe recordarse que de acuerdo con el art. 44.2 c) para ejercer el control de la ejecución, corresponde especialmente al Juez de Menores aprobar los programas de ejecución de las medidas y que conforme al mismo precepto, el Fiscal está legitimado para instar tal control (art. 44.2 LORPM).

La ejecución habrá de ser esencialmente dinámica, muy atenta a la evolución del menor durante el desarrollo del cumplimiento de la medida, de manera que puedan, en su caso, activarse los mecanismos derivados del principio de flexibilidad: reducción, cancelación anticipada o modificación (arts. 13 y 51 LORPM). Para ello debe exigirse la rigurosa aplicación del art. 44. d) LORPM, conforme al que para ejercer el control de la ejecución, corresponde especialmente al Juez de Menores conocer de la evolución de los menores durante el cumplimiento de las medidas a través de los informes de seguimiento de las mismas. Del mismo modo habrá de ser exigida la periodicidad en la emisión de los informes prevista en el art. 13 RLORPM e incluso podrán exigirse informes adicionales, como autoriza el apartado cuarto del mismo precepto. Todos estos informes habrán de ser remitidos y estudiados por las Sras./Sres. Fiscales (art. 49 LORPM).

Las Sras./Sres. Fiscales velarán por el adecuado ejercicio de esta atribución jurisdiccional, conforme expresamente autoriza el art. 44.2 LORPM.

La dimensión terapéutica de la medida, cualquiera que sea la que se haya impuesto, debe estar orientada al restablecimiento de la normalidad en las relaciones familiares. A tales efectos es de vital importancia la progresiva recuperación de tales vínculos, con arreglo a la evolución del menor y de la situación familiar. Por ello será conveniente ir acordando paulatinamente los contactos familiares, la menor o mayor intimidad de los espacios en que se producen y su menor o mayor duración.

En relación con las previsiones del art. 51 de la LORPM ha de subyacerse la necesidad de no precipitar la modificación de la medida. Los avances en la terapia familiar deben ser interpretados desde una dimensión global del problema y no necesariamente desde la óptica del menor o de su familia, evitando incurrir en el riesgo de

que progresos no suficientemente consolidados lleven a la finalización anticipada del tratamiento con el consiguiente riesgo de regresión.

En todo caso, en los incidentes de reducción, cancelación anticipada o modificación previstos en el citado artículo, habrá de darse entrada, de haberse personado, a la acusación particular, pues el propio tenor del art. 25 g) LORPM da cobertura a tal intervención.

En relación con la posibilidad de sustituir la medida en medio abierto impuesta en supuestos de quebrantamiento debe recordarse la vigencia de las conclusiones adoptadas en la Circular 1/2009, *sobre la sustitución en el sistema de justicia juvenil de medidas no privativas de libertad por la de internamiento en centro semiabierto, en supuestos de quebrantamiento*.

Especialmente debe tenerse presente que conforme a la reseñada Circular «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 art. 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. 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 art. 18 LORPM para la aplicación del principio de oportunidad. Es este un recurso legal particularmente recomendable en estos casos en los que el menor infractor ha sido ya objeto de una intervención reforzada mediante el incidente de sustitución».

Si del informe final de ejecución previsto en los art. 53 LORPM y apartado 5 del art. 13 RLORPM se desprendiera que el menor sigue incurso en los factores de riesgo que le llevaron al maltrato doméstico, tales circunstancias habrán de ser comunicadas por el Juzgado a la víctima, a los efectos de que la misma pueda adoptar las medidas de autoprotección que estime oportunas.

Esta garantía adicional para la víctima deriva tanto de la nueva redacción del art. 53.1 LORPM, que prevé la notificación a la víctima del auto de archivo de la causa una vez concluida la ejecución, como de la declaración general de información a las víctimas contenida en el párrafo quinto del art. 4 LORPM.

En estos supuestos de pronóstico negativo, en tanto en cuanto pueden tener impacto en la estructura familiar, generando cuanto menos una situación de riesgo, habrá también de activarse el mecanismo previsto en el art. 53.2 LORPM: *el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del letrado del menor, podrá instar de la correspondiente entidad pública de protección o reforma de menores, una vez cumplida la medida impuesta, que se arbitren los mecanismos de protección del menor conforme a las normas del Código Civil, cuando el interés de aquél así lo requiera*.

## VIII. CONCLUSIONES

1.º Deben discriminarse los supuestos en los que el menor incurre en conductas de maltrato típicas, de aquellos otros que, reflejando un conflicto o crisis familiar, no son susceptibles de subsunción penal y correlativamente impiden cualquier intervención desde el ámbito de la justicia juvenil. En estos casos debe optarse por la derivación hacia las instituciones de protección de menores, evitando la confusión entre la esfera sancionadora educativa y la esfera protectora.

2.º Cuando los ascendientes víctimas de maltrato acudan a la Fiscalía en demanda de orientación, sin voluntad de formular denuncia, se les orientará puntualmente sobre los programas desplegados en cada territorio autonómico para abordar, preventivamente y al margen del proceso penal, los problemas de agresividad de los adolescentes hacia sus ascendientes. La existencia de tales programas se tomará especialmente en consideración a la hora de remitir a la autoridad administrativa de protección de menores, testimonios de las denuncias formuladas contra menores de 14 años por violencia contra sus ascendientes, como indicador de su situación de riesgo.

3.º El principio de celeridad es uno de los principios nucleares en la ordenación del sistema de justicia juvenil. Si tal principio puede entenderse aplicable a cualquier procedimiento sustanciado conforme a la LORPM, cuando los hechos investigados son relativos a violencia doméstica, el mismo debe alcanzar una tonalidad especialmente intensa en cuanto a su riguroso seguimiento, pues en este tipo de delitos habitualmente la denuncia es el corolario de una larga cadena de hechos que desembocan en situaciones familiares insostenibles necesitadas de una intervención inmediata. A fin de preservar la celeridad en la tramitación deberá reflejarse en la carátula inicial que el delito investigado se refiere a violencia doméstica.

4.º La imperiosa necesidad de dar en estos supuestos de violencia familiar una respuesta rápida –sin perjuicio de la necesidad de analizar cada caso concreto– hace generalmente aconsejable adoptar alguna de las medidas cautelares previstas en la LORPM. La concreta selección de la medida a aplicar habrá de tamizarse a través del principio del superior interés del menor y de las necesidades de protección de las víctimas, conforme a los presupuestos y requisitos previstos en los arts. 28 y 29 LORPM.

5.º La solicitud de adopción de una orden de protección frente a un menor por presuntos malos tratos, pese a su ineficacia para abrir el procedimiento previsto en el art. 544 ter LECrim, es perfectamente admisible como vehículo transmisor de la *notitia criminis* a efectos de abrir el procedimiento de menores.

6.º La medida de convivencia con grupo familiar o educativo puede tener gran efectividad tanto en su dimensión cautelar como propiamente sancionadora-educativa para los supuestos de delitos de violencia doméstica cuando es necesario extraer al menor del domicilio, si no procede el ingreso en régimen de internamiento.

7.º Las medidas cautelares no privativas de libertad no están sometidas a un plazo límite de duración, pudiendo prolongarse hasta la sentencia sin necesidad de prórroga expresa. Por tanto, estas medidas podrán durar durante toda la instrucción y la fase de enjuiciamiento, así como durante la fase de impugnación si la sentencia es condenatoria, hasta la firmeza de la misma. Todo ello ha de entenderse sin perjuicio de dejarlas sin efecto en cualquier momento anterior en cuanto se desvanezcan los indicios o los factores socioeducativos y familiares que motivaron su adopción, a cuyo fin se torna esencial el riguroso control de las vicisitudes de la causa. Debe considerarse que la predeterminación temporal de la duración de la medida cautelar en medio abierto es incompatible con su carácter cautelar, provisional e instrumental y con su especial dimensión educativa.

8.º Las peticiones de alejamiento de los familiares, tanto en la modalidad cautelar como en la medida definitiva, deberán incorporar una cláusula para facilitar las terapias familiares, pieza básica en la ejecución de las medidas. A tal fin, cuando se solicite el alejamiento, ya como medida autónoma, ya como regla de conducta de la libertad vigilada, deberá simultáneamente interesarse que en la resolución acordándolo se haga constar la posibilidad de los contactos del menor con la familia cuando los técnicos encargados de la ejecución los consideren convenientes para el desarrollo de terapias familiares.



9.º La aplicación de la medida cautelar de internamiento, especialmente en su modalidad de cerrado, habrá de restringirse conforme a los principios de excepcionalidad, proporcionalidad, subsidiariedad y provisionalidad, que si rigen en el proceso penal en general, en el especial de menores aún tienen mayor rango y operatividad.

10.º La víctima de violencia doméstica en el proceso penal de menores tendrá derecho a estar informada de los actos procesales –y por ende de la adopción de medidas cautelares y de su cese– cuando puedan afectar a su seguridad.

11.º Si el menor es detenido, su declaración no deberá tener lugar con asistencia de sus representantes legales (art. 17.2 LORPM), si éstos son los denunciante, pues concurriría una situación de flagrante conflicto de intereses, debiendo suplirse tal asistencia conforme a las vías ordinarias.

12.º No cabrá aplicar el desistimiento del art. 18 LORPM, teniendo en cuenta que normalmente concurrirá violencia o intimidación, –lo que ya excluye la posibilidad de su utilización– y además a la vista de que en estos casos precisamente es la corrección en el ámbito familiar la que falla estrepitosamente.

13.º Cabrá, residualmente y en los supuestos de menor entidad, aplicarse una reparación extrajudicial pues, acompañada de algunas obligaciones para el menor, en supuestos con pronóstico favorable, puede ser una solución idónea, siempre susceptible de ser revocada si el denunciado incumple sus obligaciones. En todo caso, tal solución deberá ir precedida y avalada por un riguroso estudio de la situación familiar.

14.º Si los denunciante-testigos son los progenitores del menor contra el que se dirige el procedimiento, no podrán estar presentes desde el inicio de la audiencia como acompañante y representantes del menor (art. 35.1 LORPM), sino que habrán de aguardar fuera de la sala hasta tanto depongan como testigos.

15.º Cualquiera que sea la medida que se imponga, puede ser combinada con la de privación de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas.

16.º En la mayoría de los supuestos, los menores maltratadores no suelen cometer actos delictivos fuera de su entorno familiar, por lo que generalmente será aconsejable acudir a medidas no privativas de libertad como la convivencia con grupo familiar o educativo, libertad vigilada o alejamiento, siendo adecuado para muchos de estos supuestos complementar tales medidas con la de tratamiento terapéutico de tipo ambulatorio. A tales efectos debe recordarse que tras la reforma 8/2006 no existen obstáculos para imponer más de una medida por un mismo hecho.

17.º La experiencia demuestra que este tipo de menores requieren recursos específicos para su educación y socialización. En los supuestos de carencia de tales recursos, sin perjuicio de optar por utilizar alguna alternativa avalada por el Equipo Técnico, habrán de ser puestos en conocimiento del Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma, a fin de que se practiquen las gestiones precisas ante las autoridades respectivas para subvenir a las necesidades detectadas (art. 18.3 EOMF). En caso de que las gestiones sean infructuosas, tales deficiencias habrán de comunicarse al Fiscal de Sala Coordinador de Menores.

18.º No deberá solicitarse la medida de convivencia con grupo educativo por un período de tiempo inferior a diez o doce meses. Será especialmente conveniente que se solicite junto con la medida de convivencia la de libertad vigilada, a ejecutar tras la finalización de la primera. Si el menor pasa, al finalizar la medida, sin un período transitorio o adaptativo, a integrarse de nuevo en su familia, núcleo donde precisamente se ha generado el conflicto, el riesgo de reincidencia se incrementa. La LORPM atribuyó una nueva función a la libertad vigilada, al concebirla como un último período de la medida de internamiento, partiendo de que no es conveniente que el menor se enfrente directamente a la vida en libertad sin ningún tipo de apoyo o de control. Se configura

este segundo período como un puente o un tránsito controlado desde el internamiento hasta la plena reincorporación a su entorno. Este mismo esquema, *mutatis mutandis* sería aplicable a la medida de convivencia en grupo educativo, pues es conveniente contar, al finalizar la misma, con un refuerzo educativo a través de la libertad vigilada en orden a facilitar la más eficaz socialización del menor en el seno familiar.

19.º Debe partirse de la conveniencia de que los programas individualizados de ejecución de las medidas impuestas tengan presente la peculiaridad del delito cometido de modo que se orienten a respuestas educativas o a terapias proyectadas sobre las relaciones familiares. Las Sras./Sres. Fiscales habrán de promover tales inclusiones en los programas individualizados y habrán de controlar con rigor la efectiva ejecución conforme al programa.

20.º Si del informe final de ejecución previsto en los art. 53 LORPM y apartado 5 del art. 13 del Reglamento 1774/2004, de 30 de julio se desprendiera que el menor sigue incurso en los factores de riesgo que le llevaron a cometer actos de violencia doméstica o, tales circunstancias habrán de ser comunicadas por el Juzgado a la víctima, a los efectos de que la misma pueda adoptar las medidas de autoprotección que estime oportunas.

En estos supuestos de pronóstico negativo, en tanto en cuanto pueden tener impacto en la estructura familiar, generando cuanto menos una situación de riesgo, habrá también de activarse el mecanismo previsto en el art. 53.2 LORPM, comunicando la situación a la Entidad Pública de Protección de Menores.

En razón de todo lo expuesto, con el propósito de abordar eficazmente la problemática derivada de la comisión por menores de delitos de malos tratos contra sus ascendientes, las Sras. /Sres. Fiscales se atenderán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Instrucción.

## CIRCULAR 3/2010, SOBRE RÉGIMEN TRANSITORIO APLICABLE A LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL OPERADA POR LEY ORGÁNICA 5/2010 DE 22 DE JUNIO

### 1. INTRODUCCIÓN

El 23 de junio de 2010 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

En su disposición final séptima se establece que la Ley entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado por lo que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 5.1 del Código Civil, transcurrido el periodo de *vacatio legis*, inicia su vigencia el 23 de diciembre de 2010.

La Ley lleva a cabo una reforma parcial del articulado del Código Penal que obedece a las razones expresadas en el capítulo I de su Exposición de Motivos: dar cumplimiento a las obligaciones internacionales contraídas por España; corregir determinadas carencias o desviaciones que se han ido detectando en la aplicación del vigente Código Penal y dar respuesta a cuestiones o situaciones, antes inexistentes, que han ido surgiendo con motivo de los cambios operados en nuestra realidad social.

Estas mismas razones dan lugar a que, con carácter general, la reforma resulte más severa, en el tratamiento de las figuras delictivas a las que afecta, que los preceptos que

se verán derogados o modificados a la entrada en vigor de la Ley. La mayor parte de sus disposiciones se dirigen a ampliar el marco punitivo aplicable a conductas típicas ya reguladas o a regular nuevas conductas típicas anteriormente no previstas.

No obstante algunos preceptos de la nueva Ley resultarán más beneficiosos para el reo, pudiendo surgir en el proceso de revisión diversos problemas interpretativos en orden a determinar la Ley más favorable. Para estos supuestos, en cumplimiento del principio de unidad de actuación, que se configura en los artículos 124 de la Constitución Española y 2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal como principio fundamental que ha de regir la actuación del Ministerio Fiscal, deben establecerse unas pautas comunes en la interpretación y aplicación de la norma que aseguren una respuesta uniforme en la tarea de revisión de sentencias que deberá llevarse a efecto con la entrada en vigor de la citada reforma.

Siguiendo la sistemática de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2004, al analizar las cuestiones de derecho transitorio generadas por la reforma operada por Ley Orgánica 15/2003, también en esta ocasión la escasa complejidad de la actual reforma permite tratar en un mismo documento los problemas derivados de la revisión de sentencias y los que surgen en relación con los asuntos penales pendientes de enjuiciamiento o de tramitación de los recursos interpuestos contra sentencias dictadas de conformidad con la normativa que se deroga.

Debe adelantarse igualmente que la mayoría de las cuestiones generales de derecho transitorio que pueden plantearse con motivo de la entrada en vigor de las modificaciones operadas en el Código Penal ya han sido tratadas en precedentes Circulares de la Fiscalía General del Estado publicadas con ocasión de anteriores reformas de nuestro derecho penal sustantivo. La doctrina que emana de estos documentos, de entre los que cabe destacar, por ser las más recientes, las Circulares sobre régimen transitorio 1/1996, 2/1996 y 1/2004, así como la circular 1/2000 relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000 que regula la responsabilidad penal de los menores, habrá de servir a los Sres. Fiscales de soporte, facilitando la labor interpretativa que se afronta en esta ocasión. Este documento, en gran medida, servirá de recordatorio sobre la forma de proceder ante cuestiones de derecho transitorio que ya fueron resueltas en las referidas Circulares.

La labor de revisión de sentencias y asuntos en trámite, a partir del análisis de las disposiciones de ambos textos legales, el vigente hasta el 23 de diciembre y el que reformado por Ley Orgánica 5/2010, ha de partir del principio de retroactividad de la ley penal más favorable que reconoce expresamente el artículo 2.2 del Código Penal al disponer que *tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena*, en desarrollo y complemento de la regla general que proclama el artículo 9.3 de la Constitución al establecer *la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables* y que se recoge también en los artículos 2.3 del Código Civil y 2.1 del Código Penal.

La disposición transitoria 1.º de la Ley Orgánica 5/2010, en su apartado 1.º, recoge expresamente el principio de retroactividad de la ley penal mas favorable afirmando que *los delitos y faltas cometidos hasta el día de la entrada en vigor de esta Ley se juzgarán conforme a la legislación penal vigente en el momento de su comisión. No obstante lo anterior, se aplicará esta Ley, una vez que entre en vigor, si las disposiciones de la misma son más favorables para el reo, aunque los hechos hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor*.

Conforme a lo dispuesto en este precepto, a partir del día de la fecha, y teniendo en cuenta los preceptos reformados, deberá llevarse a cabo un proceso de análisis de todas las causas afectadas, ya resueltas por sentencia firme o que se encuentren en

tramitación, a fin de valorar si la aplicación de la reforma resulta más favorable al reo aunque los hechos a que se refieren se hayan cometido antes de su entrada en vigor. A dicho fin se efectuará la comparación de la totalidad de las normas aplicables en cada caso, en el Código actual y en el derivado de la reforma analizada, para determinar aquel que resulte, en su conjunto, más favorable al reo.

Con carácter previo a la determinación de los criterios que servirán de guía en la labor de revisión hay que poner de relieve que las tres disposiciones transitorias de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio reproducen íntegramente las disposiciones transitorias de la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre salvo la disposición transitoria 4.º de éste último texto legal, que se destinó a tratar las cuestiones de derecho transitorio planteadas por la instauración de la, entonces novedosa, pena de localización permanente.

El análisis de dichas disposiciones transitorias, efectuado en el capítulo III de la Circular 1 /2004, resulta especialmente útil y tiene plena validez ante la entrada en vigor de la nueva Ley, debiendo recordar a los Sres. Fiscales, como ya se hiciera en dicho documento, que las disposiciones transitorias de la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal (salvo la duodécima derogada por Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero) siguen vigentes en todo aquello que no resulte específicamente regulado en las disposiciones transitorias de la Ley Orgánica 5/2010.

## 2. NORMAS QUE HABRÁN DE PRESIDIR EL PROCESO DE REVISIÓN

Para la determinación de la Ley más favorable habrá de tenerse en cuenta las siguientes consideraciones que se extraen de la disposición transitoria 1.ª de la Ley Orgánica 5/2010:

La comparación entre ambas normativas deberá efectuarse a partir de la totalidad de las normas que integran ambos textos legales, sin que quepa seleccionar de cada cuerpo legislativo los preceptos que favorezcan al reo rechazando aquellos otros que le perjudiquen. En este sentido, el apartado 2.º de la disposición transitoria 1.ª, establece literalmente que *para la determinación de la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas del Código actual y de la reforma contenida en esta ley*. En palabras empleadas con anterioridad por las Circulares 1/1996 y 1/2004 *no es admisible ni asumible, como más beneficiosa, la aplicación «troceada» tomando de cada bloque lo que favorezca y rechazando lo que perjudique, pues se estaría entonces enjuiciando incorrectamente según una tercera Ley constituida artificialmente con retazos de las efectivamente promulgadas. Al efectuar la comparación de penas para determinar la ley más favorable deben tenerse en cuenta los preceptos íntegros de una u otra legislación, sin que quepa construir una «tercera norma más favorable».*

En el desarrollo de esta labor de comparación se examinará cada caso teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes tal y como se recogen en la sentencia objeto de revisión y con pleno respeto a los hechos declarados probados en la misma.

Cuando en una misma sentencia haya recaído condena por diversos delitos, siguiendo también los criterios ya establecidos en la Circular 1/2004, es posible hacer un tratamiento autónomo respecto de cada uno de los delitos, sin que sea obligado considerar para todos los hechos enjuiciados una misma legislación.

En los supuestos de concurso ideal de delitos se seguirán las pautas establecidas por la Circular 1/1996 partiendo de la comparación global de ambos textos legales. Los Sres. Fiscales, una vez calificados los hechos enjuiciados conforme a la nueva

normativa, deberán determinar el marco punitivo que correspondería imponer a los mismos en aplicación de las reglas establecidas en el artículo 77 del Código Penal. Si la pena impuesta en sentencia fuera también de aplicación conforme al nuevo texto legal no procederá la revisión. En caso contrario habrá de efectuarse la revisión aplicando íntegramente las disposiciones del Código Penal reformado.

Cuando con motivo de la reforma resultare la despenalización de alguna de las conductas en concurso y, en aplicación de la regla 2.º del artículo 77, se impuso pena única –la prevista para infracción más grave en su mitad superior–, se cotejará la pena impuesta en aplicación del Código Penal vigente hasta el 23 de diciembre de 2010 con la pena que correspondería imponer a la infracción subsistente conforme a la nueva normativa, a los efectos de valorar la legislación más beneficiosa. Por el contrario, si las diferentes infracciones fueron penadas separadamente, conforme a la regla 3.ª del artículo 77 del Código Penal, se dejará sin efecto la infracción que desaparece y, respecto a la que subsiste, se compararán las penas señaladas en ambos textos legales en orden a determinar el que resulte más favorable al reo.

La audiencia del reo, a que se refiere el apartado 3.º de la disposición transitoria primera, conforme a criterios sostenidos en las Circulares 1/1996 y 1/2004, será preceptiva tan solo en los supuestos en que procede efectivamente la revisión y no será necesaria, sin perjuicio de que puede ser acordada, en los demás supuestos.

En el trámite de audiencia, el reo deberá ser informado de los términos de la revisión y de los efectos de la misma en el cumplimiento de la pena. Como ya se subrayó en la Circular 1/2004, *los Sres. Fiscales habrán de procurar que esta información sea comprensible y suficiente para garantizar que el cumplimiento de este requisito de audiencia permita al sujeto pasivo del procedimiento emitir una opinión informada*. Esta información puede proporcionarse en el dictamen que se emita en el incidente de revisión, fundamentándolo debidamente y solicitando se entregue copia del mismo al reo.

El criterio del reo, aun cuando no tiene carácter vinculante, resultará especialmente útil cuando no sea posible establecer con claridad cual es la Ley penal más favorable.

### 3. SUPUESTOS EXCLUIDOS DEL PROCESO DE REVISIÓN

La disposición transitoria 2.ª excluye una serie de supuestos del proceso de revisión. Dichos supuestos, que se relacionan a continuación, fueron también estudiados en profundidad en las Circulares de la Fiscalía General del Estado 1/1996 y 1/2004 a cuyo contenido hemos de remitirnos.

El primer supuesto se recoge en el apartado 1.º de la citada disposición que, en relación con la revisión de sentencias firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena, establece que *«en las penas privativas de libertad no se considerará más favorable esta Ley cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código. Se exceptúa el supuesto en que esta Ley contenga para el mismo hecho la previsión alternativa de una pena no privativa de libertad; en tal caso, deberá revisarse la sentencia»*.

Es decir, con independencia de que se hayan modificado los límites máximo y mínimo de la pena establecida en el tipo penal tras la reforma que analizamos y aun cuando, en consecuencia, la nueva pena resulte en abstracto más beneficiosa, si la pena privativa de libertad impuesta antes de la modificación legislativa es también

imponible de acuerdo con la nueva legislación, no habrá lugar a la revisión de la sentencia.

Dicha valoración debería hacerse, en todo caso, atendiendo al marco punitivo establecido taxativamente en la norma penal y no al que resulte de las posibilidades de ejercicio del arbitrio judicial que se reconozcan en la nueva regulación. A este respecto, visto lo establecido en el inciso 2.º del apartado 1.º de la disposición transitoria 2.ª de la Ley Orgánica 5/2010, que reproduce íntegramente el inciso 2.º del apartado 1.º de la disposición transitoria 5.ª de la Ley Orgánica 10/1995, debe reiterarse el razonamiento que, en relación con este apartado, efectuó la Circular 1/1996 de la Fiscalía General del Estado según la cual *«si la pena impuesta en la sentencia susceptible de revisión podría imponerse también con arreglo al nuevo Código Penal, será inviable la revisión sin duda alguna y sin que tenga relevancia alguna el dato de que con arreglo al nuevo Código Penal se hubiese podido imponer una duración de pena inferior haciendo uso de la discrecionalidad»*.

Del apartado 2.º resulta que tampoco serán objeto de revisión las sentencias *«en que el cumplimiento de la pena esté suspendido, sin perjuicio de hacerlo en caso de que se revoque la suspensión y antes de proceder al cumplimiento efectivo de la pena suspendida «si el penado se encuentra en período de libertad condicional» o aquellas sentencias en «que, con arreglo a la redacción anterior de los artículos del Código y a la presente reforma, corresponda exclusivamente pena de multa»*.

El apartado 3.º exime de revisión *«las sentencias en que la pena esté ejecutada o suspendida, aunque se encuentren pendientes de ejecutar otros pronunciamientos del fallo, así como las ya totalmente ejecutadas»* ello sin perjuicio de que la nueva legislación sea tenida en cuenta, de resultar más favorable, si se iniciara la ejecución, en el caso de las penas suspendidas, y en términos generales en lo que afecta a la aplicación de la agravante de reincidencia.

Por último, para los supuestos de indulto total o parcial, el apartado 4.º dispone que *«no se revisarán las sentencias cuando la pena resultante que se halle cumpliendo el condenado se encuentre comprendida en un marco imponible inferior respecto a esta Ley»*.

#### 4. SUPUESTOS QUE SERÁN OBJETO DE REVISIÓN

Procederá la revisión en cualquier caso de las sentencias relativas a conductas que hayan quedado despenalizadas.

También habrá lugar a la revisión de la sentencia en aquellos supuestos en que, efectuada la labor comparativa, resultara que la pena efectivamente impuesta excede a la que correspondería imponer en aplicación de los preceptos de la nueva legislación penal.

En estos casos, los Sres. Fiscales, al evacuar el informe favorable a la revisión, cuidarán de solicitar la concreta pena que consideren procedente en atención a las características y circunstancias del caso concreto tal y como quedan recogidas en los hechos declarados probados en la sentencia, a fin de dar cumplimiento a la doctrina del Tribunal Constitucional, expresada en la sentencia 155/2009, de 25 de junio (en el mismo sentido SSTC 205/2009, de 23 de noviembre de 2009 y 70/2010 de 18 de octubre) que, al analizar el deber de correlación, como manifestación del principio acusatorio, entre la acusación y el fallo en lo concerniente a la pena a imponer, aclara y perfila la propia doctrina constitucional, preexistente en esta materia, afirmando que:

*«Con la perspectiva constitucional que nos es propia resulta preciso replantear la cuestión y avanzar un poco más en la protección de los derechos de defensa del imputado y en la preservación de la garantía de la imparcialidad judicial en el seno del proceso penal, en el sentido de estimar que, solicitada por las acusaciones la imposición de una pena dentro del marco legalmente previsto para el delito formalmente imputado, el órgano judicial, por exigencia de los referidos derechos y garantías constitucionales, en los que encuentra fundamento, entre otros, el deber de congruencia entre acusación y fallo como manifestación del principio acusatorio, no puede imponer pena que exceda, por su gravedad, naturaleza o cuantía, de la pedida por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancia la causa, aunque la pena en cuestión no transgreda los márgenes de la legalmente prevista para el tipo penal que resulte de la calificación de los hechos formulada en la acusación y debatida en el proceso [...]» de forma que «[...] el alcance del deber de congruencia entre la acusación y el fallo por lo que respecta a la pena a imponer por el órgano judicial en los términos definidos en este fundamento jurídico se coherente mejor, a la vez que también la refuerza en su debida dimensión constitucional, con la garantía de la imparcialidad judicial en el seno del proceso penal, que, como ya hemos señalado, constituye uno de los fundamentos de la exigencia de aquel deber de congruencia como manifestación del principio acusatorio».*

Criterio acorde con el expresado por el Tribunal Supremo en Acuerdo adoptado por el Pleno no jurisdiccional el 20 de diciembre de 2006, donde se razonaba que: *«El Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa»*, precisando en el Pleno celebrado, el día 27 de noviembre de 2007 que: *«el anterior Acuerdo de esta Sala, de fecha 20 de diciembre de 2006, debe ser entendido en el sentido de que el Tribunal no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas por las acusaciones, siempre que la pena solicitada se corresponda con las previsiones legales al respecto»*.

En definitiva, los Sres. Fiscales se pronunciarán en su dictamen acerca de la procedencia de llevar a cabo la revisión de la sentencia y, en caso afirmativo, indicarán la pena concreta que debe imponerse en cada caso en atención a las circunstancias que se consideran probadas y a las valoraciones que, en relación con la individualización de la sanción, se efectúen en la resolución objeto de revisión.

En estos supuestos los Sres. Fiscales tendrán especial cuidado en priorizar la revisión de las causas que, con motivo de la revisión efectiva de la pena impuesta, den lugar a la inmediata o próxima excarcelación del penado, a fin de que dicha excarcelación pueda llevarse a efecto en la fecha que corresponda una vez entre en vigor la reforma del Código Penal.

## 5. ANÁLISIS DE LOS SUPUESTOS DE LA LEY ORGÁNICA 5/2010 QUE HAN DE DAR LUGAR A LA APERTURA DEL PROCESO DE REVISIÓN

### 5.1 Delitos de Robo

La Ley modifica el artículo 242 introduciendo en su apartado 2.º el tipo complejo de robo con violencia en casa habitada que había sido suprimido después de la entrada en vigor del Código Penal de 1995.

La modificación va a afectar al régimen concursal que, desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995, se viene aplicando para los supuestos de robo con violencia o intimidación cometidos en casa habitada.

No será procedente la revisión en los supuestos en que la sentencia haya estimado que el delito de robo con violencia y el allanamiento de morada se encuentran en concurso medial ya que, en aplicación de lo previsto en el artículo 77, la pena más grave en su mitad superior coincide con la pena prevista en el nuevo apartado 2.º del artículo 242. Por el contrario, los Sres. Fiscales informarán favorablemente a la revisión de las sentencias condenatorias en los supuestos de concurso real de ambos delitos, penados separadamente en atención a lo dispuesto en el artículo 73 del Código Penal, siempre que la suma de las penas impuestas por cada uno de ellos supere los cinco años de prisión, al resultar en ese caso más beneficiosa para el penado la nueva regulación.

## 5.2 Delitos de Estafa

Las modificaciones introducidas en el artículo 250 por Ley Orgánica 5/2010 determinan la necesidad de iniciar el proceso de revisión cuando la pena impuesta sea superior a tres años y se haya impuesto en aplicación de lo previsto en el apartado n.º 3.º del artículo 250 vigente hasta el 23 de diciembre de 2010, referido a los supuestos en que el delito «*Se realice mediante cheque, pagaré, letra de cambio en blanco o negocio cambiario ficticio*», o en atención a la *especial gravedad* de la defraudación recogida en el reformado n.º 6 del referido artículo.

Con la reforma desaparece del Código Penal la cualificación del delito de estafa contenida en el apartado 3.º del artículo 250 del Código Penal y, en lo que se refiere a la especial gravedad en atención al valor de lo defraudado, se configura, en el nuevo apartado 5.º del artículo 250, como circunstancia independiente en orden a cualificar el delito de estafa únicamente cuando el valor de la defraudación supere los 50.000 €. Los demás conceptos agravatorios que, junto con el valor de lo defraudado, integraban el número 6 del artículo 250 se recogen, con idéntico contenido que en su redacción anterior, en el número 4 del nuevo artículo 250 del Código Penal.

En aquellos supuestos en los que, conforme a los hechos declarados probados en la Sentencia, la cualificación del delito obedeció a la aplicación del supuesto n.º 3 del artículo 250 o a la apreciación de la especial gravedad prevista en el n.º 6 si, en éste último caso, el valor de lo defraudado no superaba la cantidad de 50.000 €, los Sres. Fiscales deberán informar favorablemente a la revisión, reconduciendo la calificación del hecho al tipo básico del artículo 248 en relación con el artículo 249, siempre que la pena impuesta supere los tres años y una u otra circunstancia hayan sido las únicas consideradas por el Juez o Tribunal para aplicar el tipo agravado del artículo 250, vigente en la fecha de comisión de los hechos.

## 5.3 Delitos contra la Propiedad intelectual e industrial

La Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal ha añadido un nuevo párrafo a los apartados 1.º del artículo 270 y 2.º del artículo 274 en virtud del cual se otorga al juez la facultad de atenuar la pena en los casos de distribución al por menor, rebajándola a multa de 3 a 6 meses o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 60 días, en atención a las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias que agravan el



delito, previstas en los artículos 271 y 276 respectivamente. Además se configura una nueva figura de falta, incardinada en el artículo 623.5, cuando la cuantía del beneficio no excede de 400 €.

No plantearán problemas de aplicación de derecho transitorio los nuevos tipos atenuados pues, debido a su carácter facultativo, no resulta procedente en base a los mismos la revisión de sentencias de conformidad con lo dispuesto en el primer inciso del párrafo 2.º del apartado 1.º de la disposición transitoria segunda según la cual, en las revisiones de sentencias, se tendrá en cuenta la disposición más favorable *considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial*.

Por el contrario, y en lo que se refiere a la delimitación entre el delito y la falta en atención a la cuantía del beneficio, los Sres. Fiscales habrán de tener en cuenta que el establecimiento de un límite cuantitativo mínimo en la definición del delito no obedece, como ha ocurrido históricamente en otros supuestos, a problemas relacionados con la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, sino que dicho límite cuantitativo se configura como un nuevo elemento del tipo determinante de la calificación jurídica de los hechos.

Habrà de reconocerse que la referencia al beneficio resulta imprecisa y que existen serias dificultades para proceder a su determinación, dificultades que probablemente no hubieran surgido si el criterio delimitador se hubiera fijado en el valor de los objetos falsificados o en el perjuicio causado a los titulares de los derechos defraudados. Del beneficio obtenido por el sujeto activo del delito, que debe interpretarse como ganancia obtenida con la actividad delictiva, a calcular sobre la base de los efectos intervenidos, no habrá constancia en la mayoría de las Sentencias que van a ser objeto de revisión, si bien, en cualquier caso, los supuestos a revisar quedarían limitados a los tipos básicos del artículo 270.1 y 274.2 dado que los modificados artículos 270 y 274, y el propio artículo 623.5, excluyen de la consideración como falta, con independencia de la cuantía del beneficio, todos aquellos supuestos en que se hayan apreciado respectivamente las circunstancias agravatorias de los artículos 271 o 276 del Código Penal.

En atención a lo expuesto los Sres. Fiscales procederán a revisar todas las sentencias condenatorias dictadas al amparo del artículo 270.1 y 274.2, y cuando, a partir de los hechos declarados probados en la sentencia, no resulte acreditado la obtención de un beneficio económico superior a 400 € o cuando claramente resulte que es inferior a esta cantidad, solicitarán que los hechos sean declarados falta y, en consecuencia, que se imponga la sanción correspondiente a dicha calificación jurídica.

Por lo que se refiere a las causas en trámite o asuntos pendientes de enjuiciamiento en que no se haya cuantificado el beneficio económico obtenido o que se hubiera podido obtener, se calificarán como falta cuando no existiera otra forma de determinar el importe del beneficio antes de la celebración del juicio oral.

En tal sentido, en los procedimientos incoados por hechos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigor del Código Penal que sean trasladados al Ministerio Fiscal para calificación, los Sres. Fiscales, al amparo de lo previsto en el artículo 780.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, instarán, con carácter previo a evacuar este trámite conferido, la práctica de prueba pericial dirigida a determinar la cuantía del beneficio. En los supuestos ya calificados, pendientes de juicio oral, se solicitará del Juez de lo Penal, al amparo de lo previsto en el artículo 785.1, párrafo 2.º, inciso 2.º, en relación con el artículo 781.1, párrafo 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que acuerde la práctica de prueba pericial dirigida a cuantificar el beneficio obtenido o que hubiera podido obtener el acusado, en atención a que este nuevo elemento del tipo, introducido en la reforma operada por Ley Orgánica 5/2010 en los delitos contra la propiedad

intelectual y contra la propiedad industrial, va a ser determinante de la calificación jurídica de los hechos a enjuiciar.

En lo que atañe a los delitos contra la propiedad industrial también planteará cuestiones de derecho transitorio la modificación del último inciso del apartado 1.º del artículo 274, en lo que se refiere a los supuestos de importación, sin respetar los derechos de propiedad industrial de productos.

La Ley Orgánica 15/2003 introdujo el citado inciso a través del cual, al establecer que *«Igualmente, incurrirán en la misma pena los que importen intencionadamente estos productos sin dicho consentimiento, tanto si éstos tienen un origen lícito como ilícito en su país de procedencia; no obstante, la importación de los referidos productos de un Estado perteneciente a la Unión Europea no será punible cuando aquéllos se hayan adquirido directamente del titular de los derechos de dicho Estado, o con su consentimiento»*, criminalizaba las conductas consistentes en importaciones paralelas extracomunitarias (en relación con países de la Unión Europea se produce un agotamiento del derecho de distribución tras la primera venta o comercialización realizada por el titular) realizadas sin la autorización del titular de los derechos de distribución en España.

Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 estos supuestos, hasta ahora típicos, quedan despenalizados y por tanto fuera del ámbito de protección de la norma penal y ello sin perjuicio de su sanción administrativa conforme a la legislación de marcas o de competencia desleal. En atención a lo cual los Sres. Fiscales procederán a revisar aquellas sentencias condenatorias recaídas por conductas relativas a la importación, desde países extra comunitarios, de productos auténticos, de origen lícito, respecto de los que un tercero ostenta el derecho de importación o distribución en España.

#### 5.4 Fraude de subvenciones públicas

De las modificaciones que han sido introducidas en el Título XIV del Código Penal, en el ámbito de los delitos contra la Hacienda Pública, tan solo las introducidas en los apartados 1.º y 2.º del artículo 308 hacen necesario iniciar un proceso de revisión de las sentencias condenatorias que hayan sido dictadas a su amparo, ya que en los demás casos lo que se produce, tras la reforma, es un incremento de la pena prevista para estos comportamientos delictivos por lo que, en ningún caso, la nueva regulación resultará mas favorable al reo.

En lo que a dichos apartados 1 y 2 del artículo 308 del Código Penal se refiere, la Ley Orgánica 5/2010 ha incrementado el límite máximo de la pena a imponer en los supuestos de obtención de subvenciones, desgravaciones o ayudas de las Administraciones públicas falseado las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que se lo hubieren impedido, y en aquellas conductas típicas consistentes en desarrollar una actividad subvencionada con fondos de las Administraciones Públicas incumpliendo las condiciones establecidas alterando los fines para los que fue concedida la subvención.

Sin embargo, al tiempo, se ha modificado el importe mínimo de la cantidad defraudada que exige el tipo penal en ambos casos ya que, frente a los 80.000 € previstos en el reformado artículo 308, el límite inferior se fija ahora en 120.000 €, parificándolo con la cuantía mínima prevista para los delitos fiscales.

En consecuencia, con la fecha de entrada en vigor de la nueva Ley, aquellas conductas defraudatorias de cantidades que no superen los 120.000 € quedan despenalizadas.

De conformidad con el criterio establecido para supuestos similares en la Circular 1/2004, los Sres. Fiscales habrán de informar favorablemente a la revisión cuando de los hechos declarados probados resulte que la cantidad defraudada no supera la suma de 120.000 €.

En lo que concierne a las causas en trámite, se solicitará el archivo cuando versen sobre cuantías que no alcancen el nuevo mínimo típico. Tanto en este caso como en el anterior, los Sres. Fiscales instarán, al tiempo que se solicita el archivo, la remisión del correspondiente testimonio a la autoridad administrativa a los efectos procedentes, en aquellos supuestos en que los hechos despenalizados pudieran constituir infracciones administrativas.

### 5.5 Delitos contra la salud pública

El artículo 368 sufre dos modificaciones de diferente calado, por un lado se rebaja el límite máximo de la pena privativa de libertad a imponer en los supuestos referidos a sustancias que causan grave daño a la salud de nueve a seis años de prisión, manteniéndose la pena de multa prevista para estos supuestos, así como las penas correspondientes a los delitos relativos a sustancias que no causan grave daño a la salud, en idénticos términos a los de su actual regulación. Por otro lado se introduce un nuevo párrafo en el citado artículo que otorga a los tribunales la facultad de imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable, facultad que no será aplicable cuando concurren las circunstancias agravantes de los artículos 369 bis y 370.

Ningún problema plantea este nuevo párrafo 2.º del artículo 368 pues, conforme a lo establecido en el primer inciso del párrafo 2.º del apartado 1.º de la disposición transitoria segunda de la Ley, el proceso de revisión de las sentencias firmes pendientes de ejecución, o de aquellas en que el penado se encontrara cumpliendo condena, se ha de efectuar aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial.

Como ya se ponía de relieve en la Circular 1/2004 *«no podrán estas disposiciones motivar el inicio del proceso de revisión de sentencias ya firmes, pues su aplicación entraría dentro de las facultades discrecionales del órgano de enjuiciamiento, exigiría en algunos casos ir más allá de los hechos probados en la sentencia y además dichas circunstancias pudieron ser ponderadas en el enjuiciamiento conforme a la anterior legalidad penal a través de vías genéricas como la atenuante analógica»*.

La significativa reducción de la pena máxima prevista en el nuevo artículo 368 para los delitos cometidos con sustancias que causan grave daño a la salud, impone iniciar el proceso de revisión de la totalidad de las sentencias condenatorias recaídas por estos supuestos, debiendo los Sres. Fiscales informar favorablemente a la revisión siempre que la condena sea superior a 6 años de privación de libertad o cuando la pena impuesta en atención al hecho y sus circunstancias exceda del marco punitivo correspondiente a ese mismo hecho y esas mismas circunstancias en la nueva regulación.

La modificación antedicha incide también en los supuestos agravados del artículo 369 por cuanto en el mismo se establece pena privativa de libertad superior en grado a la prevista en el artículo anterior. En razón de ello, para los supuestos de sustancias que causan grave daño a la salud, la pena privativa de libertad prevista por la Ley pasa a ser de 6 años y 1 día a 9 años de prisión al modificarse a la baja tanto el límite mínimo como el máximo de la sanción.

Además, el actual contenido del artículo 369 también se altera en la nueva Ley. De un lado se han suprimido las circunstancias agravantes n.º 2.º y n.º 10.º del apartado 1, relativas respectivamente a la pertenencia del culpable a una organización o asociación que tiene por finalidad la difusión de estas sustancias y a los supuestos en los que el culpable introduce o saca ilegalmente las referidas sustancias o productos del territorio nacional o bien favorece la realización de tales conductas. De otro lado se suprime el apartado 2.º del artículo 369.

En lo que atañe a las circunstancias previstas en el apartado 1.º del artículo 369 que se mantienen tras la reforma, la modificación en el ordinal asignado a las mismas determina que, a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, queden recogidas bajo los ordinales 1 a 8. En los supuestos referidos a sustancias que causan grave daño a la salud, habrá de efectuarse la revisión de todas las sentencias condenatorias pendientes de ejecución o en las que el penado se encuentre cumpliendo condena, para adaptarlas a la nueva regulación que resulta en todos los casos más favorable.

Las modificaciones penológicas introducidas en estos supuestos, conforme a lo previsto en los artículos 131 y 133 del Código Penal, afectarán también a la prescripción de los delitos y de las penas impuestas cuando sean superiores a 10 años de prisión. Como ya se dijera en la Circular 1/2004, reiterando criterios que fueron establecidos con anterioridad en la Consulta 6/1995 de la Fiscalía del Tribunal Supremo y en la Circular 2/1996 de la Fiscalía General del Estado, *«será procedente decretar la prescripción cuando con arreglo a la nueva redacción del Código Penal el delito o la pena resultantes de su aplicación estuviesen prescritos, aunque el tiempo de prescripción haya transcurrido antes de la entrada en vigor de la reforma»*.

La supresión de la agravante n.º 2.º, no implica que la pertenencia a una organización delictiva carezca de entidad para cualificar el delito agravándolo, por el contrario, esta circunstancia recibe en la nueva regulación un tratamiento individualizado merecedor de un mayor reproche penal que las circunstancias recogidas en el artículo 369. Se configura por tanto como una agravación de 2.º grado en el nuevo artículo 369 bis que, para los supuestos de sustancias y productos que causan grave daño a la salud establece una pena 9 a 12 años de prisión y multa del tanto al cuádruplo de valor de la droga objeto del delito, y para los demás casos una pena de 4 años y 6 meses a 10 años de prisión y multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga.

No obstante, en los supuestos referidos a sustancias que causan grave daño a la salud, el límite máximo de la pena a imponer, en aplicación del nuevo artículo 369 bis, es inferior al que correspondería conforme a lo dispuesto en el antiguo artículo 369 del Código Penal cuyo marco penal superior alcanza los 13 años y 6 meses de prisión. En consecuencia los Sres. Fiscales informarán favorablemente a la revisión de aquellas sentencias, referidas a sustancias que causan grave daño a la salud, en las que habiéndose apreciado la concurrencia de la circunstancia prevista en el artículo 369.1.2.º, la pena impuesta en atención al hecho y sus circunstancias exceda del marco punitivo aplicable en iguales circunstancias en la nueva legislación. Por el contrario no procederá la revisión en las sentencias condenatorias impuestas en aplicación de esta circunstancia por delito cometido con sustancias que no causan grave daño a la salud dado que el nuevo artículo 369 bis agrava ostensiblemente la pena en estos supuestos al fijar la privación de libertad entre los 4 años y 6 meses y los 10 años de prisión.

En el párrafo 2.º del nuevo artículo 369 bis se imponen penas superiores en grado a las antedichas a los jefes, encargados o administradores de la organización. Supuesto que se encuentra regulado en el apartado 2.º del artículo 370 del Código Penal vigente hasta el 23 de diciembre de 2010 previendo para los mismos pena superior en uno o dos grados a la prevista en el artículo 368.

En aplicación de lo dispuesto en el nuevo apartado 2.º del artículo 369 bis, en estos casos, una vez entre en vigor la reforma, cuando se trate de sustancias causantes de grave daño a la salud, la pena máxima a imponer privativa de libertad será de 18 años de prisión, razón por la cual los Sres. Fiscales informarán favorablemente a la revisión de la sentencias condenatorias recaídas por hechos de esta naturaleza cuando, en aplicación de lo establecido en el modificado artículo 370.2 del Código Penal, se hubiera impuesto pena que supere el marco punitivo a imponer en atención a las circunstancias concurrentes en el supuesto examinado.

Al regularse en el nuevo artículo 369 bis tanto las conductas cometidas por los que pertenecen a una organización delictiva como la agravación penológica para los jefes, encargados o administradores de las mismas, se reforma también, de forma coherente, el número 2 del artículo 370, del Código Penal. Este artículo, a la entrada en vigor de la nueva Ley, se referirá exclusivamente a la agravación de la pena que corresponde imponer a los jefes, administradores o encargados de «*otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito*», supuesto que constituye la circunstancia agravante n.º 2.º del reformado artículo 369.1 (circunstancia 3.º del mismo artículo en el Código Penal vigente hasta el 23 de diciembre) y que, según la interpretación proporcionada por la Fiscalía General del Estado en la Circular 2/2005, debe entenderse referida a la participación en otras actividades *delictivas* organizadas, siendo de aplicación cuando el sujeto activo pertenece a una organización dedicada a actividades criminales distintas a las de tráfico de drogas pero en cuyo ámbito de actuación, de forma secundaria o paralela, se cometen delitos contra la salud pública o bien, o se favorece la realización de tales delitos.

Los restantes supuestos agravados previstos en el artículo 370 quedan también afectados por la reforma ya que la pena prevista para los mismos se fija en atención a las establecidas en el artículo 368 para el tipo básico. En consecuencia, los Sres. Fiscales informarán favorablemente a la revisión de las sentencias condenatorias cuando fueron impuestas por delitos que causan grave daño a la salud. En estos casos, al señalar en su informe la concreta pena a imponer, habrán de tener en cuenta tanto el marco punitivo determinado por los hechos y circunstancias reconocidos en los hechos declarados probados en la resolución objeto de revisión, como el criterio seguido por el Tribunal sentenciador en orden a elevar en uno o dos grados la pena prevista para el tipo básico en el artículo 368, de forma que, en el primer caso, no podrá superarse la pena de 9 años de prisión y en el segundo la de 13 años y 6 meses de prisión, máximos legales correspondientes de acuerdo con la nueva legislación.

La supresión de la agravante n.º 10 del artículo 369 dará lugar a la revisión de todas las sentencias condenatorias que, de forma exclusiva, por no concurrir cualesquiera otros de los supuestos recogidos en el artículo 369.1, hayan dado lugar a la aplicación de dicho precepto, ya se trate de sustancias que causen grave daño a la salud, ya de sustancias que no causen grave daño a la salud. En estos casos se habrá de reconducir la pena a la señalada en el tipo básico del artículo 368 en la redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010, cuyos límites máximos son respectivamente de 6 años de prisión y multa del tanto al triplo del valor de la droga y de 1 a 3 años de prisión y multa del tanto al duplo en los casos de sustancias no causantes de grave daño a la salud.

## 5.6 Delitos contra la seguridad vial

La Ley Orgánica 5/2010 ha modificado las penas previstas en los supuestos típicos regulados en los artículos 379 y 384. También ha suprimido el apartado 3 del

artículo 381 cuyo contenido pasa a integrar el nuevo artículo 385 bis del Código Penal que, referido a la regulación del comiso de los vehículos de motor o ciclomotores utilizados en los hechos, tendrá un mayor ámbito de aplicación por cuanto se refiere a todos los delitos de este capítulo y no solo al previsto en el artículo 381, haciendo expresa remisión a lo previsto tanto en el artículo 127 como al 128 del CP. Por último, la reforma añade un nuevo artículo 385 ter que, para los supuestos regulados en los artículos 379, 383, 384 y 385, otorga a los Jueces o Tribunales la facultad de rebajar en un grado la pena de prisión en atención a la menor entidad del riesgo causado y a las demás circunstancias del hecho, razonándolo debidamente en la sentencia que se dicte.

Las modificaciones introducidas en los artículos 379 y 384 plantean cuestiones de derecho transitorio pues se ha pasado de una única alternativa a la pena privativa de libertad a una nueva situación, en atención a la cual se ofrece al juzgador una doble alternativa a la pena de prisión, bien sea pena pecuniaria, bien sea pena de trabajos en beneficio de la comunidad.

La cuestión relativa a la revisión de sentencias habrá de plantearse desde una perspectiva diferente según el supuesto de que se trate, distinguiendo aquellos casos en que el Juzgador optó por la pena privativa de libertad de aquellos otros en los que impuso la pena alternativa a la prisión integrada anteriormente y de forma conjunta por multa y trabajos en beneficio de la comunidad.

La razón de ello radica en que en el primer supuesto ya se contemplaba la posibilidad de optar por una pena alternativa a la privativa de libertad y el juzgador no estimó oportuno, en atención a las circunstancias reflejadas en los hechos declarados probados en la sentencia, su imposición. En el mismo sentido se pronunció la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/2004 que, apoyándose en la precedente Circular 1/1996 sobre derecho transitorio, razonaba, al analizar los supuestos en los que tras la reforma se introducía una previsión alternativa de pena no privativa de libertad no contemplada anteriormente, que *«distinto es el supuesto en que existiendo tanto en la norma anterior como en la reformada la posibilidad de pena alternativa (privativa de libertad o multa), fue impuesta la pena privativa de libertad. En estos casos habrá de seguirse la interpretación de la Circular 1/96, que estableció que hay que entender que si en la norma anterior reformada también existía la misma penalidad alternativa, no entrará en juego esa previsión, en la medida en que ya el juzgador tuvo la posibilidad, al dictar sentencia, de optar por la pena no privativa de libertad, y, sin embargo, la descartó»*.

Por el contrario, si en la sentencia se optó por la pena alternativa a la prisión y se impuso pena de multa y de trabajos en beneficio de la comunidad será procedente la revisión de la sentencia ya que, tras la reforma, solo es posible imponer una u otra y no las dos conjuntamente. La determinación de la alternativa más favorable exige la audiencia del reo y se hará teniendo en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas del código vigente hasta el 23 de diciembre de 2010 y del resultante de la modificación legislativa.

Se da la circunstancia de que los marcos punitivos de ambas penas permanecen inalterados tras la reforma, lo que evidencia la voluntad del legislador de rebajar la respuesta penal sancionadora, sin pretender acumular en cada una de las opciones la totalidad de la carga punitiva que, antes de la reforma, representaban conjuntamente los dos tipos de pena, razón por la cual, los Sres. Fiscales, una vez efectuada la opción por cualquiera de estas, instaran que se mantenga la concreta cuantía que se hubiera impuesto en sentencia a fin de no frustrar la finalidad de atenuación de la respuesta penal a estas conductas perseguida por el legislador.

En la labor de revisión podrán plantearse diversos supuestos que requieren a su vez distintas soluciones: En aquellos casos en que una de las dos penas impuestas conjuntamente haya sido ejecutada en su integridad al momento de la revisión, y la otra se encuentra en ejecución o pendiente de ejecutar habrá de solicitarse que ésta última quede sin efecto, dando por cumplida la pena impuesta por el delito. La misma solución habrá de darse a aquellos supuestos en que una de las penas impuestas hubiere prescrito, por transcurso del plazo legalmente establecido, y la otra estuviere en ejecución o pendiente de ser ejecutada.

Cuando ambas penas están pendientes de ejecución deberá revisarse la sentencia optando por una de las dos alternativas y dejando la otra sin efecto. En estos casos los Sres. Fiscales habrán de tener en cuenta que, conforme a lo dispuesto en el artículo 49 del Código Penal, los trabajos en beneficio de la comunidad no pueden ser impuestos sin consentimiento del penado. Por esta razón si en el trámite de audiencia al reo éste se niega a realizar trabajos en beneficio de la comunidad, necesariamente habrá de optarse por la imposición de la pena de multa. Para el caso en que el reo se incline por la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, su opinión debe ser convenientemente valorada pero, no será vinculante, y habrá de considerarse en unión de otros factores, especialmente en lo que concierne a la posibilidad real de hacer efectiva dicha pena, lo que podría llegar a determinar que el informe, apartándose del criterio del reo, solicite del Juez la imposición de la pena de multa.

Para los supuestos en que ambas penas se hayan ejecutado parcialmente, la opción, efectuada en trámite de revisión, entre una y otra, deberá acompañarse de la oportuna compensación de la parte que haya sido satisfecha o cumplida de la pena que va a quedar sin efecto. A tal fin, aun cuando en el Código Penal no está prevista la posibilidad de sustituir los trabajos en beneficio de la comunidad por pena de multa, como criterio orientativo, podrán utilizarse las equivalencias previstas en los artículos 53 y 88.1 del Código Penal, entendiéndose que, a estos solos efectos, cada día de trabajos equivaldrá a dos cuotas multa. De forma que, si se opta por la pena de multa habrá de computarse como parte del pago los trabajos ya efectuados y si se opta por los trabajos en beneficio de la comunidad se tendrán en cuenta los pagos parciales de la multa ya satisfechos para reducir correlativamente la pena de trabajos en beneficio de la comunidad pendiente de cumplimiento. Todo ello de acuerdo con las reglas de conversión establecidas en el artículo 88.1 del Código Penal.

Para concluir este apartado habrá que tenerse en cuenta que la facultad conferida a los Jueces y Tribunales por el artículo 385 ter, no dará lugar a la revisión de las sentencias firmes por aplicación de lo dispuesto en el primer inciso del párrafo 2.º de la disposición transitoria segunda, por idénticas razones que las ya expuestas al tratar similares situaciones derivadas de la reforma efectuada en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, en los artículos 270 y 274 y en los delitos contra la salud pública en el apartado 2.º del artículo 368.

### **5.7 Delitos de falsificación tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje**

Las modificaciones introducidas en el artículo 387 eliminan la equiparación al concepto de moneda de las tarjetas de crédito, las de débito y las demás tarjetas que puedan utilizarse como medio de pago así como los cheques de viaje.

La falsificación de tales instrumentos de pago se regulan a partir del 23 de diciembre de 2010 de forma autónoma, en la nueva sección 4.º del Capítulo II del Título XVII, bajo la rúbrica «De la falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje», en cuyo único artículo 399 bis se tipifican los supuestos de falsifica-

ción de tarjetas de crédito o débito y cheques de viaje, distinguiendo, en otros tantos apartados, tres supuestos de hecho: la falsificación propiamente dicha, la tenencia destinada a distribución o tráfico y el uso de tales instrumentos de pago a sabiendas de su falsedad.

El nuevo artículo 399 bis prevé, tanto para los supuestos de falsificación como para los de tenencia, pena privativa de libertad de 4 a 8 años de prisión.

Los supuestos de uso doloso de estos instrumentos de pago se castigarán con pena de 2 a 5 años de prisión.

Las cuestiones derivadas del derecho transitorio se plantean en primer lugar en los casos de falsificación propiamente dicha sobre tarjetas de crédito, débito o cheques de viaje. La pena prevista para tales conductas, en el primer inciso del artículo 386 en relación con el artículo 387, vigentes hasta el 23 de diciembre de 2010, es de 8 a 12 años de prisión y multa del tanto al décuplo del valor aparente de la moneda, por lo que, la comparación con las penas establecidas en el nuevo artículo 399 bis determinará la necesaria revisión de todas las sentencias condenatorias dictadas al amparo de los citados preceptos, en ejecución o pendientes de ejecución, y la modificación oportuna, una vez entre en vigor la reforma, de todos los escritos de acusación ya formulados por hechos de esta naturaleza.

Habrà que tener en cuenta que, aun cuando el artículo 387 del Código modificado venía equiparando a la moneda metálica las tarjetas de crédito, las de débito y las demás tarjetas que puedan utilizarse como medio de pago, así como los cheques de viaje, en el nuevo artículo 399 bis se excluye del objeto material de las conductas que típica cualquier referencia a *las demás tarjetas que pudieran utilizarse como medios de pago*.

Esta categoría, que fue asimilada a las tarjetas de crédito o débito a través de la reforma operada en el artículo 387 por Ley Orgánica 15/2003, se ha considerado aplicable a las tarjetas expedidas por comercios y grandes almacenes, así como a las emitidas para pago de autopistas o a las tarjetas regalo entre otras, documentos, que sin ser tarjetas de crédito o débito emitidas por un banco, funcionan como auténticos medios de pago que permiten incluso la obtención de crédito o pagos aplazados con o sin intereses.

Al no integrarse estos instrumentos de pago en los supuestos previstos en el artículo 399 bis, habrá que considerar que las conductas falsarias que recaigan sobre estos tipos de tarjeta deberán encuadrarse a efectos punitivos en el marco de las falsedades en documento mercantil, cuya previsión penológica en el nuevo Código Penal, de 6 meses a 3 años de prisión y multa de 6 a 12 meses, al ser notablemente inferior a las penas del artículo 386 hará precisa la revisión de las sentencias condenatorias pendientes de ejecución o en ejecución al 23 de diciembre de 2010 y a la adaptación correspondiente de los escritos de acusación que se hubieren formulado por hechos de esta naturaleza.

Para las causas seguidas por tenencia para distribución o tráfico de tarjetas de crédito, débito o cheques de viaje, el inciso 2.º del artículo 386 del Código Penal vigente hasta el 23 de diciembre de 2010 dispone una pena inferior en uno o dos grados a la señalada en el inciso 1.º para los supuestos de falsificación. En trámite de revisión de sentencias habrá que distinguir aquellos casos en que el Juez o Tribunal impuso pena inferior en dos grados, en que la normativa vigente hasta el 23 de diciembre de 2010 es notoriamente más beneficiosa para el reo, de aquellos en que se impuso pena inferior en un grado.

En este supuesto, dado que la pena privativa de libertad es la misma que la prevista en el nuevo artículo 399 bis, pero desaparece la pena de multa, los Sres. Fiscales



procederán siguiendo las pautas que para similar supuesto han fijado al tratar las modificaciones introducidas en el artículo 188 n.º 3.º

Si la tenencia para distribución o tráfico se refiere a *otros medios de pago* se procederá a la revisión de la sentencia reconduciéndola al artículo 393 siempre y cuando el supuesto pueda subsumirse en alguna de las conductas típicas descritas en el mismo, que castiga al que, *a sabiendas de su falsedad, presentare en juicio o, para perjudicar a otro, hiciera uso de un documento falso de los comprendidos en los artículos precedentes*. En los restantes casos, en trámite de revisión, procederá dejar sin efecto las penas impuestas, al haber sido despenalizadas tales conductas.

## 6. EFECTOS COMUNES DERIVADOS DE LA DESPENALIZACIÓN DE CONDUCTAS O DE LA REDUCCIÓN DE LA PENA IMPONIBLE POR LAS MISMAS

Según se desprende de los supuestos anteriormente analizados, algunas de las modificaciones operadas en los preceptos del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010, van a determinar bien la despenalización de hechos que hasta su entrada en vigor constituían infracción penal, bien la reducción de la pena legalmente establecida para el delito, bien la degradación de la infracción penal a falta. Tales modificaciones, en cuanto más beneficiosas para el reo, al tiempo que producen unos efectos inmediatos en relación con el cumplimiento efectivo de la pena impuesta, que se concretarán en la fase de revisión de sentencias, van a extender también sus efectos en otros procedimientos que se sigan contra las mismas personas ya que serán determinantes en orden a valorar extremos tales como la concurrencia de la agravante de reincidencia o la posibilidad de suspensión de la condena. Además, en determinados supuestos, tales efectos se dejarán sentir en la cancelación de antecedentes penales o en los plazos de prescripción previstos para la infracción de que se trate.

A este respecto, los Sres. Fiscales habrán de tener en cuenta que similares efectos producen las sentencias que, habiendo recaído por hechos que merecen un tratamiento más beneficioso tras la reforma, no fueron objeto de revisión por aplicación de las reglas de exclusión establecidas en la disposición transitoria 2.ª de la Ley, ya que la mencionada disposición transitoria, en su apartado 3.º, al tiempo que excluye del proceso de revisión las sentencias con pena ejecutada o suspendida, dispone que ello será *«sin perjuicio de que el Juez o Tribunal, que en el futuro pudiera tenerlas en cuenta a efectos de reincidencia, deba examinar previamente si el hecho en ellas penado ha dejado de ser delito o pudiera corresponderle una pena menor de la impuesta en su día»*

En lo que se refiere a la aplicación de la agravante de reincidencia, en palabras de la Circular 1/2004, las condenas, ya ejecutadas, *recaídas por hechos despenalizados o que hayan sido convertidos en faltas en la nueva legislación penal, aunque no hayan sido revisadas, no podrán servir de base para la apreciación de la reincidencia*. En estos casos, cuando el examen de la hoja histórico penal permita suponer que los hechos objeto de condena han sido despenalizados o degradados a falta, los Sres. Fiscales habrán de recabar testimonio de la sentencia controvertida con el fin de proceder a su examen en orden a determinar si las modificaciones introducidas por la reforma del Código Penal afectan a los hechos enjuiciados despenalizándolos o transformándolos en falta.

A propósito de los supuestos de despenalización generados por la modificación de la cuantía mínima exigible para la comisión del delito, como ocurre con el fraude

de subvenciones públicas regulado en el artículo 308, debe indicarse, reiterando los argumentos esgrimidos por las Circulares 2/1996 y 1/2004, que no existe ninguna disposición transitoria en la Ley Orgánica 5/2010 que permita sostener la irrelevancia en materia de reincidencia del carácter retroactivo de los efectos favorables de la nueva regulación sobre la base de que se trata de una modificación determinada por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Los Sres. Fiscales, cuando los hechos sentenciados hayan quedado despenalizados o se transformen en falta con motivo de la reforma, cuidarán de solicitar del Juez o Tribunal sentenciador que oficie al Registro de Penados y Rebeldes con el fin de dejar sin efecto la anotación de la condena y hacer cesar sus efectos negativos.

En estos mismos supuestos, de despenalización o degradación a falta del hecho enjuiciado, es indudable la incidencia que tendrá la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 en orden a la concesión del beneficio de suspensión de condena. Efectivamente las modificaciones aludidas pueden ser determinantes de la concurrencia del primer requisito exigido por el artículo 81.1 del Código Penal para la concesión de este beneficio, concretado en que *el condenado haya delinquido por primera vez*. En consecuencia, las condenas ya ejecutadas o que no fueron revisadas por aplicación de las exclusiones previstas en la disposición transitoria 2.º de la Ley Orgánica 5/2010, recaídas sobre hechos que a la entrada en vigor de la nueva Ley resultan despenalizados o degradados a falta, no impedirán la posible concesión de los beneficios de suspensión de las penas privativas de libertad conforme a lo dispuesto en los artículos 80 y siguientes del Código Penal, por lo que habrá que considerar al sujeto como delincuente primario si no existieran otros antecedentes que determinen la aplicación de la reincidencia. Así lo proclamaba ya, con toda lógica, la Instrucción de 30 de agosto de 1928 de la Fiscalía del Tribunal Supremo, con criterio plenamente vigente y reiterado con posterioridad por las Circulares de la Fiscalía General del Estado 2/1996 y 1/2004.

En lo que atañe a la prescripción habrá de recordarse que la Fiscalía General del Estado, al amparo de una consolidada jurisprudencia, ha venido destacando la naturaleza sustantiva que ostenta este Instituto en cuanto causa que extingue la responsabilidad criminal (Consulta 6/1955 de la Fiscalía del Tribunal Supremo y Circulares 2/1996 y 1/2004 de la Fiscalía General del Estado). Tal naturaleza determina que el principio de retroactividad de la ley penal más favorable alcance también a la prescripción, de modo que si las modificaciones introducidas en alguno de los preceptos del Código Penal, por Ley Orgánica 5/2010, comportan una reducción del plazo de prescripción de los delitos o de las penas establecidas en los mismos, será procedente acordar la prescripción aun cuando el plazo establecido tras la reforma transcurra en su totalidad antes de su entrada en vigor.

Para concluir este apartado hemos de hacer mención expresa a la causa de exención de responsabilidad regulada en el apartado 11 del nuevo artículo 177 bis que tipifica el delito de trata de seres humanos. La aplicación de este precepto no debe plantear otras cuestiones derivadas de la aplicación del derecho transitorio por cuanto se trata de un delito de nuevo cuño sin precedente en el Código Penal vigente hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010.

El apartado 11 del artículo 177 bis exime de responsabilidad penal a la víctima de trata por las infracciones penales que cometa en la situación de explotación siempre que concurren determinadas circunstancias que en el precepto se especifican, a tenor de este precepto *«la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado»*.

Esta disposición, en línea con las recomendaciones recogidas en el Convenio del Consejo de Europa sobre la trata de seres humanos, en cuyo artículo 26 expresamente se dispone que «*Las Partes deberán prever, con arreglo a los principios fundamentales de su sistema jurídico, la posibilidad de no imponer sanciones a las víctimas por haber tomado parte en actividades ilícitas cuando hayan sido obligadas a ello*», permitirá salvar los obstáculos que se han venido planteando, por no concurrir la totalidad de los requisitos necesarios, para la aplicación de las eximentes de estado de necesidad o miedo insuperable en conductas penales cometidas por las víctimas de trata en las situaciones que se describen en el nuevo artículo 177 bis apartado 11.

El nuevo precepto dará lugar a la revisión de las sentencias condenatorias por delitos cometidos por las víctimas de trata cuando de los hechos declarados probados en la sentencia resulte el delito se cometió en la situación de explotación y concurren los presupuestos recogidos en este apartado.

## 7. CAUSAS EN TRÁMITE

### 7.1 Cuestiones de carácter general

Aun a riesgo de resultar reiterativos, ya que alguna de las cuestiones que se plantean en este apartado ha sido puntualmente tratada en alguno de los apartados anteriores, conviene recordar a los Sres. Fiscales las principales pautas de actuación que fueron fijadas en las Circulares 2/1996 y 1/2004 de la Fiscalía General del Estado, para su aplicación respecto de aquellos hechos que, habiendo sido cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma del Código Penal, están siendo investigados en procesos en trámite pendientes de calificación o de celebración de juicio oral, o en causas en las que habiendo recaído sentencia la misma no ha adquirido firmeza por encontrarse en fase de recuso. Aun cuando con carácter general la Ley aplicable será la vigente en el momento de comisión de los hechos, se excepcionan de esta regla los supuestos en que la nueva regulación resulte más favorable.

También en estos supuestos, como ya destacara la Circular 2/1996, habrá de efectuarse la tarea de comparación valorando en conjunto las disposiciones de cada uno de los textos legales. Así, aun cuando en abstracto la pena tipo señalada para la infracción cometida resultara claramente más favorable en uno de los textos legales sometidos a cotejo, los Sres. Fiscales habrán de tener en cuenta la totalidad de las circunstancias concurrentes en el supuesto de hecho de que se trate para efectuar la comparación en atención a la pena específica que correspondería imponer en la aplicación de una u otra legislación.

No entrarán en juego en estos casos, sin embargo, las excepciones a la revisión previstas en la disposición transitoria 2.º de la Ley Orgánica 5/2010, de forma que, respecto de las causas en tramitación, serán de aplicación las facultades discrecionales otorgadas al Juez o Tribunal que, en orden a atenuar la pena se prevén el articulado de uno u otro texto legal. Tal será el caso que, en relación con los preceptos reformados, podrá plantearse respecto de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, los delitos contra la salud pública y los delitos contra la seguridad del tráfico (arts. 270, 274, 368, 385 ter), a los que anteriormente se ha hecho referencia.

Respecto de las causas seguidas exclusivamente por hechos que resultan despenalizados por la nueva Ley que aun no hayan sido calificadas, los Sres. Fiscales, en

aplicación de los criterios establecidos en las Circulares 2/1996 y 1/2004, interesarán el archivo de las diligencias, instando al tiempo, cuando los hechos pudieran ser constitutivos de infracción administrativa competente, que se remita testimonio de lo actuado a la autoridad administrativa a los efectos procedentes. Si en el momento de entrada en vigor de la reforma ya se ha evacuado el trámite de calificación, *nada impide solicitar el sobreseimiento libre retirando la acusación* (Circular 1/1996).

En los demás supuestos que, sin suponer una despenalización, puedan verse afectados por la reforma, los Sres. Fiscales al evacuar las conclusiones provisionales harán mención expresa, en el apartado correspondiente del escrito de conclusiones, del texto legal que se aplica y solicitarán la pena en atención a sus disposiciones. En los supuestos dudosos se formularán conclusiones alternativas, en atención respectivamente a una y otra normativa, adquiriendo especial importancia, en orden a la determinación de de la Ley penal más favorable, la opinión manifestada por el acusado en el trámite de audiencia.

El trámite de audiencia al reo, en los supuestos anteriormente tratados, resulta preceptivo y se efectuará, en el acto del juicio oral.

En aquellos casos en que la aplicación de la nueva norma se plantea respecto de supuestos pendientes de juicio, calificados conforme al Código Penal vigente hasta el 23 de diciembre, será de aplicación el criterio sostenido por la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1996, de forma que la adaptación al nuevo texto legal se podrá llevar a cabo al inicio del juicio oral, en el trámite que habilita el artículo 787 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o en el posterior trámite de conclusiones definitivas.

En lo que concierne a las sentencias pendientes de recurso, serán de aplicación las reglas establecidas en la disposición transitoria 3.<sup>a</sup> que a continuación se transcriben. Sus normas reproducen las establecidas en la disposición transitoria 5.<sup>a</sup> de la Ley Orgánica n.º 15/2003 y fueron objeto de análisis en la Circular 1/2004 a cuyo contenido nos remitimos:

*«a) Si se trata de un recurso de apelación, las partes podrán invocar y el Juez o Tribunal aplicará de oficio los preceptos de la nueva ley, cuando resulten más favorables al reo.*

*b) Si se trata de un recurso de casación, aún no formalizado, el recurrente podrá señalar las infracciones legales basándose en los preceptos de la nueva ley.*

*c) Si, interpuesto recurso de casación, estuviera sustanciándose, se pasará de nuevo al recurrente, de oficio o a instancia de parte, por el término de ocho días, para que adapte, si lo estima procedente, los motivos de casación alegados a los preceptos de la nueva ley, y del recurso así modificado se instruirán las partes interesadas, el fiscal y el magistrado ponente, continuando la tramitación conforme a derecho.»*

Es decir, el Ministerio Fiscal en el trámite del recurso, o en su caso en el acto de la vista, deberá solicitar la aplicación de la norma más favorable, con independencia de cual sea su posición procesal inicial en el recurso bien sea de interposición bien sea de impugnación del mismo.

## **7.2 Especial referencia al delito de hurto configurado a partir de la reiteración de faltas contra la propiedad**

La reforma incide en el supuesto regulado en el inciso segundo del artículo 234 reduciendo a tres el número de infracciones, cometidas en el plazo de un año, que pueden ser acumuladas dando lugar a su sanción como delito siempre que el montante total de lo sustraído supere la suma de 400 €.

A los efectos de configurar el delito mediante la acumulación de infracciones la reforma, a simple vista, redundaría en perjuicio del reo que, con la comisión de un número menor de infracciones leves puede ser sancionado con las penas previstas para el delito de hurto. Es por ello que en aquellos supuestos en los que parte de las conductas a acumular fueron cometidas antes del 23 de diciembre y otra parte una vez rebasada dicha fecha, habrá de ser aplicada la Ley más favorable exigiendo la coexistencia de cuatro conductas infractoras para configurar el tipo regulado en el apartado 234 inciso 2.º del Código Penal. Este es el criterio que fue establecido en la Circular 2/1996 de la Fiscalía General del Estado, y recordado posteriormente en la Circular 2/2003 *sobre la aplicación práctica del nuevo delito consistente en la reiteración de cuatro faltas homogéneas*, al indicar que: *la nueva norma más perjudicial para el reo, como es la actual reforma, en lo que a la reiteración de faltas se refiere, sólo podrá aplicarse si la totalidad de las conductas que integran el tipo han tenido lugar durante el período de vigencia de la nueva norma.*

#### 8. RECURSOS CONTRA LAS RESOLUCIONES ADOPTADAS EN EL PROCESO DE REVISIÓN

La Ley Orgánica 5/2010, al igual que las que abordaron precedentes reformas del Código Penal, no recoge en ninguna de sus disposiciones el recurso que cabe interponer frente a las resoluciones de los Juzgados y Tribunales que deciden sobre el incidente de revisión. Atendiendo a las pautas fijadas en las Circulares de la Fiscalía General del Estado 1/1996 y 1/2004, que a su vez adoptan la solución acogida en anteriores resoluciones del Tribunal Supremo, así Auto de 14 de marzo de 1984 o Sentencia n.º 626/1995, de 5 de mayo, la resolución que se dicte al respecto *será susceptible de los mismos recursos que hubieran cabido contra la sentencia*. De forma que, si la resolución fue dictada por el Juez de Instrucción o el Juez de lo Penal, será procedente recurso de apelación. Las resoluciones dictadas por la Audiencia Provincial, serán susceptibles de recurso de casación. En los supuestos competencia del Tribunal Jurado cabrá recurso de apelación y casación.

Por lo expuesto, las Sras. y Sres. Fiscales en el ejercicio de sus funciones velarán por el cumplimiento de la presente Circular.



# BIBLIOGRAFÍA

## Revista de Libros

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: *El error sobre los elementos normativos del tipo penal*, La Ley, Madrid, 2008, 480 pp.

### I

El amplio, completo, excelentemente documentado y, en definitiva, extraordinario trabajo de Díaz y García Conlledo, en el que se aborda la compleja cuestión del tratamiento jurídico-penal que han de tener el error sobre los denominados elementos del tipo, se divide en tres grandes bloques o Capítulos. En los dos primeros se recogen las bases previas para el análisis –delimitación del objeto de estudio, esto es, del elemento normativo, por una parte, y soluciones ofrecidas en el marco de la teoría del error mayoritaria, por otra–; incluyéndose en el tercer y último Capítulo otras aportaciones doctrinales, a las que siguen comentarios y valoraciones críticas, así como la propuesta de solución personal. Al final de cada epígrafe contenido en los diferentes Capítulos el autor lleva a cabo una recapitulación conteniendo las ideas–fuerza recogidas en el mismo lo que, si bien lleva a una cierta reiteración de tales ideas, puede resultar práctico al lector que prefiera conocer las tesis sustentadas en formato reducido antes de adentrarse en la lectura, de manera que el texto resulte más accesible; y también como resumen posterior del contenido del Capítulo, facilitando su retentiva y la identificación de las aportaciones fundamentales.

### II

El primer Capítulo, dedicado a la definición de lo que ha de entenderse elementos normativos del tipo, se divide a su vez en tres partes:

a) En la primera de ellas, relativa al tipo definido como conjunto de elementos descriptivos y normativos (pp. 39 ss), el autor analiza las distintas teorías que han intentado definir esta clase de elementos ya sea delimitándolos –atendiendo a diferentes criterios–, de los que se consideran sus opuestos, los elementos descriptivos; ya sea relativizando o negando la propia posibilidad de delimitación; ya sea negando la trascendencia de la misma. En el

apartado que recoge su posición personal (pp. 66 ss), el autor valora las diferentes tesis expuestas, decantándose por la que identifica los elementos normativos con aquellos que introducen una referencia a normas jurídicas o extrajurídicas. No obstante, Díaz y García Conlledo matiza esta definición señalando, en la línea propugnada por una serie de autores (entre los que me incluyo), que la práctica totalidad de los elementos típicos aúna ambos aspectos. Más allá de ello, y en lo que respecta a la cuestión del dolo y el error, tal delimitación no resultaría decisiva, en tanto en cuanto «hay elementos descriptivos (...) que plantean respecto del dolo y el error los mismos problemas que otros unánimemente considerados normativos; porque además dentro de los elementos típicos genéricamente definidos como normativos, tal vez puedan establecerse grupos, así como categorías fronterizas, con trascendencia para el dolo y el error; y porque, por fin, un mismo elemento típico puede a veces interpretarse como (principalmente) descriptivo o como (principalmente) normativo, lo que hace imprescindible su contemplación en el marco de un tipo concreto».

b) En la segunda parte del primer Capítulo el autor centra el objeto de estudio ofreciendo asimismo, sin ánimo de exhaustividad, algunas clasificaciones de elementos normativos a las que se ha otorgado referencia en materia de dolo y error (pp. 79 ss). En este sentido, y en palabras del propio autor (p. 93), el análisis se centra en aquellos elementos normativos del *tipo objetivo y positivo* que tengan el carácter de *específicos* —esto es, pertenecientes a un tipo de la Parte Especial—, a partir de las clasificaciones desgranadas en este apartado con numerosos ejemplos. Por otra parte, las divisiones entre elementos normativos jurídicos (penales y extrapenales) y extrajurídicos, de valor y de sentido se tiene en cuenta en el trabajo atendiendo a su posible relevancia para los problemas objeto de estudio.

c) En la tercera y última parte de este Capítulo inicial se incluye una definición una serie de elementos típicos que son «afines» a los elementos normativos, así como de especies particulares de elementos normativos del tipo, con el objeto de que sean conocidos por el lector cuando se hace referencia a ellos en el texto (pp. 97 ss). En este sentido, destaca la referencia a lo que se ha dado en llamar conceptos complejos; los elementos del deber jurídico y los elementos de valoración del hecho, como fruto del desarrollo de las tesis de *Welzel* y *Roxin* respectivamente; las referencias incluidas en los tipos penales a la ausencia de justificación; así como a las leyes penales en blanco (pp. 101 ss). Cabe, no obstante, señalar, que parte de estas categorías son fruto del debate originado a la hora de delimitar entre el error excluyente del dolo y aquel que no tiene ese efecto, de manera que el análisis de las mismas resultaría más apropiado al hilo del estudio de las diferentes soluciones ofrecidas por la doctrina y la jurisprudencia en este sentido. Ello es así sobre todo teniendo en cuenta que no todas las categorías gozan de un reconocimiento unánime por parte de la doctrina, dependiendo este extremo de los postulados se los que se parte en materia de dolo y error.



## III

El segundo Capítulo se encuentra dedicado a la teoría del error con carácter general (sin entrar todavía en consideraciones relativas a la concreta problemática de las remisiones normativas), siguiendo el autor tanto en los postulados básicos, como en su sistema expositivo, a su maestro, Luzón Peña (pp. 149 ss). Así, en el marco de esta exposición se analizan las categorías de error de tipo y error de prohibición –tanto directo como indirecto– con base en los postulados de la teoría de la culpabilidad en tanto en cuanto, en opinión de Díaz y García Conlledo, y en la línea seguida por la doctrina absolutamente mayoritaria tanto en España como en Alemania, sería esta teoría la que encontraría su reflejo en la actual regulación del error recogida en el art. 14 CP (cfr., en mayor detalle sobre esta cuestión, pp. 191 ss). Al hilo de la explicación se encuentran asimismo referencias, también con carácter general, a otros criterios definidores del objeto del dolo tales como la antigua delimitación entre error de hecho y de Derecho o a la teoría del dolo que, a diferencia de la mayoritaria teoría de la culpabilidad, otorga el mismo tratamiento jurídico penal tanto al error de tipo como al error de prohibición.

Desde una concepción de dolo como *dolo objetivamente malo*, el autor exige, para su apreciación, el conocimiento de la concurrencia de todos los elementos –positivos y negativos– que fundamentan la específica prohibición y desvaloración jurídica de la conducta, sin que resulte exigible el conocimiento de su carácter antijurídico (pp. 150, 155, 317, 378). Se asume, de este modo, el concepto de dolo defendido por Luzón Peña, quien rechaza la idea de un dolo pretendidamente neutro, así como la idea de un dolo subjetivamente malo. De este modo, el error de tipo (vencible) excluiría la responsabilidad criminal a título de dolo, debiendo responder el autor por la modalidad de comisión imprudente, cuando la misma estuviera contemplada, quedando la conducta impune en caso contrario. El error (vencible) de prohibición, por el contrario, dejaría intacto el dolo, limitándose a reducir la pena del delito doloso en atención a la menor culpabilidad del autor que tiene su origen en el error.

El autor se pronuncia asimismo en relación con la problemática relativa al error sobre presupuestos objetivos de una causa de justificación –si bien tales errores no constituyen el objeto del trabajo–, decantándose por versión limitada o restringida de la teoría de la culpabilidad, por la cual el error sobre este extremo constituiría también un error de tipo, que excluiría la responsabilidad dolosa (pp. 152, 169 ss, 177 s.).

## IV

En el tercer y último Capítulo se «mezcla» el contenido de los anteriores abordándose la concreta cuestión del tratamiento que ha de tener el error sobre los elementos normativos (pp. 185 ss). De este modo, se analizan, en primer lugar, aquellas aportaciones doctrinales y jurisprudenciales en esta línea (pp. 219 ss) para, a continuación, valorar críticamente una por una tales

aportaciones (pp. 322 ss), concluyéndose con una personal propuesta de solución (pp. 378 ss). El hecho de que, para llevar a cabo tal valoración, se traiga de nuevo a colación parte de la información consignada en las páginas anteriores, hace que el texto resulte largo y reiterativo en este punto, pudiendo quizás haberse evitado este extremo aunando ambas cuestiones en un apartado único. Sin perjuicio de ello, tanto el análisis de las diferentes posturas, como los argumentos esgrimidos para rebatirlas, resultan brillantes.

La extrema complejidad que entrañan algunas de las posturas doctrinales y jurisprudenciales analizadas hace que la propia explicación resumida de las mismas constituya ya una aportación de gran valor para el lector que quiera adquirir una visión detallada de la problemática. Asimismo, resulta destacable la original sistematización que lleva a cabo Díaz y García Conlledo que, lejos de emplear un orden cronológico o por autores, pone en relación las diferentes propuestas dividiéndolas en cuatro grandes bloques, como son la delimitación entre: 1) error de hecho y de Derecho y aquellos desarrollos posteriores que apuntan en esta dirección (pp. 322 ss); 2) error de Derecho penal y extrapenal y las tesis posteriores que tienen connotaciones similares (pp. 334 ss); 3) la idea mayoritaria de la valoración paralela en la esfera del profano (pp. 351 ss, 378 ss); y 4) un apartado final en el que incluye posiciones de difícil clasificación que, en opinión del autor, no encontrarían cabida en los apartados anteriores y no podrían conformar uno o varios grupos aparte por resultar demasiado dispares (pp. 359 ss). En relación con tal clasificación cabe señalar que, si bien la misma se considera muy atinada en sus líneas generales, difiere de ella en respecto de algunas propuestas concretas, que, en mi opinión podrían tener otra ubicación. Así, por ejemplo, en contra del criterio seguido por el autor (pp. 285 ss y 360 y s.), considero que la tesis de Darnstädt (JuS, 1978, pp. 443 ss) –que distingue entre «hechos naturales» y «hechos institucionales»–, encontraría cabida en el apartado relativo a la delimitación entre error de hecho y error de Derecho. La tesis de *Dopslaff* (GA, 1987, pp. 3 ss), que define el dolo como el conocimiento de la descripción del supuesto de hecho, podría enmarcarse igualmente entre aquellas que propugnan una vuelta tal distinción, englobándose, sin embargo, por Díaz y García Conlledo, en un último apartado de «otras concepciones», si bien esta solución le parece asimismo plausible (pp. 302, 373 ss) (en mayor detalle en relación con estas clasificaciones cfr. *Fakhouri*, 2008, §§ 8 y 12).

## V

En lo que respecta ya a la propia aportación del autor, Díaz y García Conlledo lleva a cabo una redefinición de lo que tiene que ser abarcado por el autor para afirmar la responsabilidad dolosa que no se encontraría muy alejada del criterio empleado por la doctrina mayoritaria relativo al conocimiento del sentido o del significado social. En este sentido, se pretende plasmar lo acertado de esta tesis sin incurrir en sus defectos (p. 351 nota 88). Así, en la línea marcada por *Frisch*, la delimitación de ambas clases de error dependería de aquello que se considera que constituyen las circunstancias

típicas que fundamentan la prohibición en cada caso, lo que conllevaría una apertura a la Parte Especial en la determinación del objeto del dolo respecto de cada elemento concreto (p. 417). Una vez definida esa cuestión material, sólo quedaría aplicar las consecuencias jurídicas establecidas en materia de error.

Desde una concepción de dolo como *dolo objetivamente malo* a la que se ha hecho referencia en las líneas anteriores, la afirmación del dolo requeriría exclusivamente del conocimiento de la concurrencia los elementos que fundamentan la prohibición, sin que resulte exigible, a su vez, el conocimiento tal prohibición (pp. 150, 155, 317, 378). De acuerdo con esta idea, el sujeto debería conocer «aquellos datos que la ley considera suficientes para que (...) el hombre medio ideal desde el punto de vista del Derecho pueda darse cuenta de que hace algo prohibido». Sólo de esta forma se produciría la función de llamada del dolo [pp. 317, 378 (el texto entrecomillado se corresponde con lo recogido en la p. 317)]. En opinión de Díaz y García Conlledo, tal conocimiento sólo se daría cuando el sujeto fuera consciente de la concurrencia en el hecho del «sentido o significado material auténtico» del elemento, es decir, de su significado material, o de aquello que motiva que el elemento en cuestión se encuentre recogido en el tipo, y ello con independencia de que conozca las características que conforman ese sentido o significado material (pp. 319 s., 378). Esta exigencia del conocimiento del significado en los términos señalados no afectaría exclusivamente a los elementos normativos; también respecto de los elementos descriptivos el sujeto debería comprender el sentido del elemento, más allá de la mera percepción sensorial (pp. 320 s., 378).

Para afirmar el conocimiento del elemento en su sentido o significado material auténtico, no haría falta conocer el proceso por el cual concurre el elemento en determinado supuesto, ni tampoco las reglas constitutivas –esto es, los presupuestos normativos– en virtud de las cuales tal elemento adquiere su sentido. Lo único que debería conocer el sujeto es el propio elemento (p. 378). Así, «al igual que para afirmar el dolo de homicidio no necesito conocer los procesos biológicos y genéticos en virtud de los cuales aquello sobre lo que disparo se convirtió en una persona, tampoco necesito conocer las normas del Derecho civil sobre adquisición y pérdida de la propiedad para actuar con dolo de hurto. Pero tampoco basta que conozca los extremos anteriores si no conozco la concurrencia del sentido, pues entonces estaré conociendo determinados presupuestos de la concurrencia de elementos del tipo (que hubo una donación, que la propiedad se adquiere de esta o la otra forma), pero no el presupuesto de la prohibición (que la cosa es ajena)» (p. 379). No obstante, el hecho de que no se requiera el conocimiento respecto de estas circunstancias no significaría que el error sobre los mismos no tuviera ningún efecto: la pena del delito doloso se vería asimismo excluida cuando la falsa representación llevara al autor a errar acerca de la concurrencia en el hecho del elemento en todo su sentido o significado material auténtico. Así, por ejemplo, un sujeto podría desconocer que la cosa no le pertenece por no recordar que la donó –y ello aunque conozca que la donación es una

de las formas de transmisión de la propiedad– (pp. 379 s.). Por último, este autor señala que no sería necesario que el sujeto sepa que los datos que conoce son precisamente aquellos que se corresponden con el sentido o significado material auténtico del elemento: para afirmar la responsabilidad dolosa bastaría con el conocimiento por parte del sujeto de que la cosa no le pertenece, aunque no piense que la cosa pertenece a otro o no reflexione acerca del término cosa «ajena» (p. 380).

## VI

Tampoco el denominado error de subsunción, que este autor define como «el error que, sin afectar al conocimiento por parte del sujeto de la concurrencia en el hecho del elemento típico en todo su sentido o significado material auténtico, sufre el sujeto en relación con el significado de un concepto que el tipo utiliza para denominar o describir un elemento típico», excluiría la responsabilidad dolosa (p. 384, con cursiva en el original). Así, actuaría con dolo el que dispara sobre una persona para causarle la muerte, aunque pensara que no lo hace contra «otro», por tratarse de una persona de otra raza o de otro país. Del mismo modo, se reputa dolosa la actuación del que piensa que sólo sería «ajena» la cosa mueble que consta inscrita como tal en un registro público o de aquel que estima que únicamente cabría hablar de documento si la emisión la lleva a cabo un notario (p. 381). Estos errores serían irrelevantes, aunque podrían traer consigo un error de prohibición (p. 382).

## VII

Sobre la base de estas afirmaciones, para Díaz y García Conlledo la constatación del ámbito del conocimiento y del error plantearía dificultades fundamentalmente en tres niveles: 1) en la determinación de los elementos pertenecientes al tipo legal y que, por tanto, han de ser abarcados por el dolo del autor, 2) en la fijación del sentido auténtico de los elementos típicos y 3) en la constatación procesal de lo que conocía el sujeto en el momento de actuar para determinar la concurrencia del error de tipo o de prohibición (pp. 387 ss).

## VIII

En relación con las dificultades señaladas en los dos primeros niveles, se reproducen a continuación algunos de los ejemplos presentados para ilustrar la solución propuesta, escogiéndose aquellos que mayor eco han tenido en la discusión doctrinal.

a) Respecto de las falsedades documentales y, en concreto, en relación con el conocido ejemplo del posavasos, este autor afirma la responsabilidad a título de dolo. Así, considerando que el sentido auténtico de documento en los tipos de falsedades documentales sería el de constituir un «soporte mate-

rial que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica» (art. 26 CP), podría afirmarse que esta circunstancia era conocida por el sujeto dado que sabía que las rayas eran una declaración realizada por el camarero sobre un soporte material –el posavasos– con el objeto de probar el número de cervezas consumidas. Si el sujeto creyera erróneamente que el posavasos con las marcas no era un documento, al no estar expedido por un funcionario público, incurriría, como se ha señalado anteriormente, en un error de subsunción que, en opinión de este autor, no provocaría habitualmente un error de prohibición (a lo sumo cabría apreciar un error sobre la prohibición penal en estos casos) (p. 391).

b) En el marco de los delitos patrimoniales y, en particular, respecto de la referencia al carácter «ajeno» de la cosa, Díaz y García Conlledo analiza varios supuestos. En el caso en el que el sujeto pensara que la cosa sólo es ajena cuando la propiedad se encuentra inscrita en un registro público, habría que distinguir si, cuando decide apropiársela, conoce, en definitiva, si es o no «ajena»: así, si creyera que el comprador no es dueño de la cosa hasta que la venta quedara inscrita en un registro público y decidiera quitársela –pensando que la cosa es suya–, el sujeto no conocería el sentido auténtico del elemento, debiendo excluirse la responsabilidad dolosa (la conducta sería impune). Si, por el contrario, el sujeto conociera que la cosa es del comprador, pero pensara erróneamente que no es «ajena» hasta que este la inscriba en el registro, habría que afirmar el dolo (p. 392). Otro supuesto de error sobre este elemento sería aquel que se produce cuando el sujeto toma una cosa perdida –y, por tanto, «ajena»– por una cosa abandonada, que no tendría dueño, realizando el tipo penal de apropiación indebida del art. 253 CP cuando se queda con ella. El objeto del dolo en este caso dependería de la interpretación que se hiciera de la figura delictiva concreta y, en consecuencia, del sentido auténtico que se otorgara al término «cosa perdida». Se trataría de decidir si el conocimiento del dato fáctico de que otra persona ha perdido una cosa debería llevar al sujeto a reconocer la prohibición de quedarse con ella: si se considera que esto es así, el error acerca del carácter ajeno de la cosa no excluiría el dolo en este caso. Con base en una interpretación restrictiva, podría afirmarse, sin embargo que, para reconocer la prohibición de apropiarse de una cosa, no bastaría con saber que la ha perdido alguien, sino que resultaría necesario conocer, además, que «*es de alguien*». En tal caso, el sujeto no conocería la existencia de un «bien perdido» en el sentido de este precepto, apreciándose, por tanto, un error excluyente del dolo (p. 394). El autor no se posiciona, sin embargo, a favor de una u otra opción, si bien señala que la interpretación restrictiva no sería descartable.

c) Por último, y relación con la referencia a «tributo» en el marco del delito fiscal del art. 305 CP, Díaz y García Conlledo señala que la posibilidad de eludir el pago de un «tributo» se vería condicionada al conocimiento de la existencia de una deuda tributaria, de manera que el conocimiento de la misma se identificaría con el conocimiento del presupuesto de la prohibición. El error sobre la existencia de la deuda ya sea por desconocimiento del hecho

imponible, ya sea por ignorancia de las normas tributarias, excluiría, por tanto, el dolo (pp. 408 y s.).

## IX

Díaz y García Conlledo reformula, por tanto, la tesis de la doctrina mayoritaria y es precisamente en este punto donde se encuentra la mayor objeción a su propuesta, en tanto en cuanto, en la línea de aquella, se parte de la base de que resulta posible distinguir, por regla general entre los contenidos de conciencia sobre los que recae el error de tipo y el error de prohibición respectivamente. De hecho la dificultad o práctica imposibilidad para llevar a cabo tal delimitación es puesta de manifiesto por el propio autor en diferentes ocasiones en el texto si bien, desde su punto de vista, ello no implicaría reconocer la confusión entre el presupuesto de la prohibición y la prohibición misma. Así, por ejemplo, respecto del ejemplo que acaba de mencionarse relativo al delito de defraudación tributaria, Díaz y García Conlledo reconoce que, quien sabe que tiene una deuda tributaria y, con ello, la obligación de pagar, difícilmente podría ignorar la prohibición de no hacerlo, de manera que, en este ámbito resultarían «prácticamente impensables supuestos de error de prohibición» (pp. 408 ss). Igualmente, respecto del delito de homicidio, el autor señala que un error de prohibición, una vez que se conocen los elementos típicos, resulta «muy inverosímil y, de producirse realmente ese error, seguramente se trataría de un caso de ceguera jurídica» (p. 382).

En cuanto al objeto del dolo en las leyes penales en blanco –cuestión esta que se toca tangencialmente en el análisis del error sobre los elementos normativos–, habría que atender al sentido del tipo penal concreto (p. 430). Parece, por tanto, que, en la línea marcada por *Frisch*, la determinación del objeto del dolo se identifica con una cuestión de concretización de la norma, al margen de la calificación como elemento normativo o tipo penal en blanco. Se produce, en este sentido, y en paralelo con lo que sucede respecto de los elementos normativos, una apertura a la Parte Especial del Derecho penal. En aquellos casos en los que, de la interpretación del tipo, se desprenda que el mismo engloba la existencia de la norma de remisión vuelve a ponerse de manifiesto que «quedará poco hueco para el error de prohibición, pues, una vez conocida por el sujeto la contrariedad de su conducta a la norma de remisión (en caso de no darse habría error de tipo), conocerá necesariamente el carácter prohibido de la misma» (p. 430). Con gran acierto el autor reconoce, sin embargo, un margen de actuación para la falsa representación sobre el carácter *penal* de la norma que se infringe, que disminuiría la culpabilidad del autor (p. 431 en relación con pp. 159 ss).

En este punto, el autor hace patentes sus dudas acerca de si cabe apreciar aquí una «confusión o unificación para estos supuestos de clases de error, lo que significaría conceder un margen de corrección a la teoría del dolo en estos supuestos, o si sucede algo similar a lo señalado en relación con el conocimiento de la deuda tributaria (práctica inseparabilidad del conocimiento del presupuesto de la prohibición del conocimiento de la prohibición

misma)» (pp. 430 s., vid. también p. 432). Estas dudas resultan perfectamente comprensibles, en tanto en cuanto parece tratarse de la misma situación y el efecto sería, en todo caso, el mismo: la imposibilidad de delimitación entre error de tipo y error de prohibición.

## X

Esta circunstancia, que es puesta de respecto de una serie de supuestos por los autores defensores de la mayoritaria teoría de la culpabilidad –entre los que se encuentra Díaz y García Conlledo–, tendría, sin embargo, un alcance mayor. En este sentido, considero que debería invertirse la situación de regla-excepción: los niveles de la tipicidad y de la antijuridicidad se encontrarían más próximos de lo que la mayor parte de los autores estaría dispuesta a reconocer, pudiendo afirmarse que lo habitual sería no poder distinguir entre conocimiento de las circunstancias típicas y conocimiento de la prohibición.

a) Por regla general, los tipos penales se redactan de tal forma que quien comprende lo ocurrido sabe a su vez que se trata de un injusto. El carácter de perturbación social del hecho se haría patente cuando el legislador introduce en el tipo penal elementos con un contenido normativo, entendiendo por tales elementos aquellos que designan hechos sociales que adquieren relevancia desde una perspectiva jurídica (hechos institucionales en la terminología de *Searle*). Así, el conocimiento del hecho social de que la conducta que se lleva a cabo significa «lesionar», «matar», «dañar» o «violar» no podría separarse del conocimiento de que tal conducta es contraria a la norma.

b) No cabría apreciar diferencias respecto de las normas penales que introducen una remisión normativa y, en concreto, respecto de aquellas que se configuran como un tipo penal en blanco. La idea, que goza de aceptación generalizada por parte de los defensores de la teoría de la culpabilidad, de que, a través de la denominada «lectura conjunta», resulta posible sustituir el elemento que introduce la remisión por los elementos de la norma de complemento a fin de obtener el supuesto de hecho concreto contribuiría, sin embargo, a desvirtuar este resultado: el elemento que introduce la remisión en el tipo penal tendría una base normativa. A través de la lectura conjunta de la norma penal y la norma de complemento, la referencia a la norma (extra-penal) quedaría, sin embargo, oculta, desapareciendo así la base normativa contenida en la remisión. Con la sustitución del elemento de la norma penal por el contenido de la norma de complemento se produciría, por tanto, una modificación del tipo penal.

c) En relación con un importante número de delitos, la regulación del error de prohibición resultaría irrelevante: en los supuestos en los que la lectura del tipo penal permita reconocer el significado de injusto del hecho de la conducta, la función de llamada del dolo no podría distinguirse del conocimiento (latente) de la prohibición. Esto sólo sería diferente cuando el sujeto

desconoce la situación fáctica, de manera que no sabe que realiza el tipo penal, o cuando piensa que su conducta se encuentra justificada. El dolo del autor se identifica, por tanto, con el *dolus malus* (en detalle sobre estas cuestiones cfr. *Fakhouri*, 2008, § 13).

d) Respecto de los ejemplos propuestos por el autor a los que se ha hecho referencia anteriormente, como son el delito de falsedad documental y el de defraudación fiscal, se llegan a conclusiones similares con base en argumentaciones aparentemente diferentes: la responsabilidad a título de dolo en relación con el mencionado ejemplo del posavasos únicamente se vería excluida, por ejemplo, cuando el sujeto yerra acerca de los hechos (por ejemplo, piensa que está borrando unas cuentas o unas anotaciones que había hecho previamente en dicho posavasos). El conocimiento del sentido material auténtico, y en particular, el conocimiento –en palabras de Díaz y García Conlledo– de que se está alterando un «soporte material que expresa o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica», no podría distinguirse del conocimiento de que no se encuentra permitido llevar a cabo tal conducta. De este modo, el conocimiento del sentido material que se exige por parte de este autor para la afirmación del dolo no podría separarse, en el supuesto concreto, del conocimiento de la prohibición. El error de subsunción que se produciría si el sujeto pensara erróneamente que el posavasos no constituiría en ningún caso un documento, por ejemplo –y al hilo del supuesto propuesto por el autor–, por no haber sido expedido por un funcionario público, resultarían, también desde la perspectiva defendida aquí, irrelevantes. Para afirmar la responsabilidad dolosa el sujeto no debería conocer qué se entiende, en relación con los delitos contra la propiedad, por «ajeno», o cuál sería el sentido del término «documento» en los delitos de falsedades. Ni siquiera sería necesario, como señala Díaz y García Conlledo, que el sujeto relacionara su hecho con estas palabras (p. 381). Sólo si tal interpretación provocara a su vez un ulterior error acerca del carácter prohibido de la conducta sería un error excluyente del dolo, sobre la base de la solución propuesta (o un error que llevaría a la reducción de la pena del delito doloso, desde la perspectiva de seguida por el autor).

e) En lo que respecta al delito fiscal, este autor se hace eco de la circunstancia de que si el sujeto tiene conocimiento de que ha obtenido unos rendimientos del capital y conoce también que tales rendimientos se encuentran «sujetos a tributación», optando por no declararlos, es consciente de que está evadiendo el pago de impuestos y de que su conducta es antijurídica; sorprendiendo, por tanto, en gran medida la afirmación de que «ello no implicaría la confusión entre el presupuesto de la prohibición (existencia de la deuda tributaria) y la prohibición misma» (pp. 408 ss).

f) En el marco de los delitos contra la propiedad y, concretamente, respecto de la referencia al carácter «ajeno» de la cosa, el conocimiento de esta circunstancia no se identificaría con el conocimiento de conceptos descriptivos, como son las condiciones de adquisición y pérdida de la propiedad. El dolo del autor concurriría cuando sabe de la existencia de normas regulado-



ras de la propiedad que otorgan a una persona el derecho a disponer de la cosa y se lo niegan a los demás. Esta es, en definitiva, la conclusión que se desprende también de las afirmaciones de Díaz y García Conlledo: así, el sujeto que decide apropiarse de la cosa creyendo que el comprador no es dueño de la misma hasta que la venta quede inscrita en el registro desconocería, precisamente, que la cosa es propiedad de otro, lo que no sería otra cosa que saber que está prohibido destruirla, enajenarla o apropiarse de ella sin el consentimiento del propietario.

En relación con el supuesto planteado en que el sujeto se queda con una cosa perdida –y, por tanto, «ajena»–, que toma por una cosa abandonada, realizando el tipo penal de apropiación indebida del 253 CP, se reproduce el mismo esquema. En este caso el autor hace depender el objeto del dolo de la interpretación que se haga de la figura delictiva concreta y, en consecuencia, del sentido auténtico que se otorgue al término «cosa perdida». Así, si el sentido auténtico se identifica con saber que la cosa «es de alguien», el conocimiento de esta circunstancia y el conocimiento de que está prohibido apropiarse de la cosa resultan inescindibles, salvo que cupiera apreciar un error sobre circunstancias fácticas o sobre la situación de justificación. La otra opción planteada por el autor, según la cual el conocimiento del dato fáctico de que otra persona ha perdido una cosa debería llevar al sujeto a reconocer la prohibición de quedarse con ella, no resulta, sin embargo, satisfactoria: en este caso el sujeto no tiene conocimiento del significado de su conducta.

g) La conclusión de estas afirmaciones sería que el sentido material auténtico exigido por Díaz y García Conlledo para la apreciación de la responsabilidad dolosa no podría separarse, en definitiva, de la conciencia de la antijuridicidad, resultando, por tanto, tal criterio insatisfactorio para delimitar entre los contenidos de conciencia sobre los que recaen respectivamente el error de tipo y el error de prohibición. La única delimitación factible en este ámbito sería aquella que separa entre las falsas representaciones sobre circunstancias fácticas y aquellas que recaen sobre la valoración jurídica del hecho, si bien, pese a ello, no se considera recomendable aplicar un tratamiento diferente. Así, y dado que, en definitiva, en ambos casos la consecuencia sería el desconocimiento, por parte del sujeto, del carácter prohibido de la conducta, todos los errores habrían de tener el mismo efecto, como es la exclusión de la responsabilidad penal a título de dolo. El error sobre la prohibición penal tendría, en la línea de la tesis defendida por el autor, el efecto de reducir la pena del delito doloso (en relación con estas conclusiones y con la armonización de esta tesis con la regulación actual del error en el CP español cfr. *Fakhouri*, 2008, § 14.II).

## XI

La última cuestión problemática señalada por Díaz y García Conlledo a la que se hecho referencia anteriormente y que se desprende del tratamiento diferenciado que se otorga al error de tipo y al error sobre la prohibición, es

la relativa a la constatación procesal de lo que el sujeto conocía en el momento de actuar a la hora de determinar la apreciación de error y, en su caso, sobre qué recae (tipo, antijuridicidad). En la línea de lo defendido por *Frisch*, *Puppe* y *Schwegler*, este autor señala que el juez debería lograr una concreción de la norma para el sujeto particular ya que, especialmente en relación con elementos descriptivos complejos y elementos normativos, las diferencias entre el lenguaje técnico y el lenguaje del lego en Derecho serían considerables (p. 389).

El procedimiento propuesto por estos autores para concretar la norma con el objeto de determinar si el sujeto conocía las circunstancias típicas que fundamentan la prohibición presentaría, no obstante, algunas dificultades. Así, y como pone de manifiesto un sector de la doctrina, el sujeto no tendría la necesidad de cooperar en un «juego lingüístico» cuya finalidad sea determinar la concurrencia de su responsabilidad dolosa (por todos *Kindhäuser*, GA 1990, p. 413 nota 19). Este autor se refiere asimismo a la dificultad que supondría para el juez encontrar oraciones equivalentes que resulten comprensibles al sujeto. Además, como reconoce la propia *Puppe* (GA 1990, p. 152), las oraciones que emplea el juez con el objeto de llevar a cabo esta concreción podrían igualmente no ser comprendidas correctamente por el mismo, pudiendo incurrir en un error sobre el concepto (*Begriffsirrtum*). Las diferencias existentes, por regla general, entre el lenguaje (técnico) del juez y el lenguaje (común) del acusado se traducirían en que los conceptos empleados por uno y otro tendrían, en no pocas ocasiones, intensiones diferentes. En relación con esta cuestión, Díaz y García Conlledo afirma que, si bien el método no es la «panacea», el mismo no precisaría ser infalible para ser bueno: el juez debería ser consciente de ese riesgo, debiendo, por tanto, continuar el diálogo con el procesado hasta llegar al convencimiento de que ambos se refieren a lo mismo (p. 351, cfr. asimismo pp. 389 s.). En cuanto a la reserva de *Kindhäuser* en relación con la capacidad del juez para formular oraciones equivalentes, este autor le quita peso, «pues debe presumirse en el juez el conocimiento del sentido exacto del tipo, por lo que no debería resultarle especialmente difícil –dada su formación– ofrecer oraciones que supongan progresivas concreciones del mismo» (p. 351).

YAMILA FAKHOURI GÓMEZ

Doctora por la Universidad Autónoma de Madrid  
Profesora investigadora en la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona

JAVIER BOIX REIG, NICOLÁS GARCÍA RIVAS, CARMEN JUANATEY DORADO, ÁNGELES JAREÑO LEAL, ANTONIO DOVAL PAIS, PAZ LLORIA GARCÍA, ENRIQUE ANARTE BORRALLO, VICENTE GRIMA LIZANDRA Y SARA AGUADO LÓPEZ, dirigidos por JAVIER BOIX REIG: *Derecho penal. Parte especial. Volumen I. La protección penal de los intereses jurídicos personales (Adaptado a las reformas de 2010 del Código penal)*, ed. Iustel, Madrid, 2010.

La editorial Iustel publica, bajo la dirección de Javier Boix Reig, el volumen I de la obra *Derecho penal. Parte especial*, un nuevo estudio de Derecho penal español que está llamado a convertirse en un ejemplar necesario en los estantes de las bibliotecas particulares y universitarias. El libro constituye la culminación de la actividad académica e investigadora conjunta de su director y sus autores, quienes con su publicación facilitan a la comunidad científica, al estudiante universitario y a los profesionales jurídicos un manual básico del Derecho penal español.

Esta obra presenta un estudio profundo de las infracciones penales comprendidas en los Títulos I a XI del Libro segundo del Código penal. Una primera aproximación a su contenido deja claro que en su confección se ha perseguido, no sólo la creación de un material docente que trascienda el concepto tradicional de un manual de referencia para el alumnado, sino también –como ya se ha avanzado– la elaboración de un texto de gran valor para los cuerpos docentes universitarios y también para los profesionales del Derecho, ya que presenta un análisis detallado y completo de los problemas que se presentan en la Parte Especial de Derecho penal, así como de sus posibles y diversas soluciones. La oportunidad de este libro es indudable, pues en él se recogen los cambios legislativos operados por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código penal –en vigor desde el pasado 23 de diciembre–, y las sustanciales modificaciones de los delitos de aborto introducidas por la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo –en vigor desde julio de 2010–.

Su estructura merece ser comentada por lo que incorpora de novedoso. De un lado, el contenido de este primer volumen se ciñe al orden sistemático y valorativo del Código penal e incluye, como su título indica, las lecciones que se refieren a la protección penal de los intereses jurídicos personales. Comprende, por tanto, los delitos de homicidio y sus formas –homicidio doloso e imprudente, asesinato, inducción, cooperación al suicidio y eutanasia–; los delitos de aborto; las lesiones y el tráfico de órganos humanos; las lesiones al feto y los delitos de manipulación genética; los delitos contra la libertad –detenciones ilegales, secuestros, amenazas y coacciones–; la trata de seres humanos; los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales –agresiones sexuales, abusos sexuales, abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, acoso sexual, exhibicionismo y provocación sexual, delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores–; la omisión del deber de socorro; los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y a la inviolabilidad del domicilio –delitos contra la intimidad y los datos persona-

les, allanamiento de morada–; y los delitos contra el honor. De otro lado, con un claro sentido práctico en el ámbito docente, los temas se completan con actividades muy útiles desde el punto de vista del desarrollo del aprendizaje autónomo. Así, se plantean cuestiones para la reflexión sobre la lección previamente expuesta, a través de las cuales se puede realizar una autoevaluación de los conocimientos adquiridos, y que también se erigen en adecuados indicadores de los aspectos más importantes de la lección tratada. También se incluyen al final de las lecciones casos prácticos basados en supuestos reales extraídos de la jurisprudencia, que a su vez contienen una serie de preguntas orientadoras o cuestiones-guía que invitan al lector a meditar sobre los puntos críticos de los hechos expuestos y, por ello, facilitan la resolución del caso.

Esta aportación es innovadora en el panorama de los manuales penales, que acostumbran a separar en obras diferentes el abordaje teórico y el práctico de la materia. Además, tiene como ventajas que estimula eficazmente la reflexión y el espíritu crítico del lector, y al mismo tiempo contribuye a desarrollar sus competencias deductivas, analíticas y argumentativas. Así pues, se puede afirmar que estamos ante una obra acabada, en el sentido de que no se limita a exponer las distintas figuras penales, sino que el estudio y comentario detenido de los tipos se complementa con las tareas propuestas, lo que lo configura como un manual diferente, que va más allá de los compendios o tratados clásicos.

Por otra parte, en la misma línea de conjugar un manual clásico con una obra moderna y adaptada al EEES, este libro presenta en algunas de sus lecciones diagramas, gráficos y/o esquemas que, integrados en el propio texto, sintetizan y ordenan la materia tratada.

En el orden teórico, todos los temas son tratados desde el rigor científico y la riqueza de la investigación, con jurisprudencia y bibliografía seleccionadas, lo que garantiza la calidad de este volumen. La exposición sintética que a continuación se realiza de algunas lecciones –seleccionadas siguiendo como criterio el de los cambios decisivos que introdujo la reforma penal de 2010– constituye un botón de muestra de lo que representa la obra completa. Sin ánimo de agotar los contenidos y las posibilidades que ofrece este libro, se procede a destacar el análisis realizado respecto de algunas materias afectadas por las modificaciones legislativas indicadas anteriormente –concretamente los delitos de aborto, los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y algunos aspectos de los delitos contra la intimidad–, así como el enfoque dado por sus autores:

## I

Los delitos de aborto y los supuestos despenalizadores de la interrupción voluntaria del embarazo han sido objeto de cambios de gran trascendencia. Esta materia de referencia esencial sobre las tendencias político-criminales de un determinado sistema jurídico ha sido abordada de un modo ordenado y dinámico, con un tratamiento profuso de los problemas que suscita. Además

de exponer las posiciones ideológicas que se han gestado en torno a la forma de resolver el conflicto entre la vida humana anterior al nacimiento y la vida, la salud, la dignidad y la libertad de la madre, en la obra se presenta un cuadro completo de la situación positiva precedente, y que es esencial para comprender y valorar la reforma en su justa medida y en toda su amplitud.

Diversas apreciaciones del contenido de esta lección deben ser puestas de manifiesto. Por una parte, la perspectiva histórico-jurídica, combinada certeramente con consideraciones político-criminales sobre la necesidad y justificación del cambio en la regulación, llevan a concluir que el nuevo modelo del sistema del plazo con asesoramiento ha de ser valorado positivamente, pues proporciona una mayor y más clara protección a la vida en formación, compatible con la renuncia general a la prohibición penal del aborto durante la fase inicial de la gestación y, al mismo tiempo, supone un tratamiento más respetuoso del derecho de autodeterminación de la madre.

Por otra parte, las reflexiones sobre los tipos penales conducen a proponer líneas interpretativas y a descubrir carencias y lagunas en la nueva reglamentación. Así, a título de ejemplo, se plantea la duda acerca de si las menores de dieciséis años capaces intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención a la que desean someterse pueden consentir válidamente la interrupción del embarazo. Al respecto, se apoya el reconocimiento de la facultad de estas menores para disponer sobre su propio aborto siempre y cuando posean capacidad natural de juicio y capacidad natural de comprensión para tomar una decisión subjetivamente racional y en consideración a sus propios intereses. También se expone la problemática relativa a la exigencia de que las mujeres de dieciséis y diecisiete años de edad informen a su representante legal sobre su decisión de abortar, y se valora la excepción que se contempla para este deber de información. La opinión emitida al respecto es que cabe la posibilidad de que tal requisito suponga un obstáculo en la consecución de los objetivos perseguidos por el legislador, además de considerar excesivo que se deje en manos del médico encargado de practicar la interrupción del embarazo la valoración acerca del carácter fundado de las alegaciones de la menor en los casos en que cabe prescindir de esta información. Por último, en relación con el nuevo artículo 145 bis del Código penal, se critica la previsión de esta reacción penal para los supuestos de incumplimiento de condiciones o requisitos de la interrupción voluntaria del embarazo permitida por la ley, poniendo de manifiesto que la tipificación de estas conductas puede, en algunos casos, quebrar principios básicos del Derecho penal como el de intervención mínima, el de proporcionalidad y el de lesividad.

## II

La reforma del Código penal de 2010 ha introducido también modificaciones importantes en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales: se procede de nuevo a un incremento de las penas en algunos supuestos –como ya se hizo con las Leyes Orgánicas 11/1999 y 15/2003– y, entre otras novedades

des, se incluye un nuevo Capítulo II bis en el Título VIII, donde se regulan autónomamente los abusos y las agresiones sexuales a menores de trece años. En esta lección se cuestiona la pertinencia, en el orden sistemático, de esta reforma concreta, pues al tratarse de delitos de igual naturaleza que los regulados en los capítulos anteriores y, además, limitarse a constituir figuras agravadas por razón de la edad del sujeto pasivo, deberían haber sido ubicadas en los precedentes capítulos de abusos y agresiones sexuales.

Entrando a valorar las circunstancias específicas de agravación que se contemplan en el artículo 183.4 del Código penal, en su nueva redacción, se critica fundadamente la agravación de prevalimiento de una relación de superioridad o parentesco (artículo 183.4, letra *d*) y se propone una ponderación más exigente de la circunstancia en estos casos. Dado que en esta modalidad delictiva se presume *iuris et de iure* la ausencia de consentimiento, desde la perspectiva del injusto no cabe estimar circunstancias de agravación que, por razón del aprovechamiento de determinadas situaciones, tiendan a disminuir la capacidad de consentir del sujeto pasivo. La apreciación de la agravación en estos términos supondría, por tanto, la posibilidad de infringir el principio *non bis in ídem*. Pero, además, la vulneración de este principio básico del Derecho penal constituye, igualmente, el principal inconveniente para la aplicación de otras dos circunstancias agravantes de nuevo cuño: la puesta en peligro de la vida del menor y el hecho de que la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminales que se dedicaren a la realización de tales actividades –artículo 183.4, letras *e*) y *f*), respectivamente–.

También en este nuevo Capítulo II bis, y para hacer frente a la extensión del empleo de Internet y de las tecnologías de la información y la comunicación con fines sexuales contra menores, el legislador ha regulado el delito conocido internacionalmente como *child grooming* o delito de *cíberacoso* sexual (nuevo artículo 183.bis del texto legal). En la obra este delito recibe la denominación de «Conducta de contacto con el menor para la realización del delito» y en ella se realiza un examen extenso y minucioso del mismo. A partir del estudio detallado de sus aspectos objetivos y subjetivos, se plantean y analizan algunos puntos controvertidos de la previsión legislativa. En concreto se señala que, aun siendo destacable la función de llamada que se pretende con esta tipificación, se corre el riesgo que conlleva toda restricción de medios comisivos y se cuestiona si hubiera sido más adecuado una expresión amplia, comprensiva de cualquier recurso, lo que englobaría igualmente los concretos medios tecnológicos citados en el precepto. En la misma línea, se pone de relieve la incorrección que implica la remisión a los artículos 178 a 183 y 189 del Código penal, mostrando que lo adecuado habría sido referirse al artículo 183 del Código –que es el que sanciona las conductas contra la indemnidad sexual del menor de trece años, a su vez sujeto pasivo del delito de *grooming*– y al artículo 189 del texto legislativo, que regula delitos relacionados con la pornografía infantil. Se apunta, igualmente, una posible laguna legal, pues deberían haberse añadido en la remisión también las conductas relativas a la prostitución de menores (artículos 187 y 198 CP).

Para finalizar con esta materia, en un intento de clarificar la problemática concursal vinculada a esta nueva infracción penal (que remite expresamente al concurso de delitos con la fórmula ya utilizada en otros preceptos del Código: «*sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos*»), se arbitran soluciones de calificación de los distintos supuestos, que comprenden desde la apreciación de un concurso de normas a resolver por el artículo 8.3 del Código penal, en los casos en que se produzca la consumación de los delitos perseguidos subjetivamente por el autor, hasta la consideración de la tentativa para los casos de no consumación de los mismos. En realidad, como acertadamente se señala en la obra, este precepto sólo excepcionalmente tendrá virtualidad propia, lo que implica en cierta medida el carácter simbólico de la disposición.

### III

Con el objetivo de dar cumplimiento a la obligación internacional establecida por la Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo de la Unión Europea, la Ley Orgánica 5/2010 ha incorporado en el artículo 197.3 del Código penal el nuevo delito de intrusión o *hacking*, por el cual se castiga tanto el acceso sin autorización como el mantenimiento ilegítimo dentro de sistemas informáticos, realizados con vulneración de las medidas de seguridad establecidas para impedir tales conductas. En este volumen se sostiene que esta norma es una de las consecuencias de lo que se conviene en denominar –utilizando la terminología literal de la obra– «*escalada del Derecho penal hacia el riesgo cero*», criticada por ser inútil y contraproducente. El precepto recibe otras severas censuras, tanto respecto de su necesidad técnica, pues estas conductas podrían encontrar acomodo en alguna de las modalidades previstas en el artículo 197.1 CP, como respecto de su idoneidad político-criminal, debido a su escasa eficacia preventiva.

Tras estas consideraciones preliminares, las razonadas propuestas interpretativas de esta figura penal abarcan materias de diversa índole. En primer lugar, tomando como punto de partida que el bien jurídico protegido es la seguridad de los sistemas informáticos, y dada la falta de sustrato material propio que este objeto jurídico comporta, se sugiere dotarlo de contenido a través de la conexión sistemática del hecho típico con la intimidad, elemento nuclear del Título en el que se ubica el ilícito penal (Título X: delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio). En segundo lugar, con el propósito de delimitar las conductas típicas, se presta atención al comportamiento consistente en acceder a los datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático. La conclusión alcanzada, tras plantear diversas soluciones alternativas, es que la opción más aconsejable pasa por considerar que tal *acceso* se equipara a la entrada en el sistema hasta obtener los datos o programas a disposición, pero sin que se requiera el conocimiento de la información que incorporan unos u otros. En tercer lugar, se insiste en la necesidad de que se produzca una efectiva quiebra de las medidas de seguridad establecidas; esto es, que haya una ruptura

real de la reserva puesta por el interesado. La problemática práctica que se vislumbra detrás de esta restricción, según se expone en la obra, será determinar qué medidas de seguridad resultan adecuadas a los efectos de impedir las conductas típicas recogidas en esta disposición. Por último, se sugiere una interpretación restrictiva de las referencias más abiertas que posee el tipo, para no desvincularlas del contenido sustantivo de la tutela que se otorga a los usuarios de los sistemas informáticos.

Para cerrar estas breves notas y consideraciones sobre la estructura, el contenido y las aportaciones de la obra presentada, no queda más que anunciar la pronta presentación del volumen segundo de esta Parte especial del Derecho penal, prometido en la nota previa del libro. En esta nueva obra sería deseable la extensión de la estructura relatada (sistema de casos prácticos, cuestiones relativas al tema y diagramas) a todas las lecciones, constituyendo así la continuidad y el remate idóneos para este trabajo.

NATALIA SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES

Profesor Asociada de Derecho Penal. Universidad de Alicante

CLARA VIARA BALLESTER

Profesor Ayudante de Derecho Penal. Universidad de Alicante

BUENO ARÚS, Francisco: *Terrorismo: Algunas cuestiones pendientes*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2009, 174 pp.

## I

De nuevo el prof. Bueno Arús, en corto espacio de tiempo, nos ofrece otra excelente reflexión acerca de temas penales de radical actualidad y subido interés, como las que vengo reseñando, con sumo gusto y actitud discipular, en esta misma sección en los últimos números del Anuario. Esta vez se trata de su postrera lección magistral, dictada al finalizar el pasado curso, «vieja costumbre universitaria», como el mismo, atendiendo a la tradición, la califica (p. 13), como prof. Ordinario Emérito, en la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia de Comillas (ICADE-Madrid), donde impartió sus amplios conocimientos y desarrolló los mejores años de su magnífica carrera académica, atraída desde sus tiempos jóvenes por el Derecho punitivo, compatibilizada en paralelo con la digna dedicación a la cosa pública.

El acierto de la editorial al publicarla ahora estructurada en forma de libro, apenas un año después de pronunciada, es máximo por la importancia del tema en sí y, desde luego, por servir de merecido homenaje y reconocimiento a uno de nuestros penalistas y penitenciarios, más entregados, relevantes y prestigiosos de la época presente, una etapa generacional de grandes y honorables maestros (Enrique Gimbernat, Manuel Cobo del Rosal, Juan Córdoba, José Cerezo, Gonzalo Rodríguez Mourullo o Ángel



Torío) que también con él se cierra. Si alguna vez Paco Bueno se coloca delante del espejo de su vida y, sin fantasmas y de verdad, quiere mirarse con detenimiento, la imagen que en el verá reflejada será la de un profesor vocacional y una persona de comportamiento modesto, figura menuda pero grande humanamente, entrañable, cultísima y, desde luego, eminente intelectualmente, que ha servido, como pocos, de manera inmensa y generosa a su país y a nuestra ciencia penal.

Advierto en mi querido y viejo amigo y estimadísimo colega dos estados de ánimo en la presente obra, lógicos por otra parte. En lo que denomina, a manera de prólogo, «envío» (espec. pp. 13 y 14), es fácil detectar una cierta melancólica emoción por el adiós a las aulas y a los modestos despachos, fructífera entrega docente e investigadora que le ha acompañado durante más de cuarenta años. De otra parte, a partir de estas primeras y sentidas páginas, yo diría que el autor se repone, se transforma y nos enseña –deseo fervientemente que no sea por última vez– su ejemplar concepción del Derecho penal y con los profundos conocimientos a los que nos tiene acostumbrados. Esta obra es pues necesaria para alcanzar a comprender a Paco Bueno al llegar al final de su andadura como modélico enseñante. En primer lugar, por compendiar en un esbozo sus sentimientos íntimos en momento tan delicado de su valiosa vida universitaria y, en segundo término, por confirmar como sabe mantener en ella sus firmes opiniones humanistas, que le han acompañado siempre, hasta sus consecuencias últimas en tema tan delicado y dado a la sencilla demagogia, incompatible con su forma de ser y de concebir y explicar el Derecho.

## II

Ocupándome ya del libro, el prof. Bueno Arús se ha adentrado en una materia no especialmente abordada por nuestra ciencia. Sea por la especialización de su contenido, sea por el compromiso que significa el tratarla con estricta seriedad, no es asunto intelectual que se repita con frecuencia en monografías o artículos, salvo lo escrito por autores muy contados (así, los profesores Esteban Mestre o Carmen Lamarca) que han quedado como conocidas obras de referencia. Además, es temática ingrata por excelencia pues, si se hace con rigor, ha de tomarse partido muchas de las veces, no bastando con la mera descripción aséptica; es decir, es preciso llegar a identificarse con la mayoría de las soluciones legales que se ofrecen para la misma y la compleja problemática planteada, en muchas de las ocasiones, criticadas duramente por un sector de los colegas universitarios.

Las cuestiones a las que se refiere Paco Bueno en su libro, que a su vez le dan nombre, se diluyen en cinco capítulos más un denominado colofón personal. Son aquéllas, compendiando sus enunciados, las que atañen a los diversos órdenes normativos que afectan al terrorismo, el problema de la manipulación lingüística, el concepto jurídico de aquél, su regulación legal y, en fin, cómo lo contempla el Derecho internacional; y todo ello arrancando de una precisa y certera manifestación, claramente orientativa, que sitúa y

determina su posición ante el estudio al que nos enfrentamos: «el terrorismo constituye seguramente el problema más grave que hoy tiene planteada la lucha de los Estados y las Naciones contra la criminalidad» (p. 17).

Es el primer breve apartado donde se identifica la base y se detecta la esencia que marca el pensamiento del gran jurista que siempre fue el autor. Al analizar la influencia de la moral y de la política en el Derecho, se inclina por aceptar en éste una dosis razonable de la primera, interpretada como ética social (p. 18), señalando lo que de perturbadora significa la intrusión de la segunda en el mismo que, sin embargo, impregna muchas de las normas, aspecto críticamente abordado por el prof. Bueno Arús (p. 29). Y tiene razón, pues una cosa es el razonable reflejo del criterio político dominante en la formación de las leyes, de ahí las mayorías parlamentarias, y otra el tacharlas, sin defensa argumentativa posible ni excusa, de entregadas al sectario momento concreto, lo que es rechazable, sabiendo que van a derogarse o, en todo caso, reformarse de inmediato cuando se produzca el turno de gobierno.

En el siguiente capítulo, el segundo, Paco Bueno aborda una materia no muy vista en la manifestación del pensamiento de los hombres de Derecho. Se trata de lo que denomina, con acierto, «el terrorismo lingüístico» (pp. 39 ss.), o sea la manipulación del lenguaje que se viene a utilizar por algunos cuando se mencionan, enmascarándolos, aquellos hechos criminales. Y a mí esta novedad me parece uno de los mayores logros del texto que se nos ofrece.

En efecto, uno de los apoyos máximos que el terrorismo puede lograr es, precisamente, el penetrar en el tejido de la sociedad como una actividad política más, con su propia nomenclatura, que se va aceptando sin reparo alguno en la política, los medios y en la calle. De ello nos habla el prof. Bueno Arús con redoblada energía. Comienza así sentando una serie de postulados, relativos al trato habitual dado por algunas voces a este grave fenómeno delictivo, consistente en entender su origen como significativamente político que «únicamente puede ser encauzado dándole un tratamiento y una solución políticos» (p. 45). A partir de aquí, articula ciertos postulados perniciosos de esta tendencia que enérgicamente rechaza y que se pueden resumir en máximas concretas, que sirven de coartada a esas opiniones nefastas, tales como lo político no es jurídico y como tal debe ser tratado y resuelto en aquél terreno y por los profesionales de la política; la solución punitiva que ofrece el Derecho puede renunciarse según conveniencia y, en fin, quien estorbe esta concepción es un manifiesto antidemócrata (pp. 46 ss.).

A continuación, en el epígrafe que titula «el terrorismo y el lenguaje político» (pp. 54 ss.), Bueno Arús recoge expresiones que tratan de enmascarar la verdad del contenido de este incuestionable acto criminal. Así, nos recuerda cómo el supuesto diálogo o las pretendidas negociaciones con la banda se llevan a un plano de igualdad con el Estado, se califican de impuesto revolucionario los vulgares atracos, se resta importancia, «simples travesuras» las llamadas Arzallus (p. 55), a los graves atentados de los también denominados «chavales de la gasolina» o, lo que es peor, se acepta esta terminología en los foros públicos que se expresa, entre otras formas, con frases y comunicados donde apare-

cen conceptos o vocablos inapropiados como «lucha armada, armisticio, estrategia, táctica, comando, tregua o alto el fuego» (p. 57) y ello se hace por cualquier dirigente, pasando así al uso vulgar o corriente.

Coincido totalmente —es difícil no hacerlo— con Paco Bueno. Me ocupé hace algún tiempo de este tema en unas Jornadas sobre las víctimas en mi Universidad y, porque me preocupaba, afronté, precisamente, esta materia.

El cinismo de este nuevo bautismo de palabras y significados que se apodera de los proetarras y tratan de imponer determinados políticos nacionalistas que les apoyan o de los que se sirven, de manera especial cuando gobernaban su Comunidad, verdaderamente no tiene nombre. La desvergüenza surge por doquier. Da igual que un lendakari hable de los terroristas como «los chicos presos», cuando lo estaban en mi etapa de Director General de Instituciones Penitenciarias en el establecimiento de Soria, pidiendo encima explicaciones por el traslado a esta prisión desde las del País Vasco; que diputados y otros personajes relevantes vascos hablen del «conflicto» para referirse al terrorismo que asola aquella zona de España; que la «provocación» sea siempre las de la Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado al detener, cumpliendo con su deber, a los miembros de las bandas; que estos asesinos se encuentren «secuestrados» en vez de cumpliendo legalmente su correspondiente y justa condena o, por fin, que la culpa del «enfrentamiento» recaiga en el gobierno por no sentarse a negociar, con las cartas marcadas por aquéllos, con sus dirigentes más relevantes, calificados de «interlocutores» como si de un tratado de pacificación entre sociedades soberanas se tratara.

Por eso, estas páginas finales del trascendente capítulo II del prof. Bueno Arús me satisfacen especialmente. Porque sigue demostrando que es la persona valiente y el penalista responsable que no admite gato por liebre y del que siempre me siento cercano. Y en lo que a mí respecta, después de haber vivido directamente este tema y haber pasado tanto, me reconfortan y afirman, porque es imposible que absuelva a los protagonistas de esta dañina tendencia y que las mendaces voces y los falsos ecos me engañen.

### III

Los apartados tres y cuatro son los más técnico-jurídicos de la obra del prof. Bueno Arús, surgiendo entre sus párrafos el penalista de raza. En efecto, en el primero de los citados trata del concepto y la naturaleza sustantiva del terrorismo y en el otro, el cuarto, de su reflejo en la dispar legislación española y de su personal apreciación como una de las facetas del hoy designado como derecho penal del enemigo

Parte el autor de la imposibilidad legal de la definición del terrorismo, debiendo deducirse del bien protegido y de la modalidad de acción desarrollada por el delincuente (p. 61), aspectos que encuentra en el análisis de los preceptos del vigente Código penal que tipifican estos delitos (arts. 571 ss.) que, al decir de Bueno Arús, sientan tres premisas conceptuales: es la primera, que han de ser cometidos por organizaciones o bandas armadas; la segunda, presentar el fin de subvertir el orden constitucional y alterar grave-

mente la paz pública –como textualmente dice la ley– y, en fin, la tercera, el estar encaminados a causar terror en una población o un colectivo determinado (pp. 63 ss.). Las presentes características le separan del delito político, en la línea actual de los ordenamientos comparados y la regulación internacional, sin perjuicio de países excepcionalmente reticentes a esta diferenciación cuando se trata de España, citando el caso intolerable de Bélgica (p. 80) que el paso de los años y las salvajadas del grupo terrorista vasco que, en ocasiones, ampara, no parece le hayan servido de nada ni hecho mella. Para que no quepa duda, en el capítulo relativo a la problemática internacional del terrorismo, Paco Bueno nos dice, con toda razón, que de no estar expresamente tipificadas tendrían estas actuaciones la consideración de crímenes de «lesa humanidad» (p. 123) siendo, en consecuencia, «delito imprescriptible» (p. 124), adelantándose así a las previsiones del Anteproyecto de reforma del Código penal, de 14 de noviembre de 2008.

Al hablar del Derecho penal del enemigo, el prof. Bueno Arús inicia su brillante reflexión proclamando tajantemente dos cosas, una afirmativa y otra negativa, para mí también, incontrovertibles: que la legislación antiterrorista cuando se promulga se puede calificar de excepcional o de emergencia y que no debe identificarse con aquél moderno concepto ni entran en el mismo (p. 87), sin perjuicio de que las postreras reformas endurecedoras, contenidas en la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, suponen «unos cuantos rasgos propios del llamado Derecho penal del enemigo» (p. 91). De seguido, cuidadosamente estudiadas y compendiadas, se traen al texto una serie de especialidades de nuestra normativa en referencia a este asunto, tanto las que atienden al mayor rigor de las penas, al concurso de delitos y la sentencia *Parot* o a la atenuante privilegiada del arrepentimiento activo, donde «el legislador va a por todas» (p. 95), recordándonos en exégesis impecable que si tal no se produce, por imperio legal no entra en juego la finalidad rehabilitadora de la pena (p. 96) que a su vez, como se sabe, determina todos los posibles y restringidos beneficios penitenciarios de los condenados por delitos de terrorismo.

Continúa Paco Bueno su discurso, concluyendo el presente apartado IV, con una importante manifestación, siempre de actualidad porque los proetarras la hacen recurrente, en lo que hace al tema de la concentración o dispersión carcelaria de los presos terroristas. Como buen conocedor de una Ley que ayudó a elaborar y a poner en marcha, la General Penitenciaria –que fue escrita con rotunda precisión a este respecto– sentencia con autoridad y certeza que no existe en el art. 12.2 «un derecho subjetivo» a cumplir la pena en un establecimiento penitenciario cercano al domicilio del recluso; el evitar el desarraigo social de los penados, que menciona la norma, es una mera «declaración de principios», no un derecho fundamental (p. 100), formulado como se sabe, además, en el modo facultativo del verbo: «se procurará», no en imperativo, del que se cuidó muy mucho y bien el legislador. Idéntico criterio entiendo que hay que aplicar a la interpretación del arraigo en el entorno familiar, citado en el art. 191.2 del Reglamento Penitenciario de 1996, cuando se refiere a la localización de los establecimientos psiquiátricos, y con la misma forma modal del verbo en potestativo.

Y se acaban estos capítulos con una aportación, verdaderamente sabia, acerca de la responsabilidad de los menores de edad por los delitos de terrorismo (pp. 112 ss.), donde aprovecha el prof. Bueno Arús para denunciar, con inevitable tristeza, el cambio operado con el actual sentido de esta legislación, que nació pensando en el interés correccional del menor y ahora se ha transformado en «un sistema penal bis.» (p. 117). Que sea lógico que el autor se identifique con la primera orientación, que hizo suya, no ofrece dudas. Fundamental inspirador de la norma original, en sus últimos años de alto cargo de Justicia en el anterior gobierno del Partido Popular, es claro que en ocasiones le ha inundado una frustración por la buena obra ahora deformada y la falta de reconocimiento a aquella sacrificada tarea. Pero la expresión de la misma en el presente libro no puede ser más medida y elegante.

Un colofón personal, en el que destaca su propuesta de un Derecho penal de dos velocidades distinguiendo al respecto una delincuencia, «por necesidad» merecedora de ayuda y otra, «por soberbia», acreedora del castigo (p. 136), entre la que, sin duda, se encuentra el terrorismo y un repertorio bibliográfico superior (pp. 147 ss.), que cubre toda la información posible directamente relacionada con el tema, dedicada al interesado lector que desee profundizar en cuantas investigaciones procedentes se quieran acometer, ponen punto final a esta meritoria monografía que, como fervientemente recomiendo, merece no solo ser leída sino especialmente meditada y tenida en cuenta.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático de Derecho Penal Universidad de Alcalá

CANCIO MELIÁ, Manuel: *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Reus. Madrid, 2010, 326 pp.

## I

La escasa bibliografía reciente sobre el terrorismo en el Derecho punitivo de nuestro país –de la que doy parcial cuenta en esta misma sección– se enriquece ahora, de manera indudable, con la presente publicación, esperada desde hace algún tiempo. No en balde tuvo su origen en la excelente lección de habilitación de cátedra de Derecho penal de su autor, impartida tres años antes de ver ahora la luz. El prof. Cancio Meliá, catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, es uno de los más brillantes penalistas que acceden al máximo escalafón de la docencia en los últimos tiempos y su estudio, un hito. De hecho, entiendo que su importante trabajo enlaza con el lejano (1987) de mi muy querido discípulo, el prof. Esteban Mestre Delgado, catedrático de Alcalá, también de referencia sobre esta misma temática; y es que, según mi criterio, ambos respetados colegas, al respecto, se alzan hoy como los especialistas más destacados de su generación en nuestra asignatura.

La actual obra es muestra de la constante preocupación de Cancio por las materias más relevantes de la disciplina punitiva. Así, se ha ocupado, entre otras, con anterioridad, en la Parte General, con todo rigor, de la imputación objetiva y, en la política criminal, del Derecho penal del enemigo, los dos temas dificultosos, merecedores siempre de aclaración e innovadores de la dogmática penal. En la misma línea de alto compromiso con lo interesante y digno de atención se sitúa el texto que ahora recensiono.

No puedo dejar pasar la ocasión, a la vista de esta excelente aportación, de criticar la actual imposición oficial de la valoración del mérito y la competencia del profesorado de la enseñanza superior. Aquéllos ya no se miden por la entidad de sus publicaciones y el reconocimiento de sus colegas –como acontece en este caso– que es lo que la lógica impone y otorga un sincero prestigio, sino por agencias gubernamentales, absolutamente burocratizadas que, si poco entienden, menos lo hacen con la materia jurídica, pues sus mayoritarios criterios calificadores están pensados prácticamente para otras disciplinas. Ello tiene un gravísimo y pernicioso efecto.

En efecto, el profesor novel –y el no ya tan joven– se esfuerza en adecuar su currículo, no a su vocación estudiosa y trabajadora, a la especialidad necesaria para impartir las mejores lecciones posibles, sino en que su expediente agrade, mediante la realización de proyectos de investigación colectivos, presentación de ponencias en power point –que, al parecer, valen más que por escrito– y el sometimiento a cursos extraños e inservibles, de lenguaje forzado, a los examinadores silenciosos, lejanos y distantes, que son los que otorgan las acreditaciones de promoción académica o los sexenios económicos, distorsionando de esta forma su necesaria dedicación a ampliar su capacidad docente e investigadora, pues la verdadera tarea universitaria del profesor no es perder ese valioso tiempo recopilando desesperadamente certificaciones; tiene otros fines más superiores y que son, por este orden, dar buenas clases, atender a los alumnos y escribir con autoridad. Si además su pensamiento enriquece la ciencia penal patria, como sucede con la obra de Cancio, la misión está plenamente realizada.

Excusado es decir, en cuanto a mí concierne, catedrático desde hace veinticinco años, con la consiguiente, abundante y contrastada producción bibliográfica y autor de la Ley General Penitenciaria o partícipe, con tres diferentes Gobiernos, en alguna de las disposiciones penales más trascendentes de este país, que las páginas que resumen mi dedicación continuada, pasada y presente, al estudio y a la Universidad, que ha sido mi Julieta, no voy a permitir que sean valoradas –es decir, minusvaloradas– y evaluadas –o sea, devaluadas– en procedimiento opaco por quienes, pienso honestamente, no están capacitados para efectuarlo. A la hora de superar las dos necesarias y preceptivas oposiciones, las adjuntías y la cátedra –las de antes– lo hice sometido al veredicto de Tribunales formados por auténticos especialistas en la materia, algunos ciertamente reconocidos maestros. Ya he tenido bastante. Y lo que sigo a mi ritmo y voluntad publicando, no necesita del placet de nadie ajeno a mi asignatura o que han llegado a ella después que yo. Parafraseando la cita evangélica de hace más de dos mil años, mi mundo no es de este reino.

## II

Volviendo al texto del que actualmente me ocupo, manifiesto de una forma convencida su total validez y oportunidad, sin precisar que nadie convalide su mérito en desbaratada reunión pseudoexaminadora. Globalmente se trata de una reflexión más que adecuada de uno de los apartados de la Parte Especial del Derecho penal más necesitados de análisis técnico, precisamente como el que aquí se ofrece, lejos de unitarias perspectivas criminológicas o sociológicas que, en este supuesto, no vienen a cuento.

Entrando ya en la obra, pienso que la monografía de Cancio Meliá presenta dos partes bien diferenciadas: la referida a cuestiones conceptuales y ontológicas del terrorismo (pp. 17 ss.) y la que atiende al estudio de los tipos delictivos concretos en nuestro Código penal (pp. 199 ss.). La primera se desarrolla en los apartados 1º y 2º y la segunda en el 3º. Ambas podían haberse configurado como escritos independientes, tal es su entidad; pero la presentación conjunta enriquece y eleva a la categoría de referente el total del empeño, si bien ha de anotarse, desde el primer momento, que el análisis de esta legislación no es completa pues faltan figuras procesales, penológicas y, desde luego, penitenciarias que, por elección sin duda muy pensada del autor, como el mismo proclama (pp. 83 y 84), no han sido tenidas en cuenta al excluirlas voluntariamente del objeto de su relevante estudio. El conocer la valiosa opinión del prof. de la Autónoma de Madrid a este respecto hubiera sido, sin lugar a dudas, más que importante.

Desde el punto de vista técnico-jurídico preocupan a Cancio algunos asuntos muy específicos. Son estos, entre otros, los referidos al adelantamiento preventivo de las conductas terroristas, su tratamiento represivo desde el punto de vista estatal, la imprecisión del concepto delictivo mismo o el estudio detenido de las bandas armadas. Todos ellos se localizan en los dos primeros capítulos.

La problemática de superior relevancia para los serios analistas del fenómeno –y Cancio Meliá lo es en grado extremo– se centra en especificar si la actuación legislativa del Estado ha de partir de la base de entender al terrorista como un adversario del sistema, a cuyas actuaciones criminales han destinarse unos métodos normativos, policiales, judiciales y carcelarios excepcionales, lo que el autor encuadra en el «Derecho penal del enemigo» (p. 8), medios que pueden cuestionarse pues lindan con la legalidad democrática. Es decir, si estos reos están, si no al margen del ordenamiento, tratados muy desigual e injustamente respecto a otros peligrosos delincuentes. Y claro es, si ello tiene justificación precisa y defendible. En mi criterio, este es el *quid* determinante de la cuestión de donde todo ha de partir.

## III

La doctrina penal española especializada y, desde luego, Cancio entre ella (pp. 31 ss.), ha hablado con continuidad, en líneas generales, del carácter simbólico de las leyes antiterroristas. Pienso con los mayoritarios autores que

las sucesivas reformas, que endurecen siempre el texto legal originario, no tienen tiempo de asentarse ni probar su eficacia. El populismo, excitado tras terribles atentados, exige al gobernante y al que pretende serlo que, en vez de explicar con convicción el evidente rigor del sistema, su soltura para defender a la sociedad y al Estado, se apresure a modificarlo buscando nuevos o extremos rigores punitivos. Esta es la historia reciente de nuestras postreras incorporaciones de instituciones, cada vez más severas, al texto sustantivo o al adjetivo. Otra cosa es que tales alteraciones, periódicamente habituales, sean imprescindibles, por la gravedad de las actuaciones de las organizaciones armadas, con independencia del momento emotivista en que nazcan.

Yo entiendo, y en esto me diferencio de algunas opiniones, que la mayoría de las reformas han contribuido a la progresiva erradicación del terrorismo. Es verdad que son duras, pero no menos cierto es que el número de autores de estos delitos disminuye en la calle y, correlativamente, crece en nuestros centros penitenciarios y su estancia en los mismos se prolonga por más tiempo. De otra parte, no conozco tacha de inconstitucionalidad alguna a la totalidad del régimen aplicado, bien se refiera a la descripción típica de los hechos o a la regla de la acumulación jurídica de los 40 años en los supuestos de concurso real, bien a la ampliación de los plazos de detención policial (5 días) o de incomunicación judicial (13 días) o, en fin, a la clasificación en primer grado penitenciario, con sus subsiguientes y lógicas restricciones. Incluso cuando ha de tratarse del significativo asunto del restrictivo descuento de los posibles beneficios penitenciarios a esta clase de condenados, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de febrero de 2006 (caso Parot), los deduce de la suma total de las condenas impuestas, contribuyendo a la extensión temporal de la permanencia efectiva en prisión.

La polémica existente en la actualidad, desde el punto de vista del Derecho penal democrático, se centra en calificar el conjunto de instrumentos legales aplicables a los terroristas como un permanente y aparente estado de excepción punitivo, procesal y penitenciario o, por el contrario, como el normal para esta clase de delincuencia, teniendo en cuenta sus características diferenciadoras. Y ello se enlazaría con la vigencia o derogación del principio de igualdad constitucional. En tal sentido, pienso que no cabe aquella denominación, con todas sus connotaciones, en lo que respecta a la legislación antiterrorista ni que se produzca quiebra de la necesaria similitud normativa. Lo que sucede es que, precisamente desde la propia Constitución, en cuantiosas reglas internacionales y, desde luego, en el mismo ordenamiento penal nacional, los delitos de terrorismo tienen unas marcadas y especiales características que no se extienden a otras conductas criminales: en primer lugar, se excluyen expresa y literalmente de la categoría de delitos políticos, con la consecuencia de admitirse su extradición como un grave hecho ordinario más; en segundo lugar, son pluriofensivos, es decir un solo hecho, por ejemplo, atentado mediante explosivos, puede alcanzar a varios bienes jurídicos protegidos y de los más principales y, en tercer término, nuestro propio Código penal les otorga un objetivo único y exclusivo, que no poseen las demás actuaciones típicas, que es la afectar a la paz pública y subvertir el orden constitucional. De ahí, la no discriminación de



su regulación global por partir de supuestos diferentes: su muy superior peligrosidad y la extrema importancia del objetivo final que persigue, cual derrocar el sistema democrático.

El prof. Cancio Meliá matiza luego, con buena técnica, alguna de las construcciones legales llevadas a cabo para la tipificación de los hechos referidos a las organizaciones o grupos terroristas y bandas armadas. Lo que cuestiona es la inseguridad jurídica que algunas descripciones ofrecen, incompatibles con el principio de certeza. En especial, señala la anticipación de conductas punibles como motivo esencial de preocupación (pp. 101 ss.). Ello quiere decir que se castigan actuaciones de mera integración, con anterioridad a haberse ocasionado la concreta lesión individual. Ideológicamente, su inquietud es correcta. No obstante, aquí de nuevo surge la excepcionalidad: la política criminal en este campo, adelanta siempre la punibilidad, que no se extingue en la mera pertenencia sino que, en escala ascendente, luego pasa por la colaboración y, en su caso, por el atentado efectivo y real.

Es esta una técnica que, discutible o no, encontramos desde antiguo en nuestro sistema legal. Bien sea con el viejo tipo de la asociación ilícita o ahora con el de integración en grupo terrorista, se ha traído a nuestro texto punitivo este delito formal, sin necesidad de resultados materiales que indudablemente pertenecen a otro estadio delictivo más enérgicamente penado. La postrera reforma de nuestro Código penal, la procurada recientemente por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, continúa actuando del mismo modo al crear un nuevo Capítulo en el Título XXII, referido a las organizaciones y grupos criminales, distintos de los terroristas.

#### IV

Ya he dicho que la segunda parte de la que, en mi criterio, se compone el libro del profesor de la Autónoma madrileña se ocupa de algunas específicas infracciones de terrorismo en el Código penal español. No están todas, solo las que más le inquietan desde un punto de vista dogmático. Entre todas las posibles y dignas de análisis, se encuentran las referidas a la integración en organización terrorista, la colaboración de toda clase con este tipo de bandas criminales, la adhesión o justificación de estas actividades y la figura del terrorista individual. Todas son estudiadas con la profundidad que corresponde a Manuel Cancio.

La primera de las conductas reseñadas no implica necesariamente actuación típica posterior alguna, como bien se dice por el autor (pp. 200 ss.); es decir, no precisa de resultados concretos contra los distintos bienes jurídicos que son atacados por los actos terroristas. Es esta pertenencia a las asociaciones criminales la que se castigaba tradicionalmente en Francia, con independencia del concurso con los delitos que además se causen por sus integrantes. La noticia resumida, actual y acertada que del Derecho comparado nos proporciona el autor (pp. 148 ss.) es esclarecedora.

La pertenencia a grupos terroristas, a la que nos estamos refiriendo, es pues un hecho formal no material de terrorismo; de ahí el que, si no estuviera

tipificado, sería una mera conducta preparatoria. Ahora bien, la participación inactiva o meramente ideal, como la califica Cancio (pp. 209 y 210), que no estimula los fines de la organización, no cabe en el precepto sancionador.

La colaboración es un paso más (pp. 229 ss.). Hay ahora aportación de cualquier tipo (económica, seguimiento de personas, construcción de zulos, entrenamiento) que indudablemente facilitan la realización por otros de los gravísimos hechos. Pero, de nuevo, estos autores no toman parte en la ejecución material del delito de muy superior trascendencia. Es verdad que sus acciones pueden ser necesarias y determinantes para el resultado y, otra vez, si no tuvieran acogimiento en un tipo penal, se tratarían de participaciones criminales, en sus diversos grados, en la del principal. En cuanto a la denominada «colaboración ideológica» o de apoyo de las ideas (pp. 250 ss.), el prof. Cancio Meliá ya se había manifestado en otros trabajos, con justeza y reiteradamente, en contra de su apreciación.

El rechazo a considerar terrorismo las expresiones de respaldo a los terroristas o a sus actos, también figura en el pensamiento del catedrático de la Universidad Autónoma. La razón esgrimida, sin perjuicio de lo éticamente inaceptable de las mismas, con apoyo constitucional, es que no pueden integrarse en aquél actuaciones que, desde luego, son relativas «al» terrorismo, pero no puramente «de» terrorismo (pp. 283 y 285).

Completamente de acuerdo me muestro en la apreciación de Cancio al no concebir, ni ideológica ni técnicamente, la figura típica del terrorista individual (pp. 259 ss.), por ser contraria a la propia definición legal de estos hechos que exige, además de los fines a los que me he referido líneas atrás, el protagonismo de la organización colectiva. De igual modo, muy crítico se expresa el autor con el terrorismo de menores (pp. 287 ss.), incorporado a la última reforma de la ley especial pertinente.

Se acompaña el texto con abundantes referencias jurisprudenciales y notas a pié de página que incuestionablemente lo enriquecen, completándose el libro del prof. Cancio Meliá con una extensa bibliografía (pp. 295 ss.), indispensable por demás para profundizar en el tema objeto de su meditada atención.

Que nos encontramos en presencia de una monografía imprescindible en nuestra literatura científica, no puede ofrecernos duda; tampoco podemos vacilar en cuanto a expresar la gran bondad de la misma en el tratamiento de un tema, el de los delitos de terrorismo, como ya he repetido en alguna oportunidad por escrito, muy poco abordado en España. El tratamiento de las instituciones, basado en la incuestionable autoridad del autor, ha hecho que este estudio ocupe un lugar de privilegio entre las obras relativas a tan trascendente asunto.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático de Derecho Penal Universidad de Alcalá UAH

CÓRDOBA RODA, Juan, y CARCÍA ARÁN, Mercedes (Directores): *Comentarios al Código Penal. Parte General*. Marcial Pons. Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011, 1047 pp.

## I

De nuevo el maestro Juan Córdoba Roda, catedrático de Derecho penal de Barcelona, en unión de su discípula la prof.<sup>a</sup> García Arán, también catedrática de la disciplina en la Autónoma barcelonesa, nos ofrece una obra determinante para el Derecho penal español, referida esta vez a la Parte General de la disciplina, continuación de sus dos tomos de Comentarios a la Especial, aparecida en 2004 y de la que di muy favorable noticia en su día, como no podía ser de otra manera, en esta misma sección del Anuario (I, 2005). Los colaboradores del libro son todos reconocidos profesores Titulares de Universidad (Magaldi, Cugat, Rebollo y Baucells), discípulos de su escuela de Barcelona y, como en el texto anterior, están a la altura del cometido requerido.

En esta ocasión la dirección magistral de Juan Córdoba se ha detenido en los Títulos Preliminar y I del Código penal vigente, es decir los resultantes tras la reforma procurada por la Ley Orgánica 5/2010. Y el análisis del equipo de penalistas es ejemplar por detallado y exacto en sus apreciaciones. Es verdad que se han entregado a la imprenta en los últimos tiempos textos de esta naturaleza, dando a conocer las últimas modificaciones sustantivas, pero también lo es que el presente se acaba de colocar a la cabeza de los mismos.

Como todo comentario legal, se explayan ordenadamente los preceptos, se efectúa la concordancia con la legislación correspondiente, se cita la jurisprudencia respectiva, se manejan las opiniones científicas oportunas y adecuadas y, en fin, lo más importante, se toma postura cuando procede; y es precisamente la adopción de la posición doctrinal lo más valioso, en mi opinión, de lo ofrecido por los autores. Ello es lógico. Toda mi vida académica llevo aprendiendo del prof. Córdoba Roda. Lo hice en mis lejanos comienzos, cuando me indicó sus primeras y ejemplares monografías mi querido maestro, el prof. Gimbernat Ordeig; lo continué realizando al advertir la extraordinaria bondad de sus anotaciones al Maurach y siempre me he detenido en sus excepcionales aportaciones posteriores. Es respeto y el mayor de los reconocimientos han presidido mi actitud intelectual hacia él. Estos Comentarios se suman a mi admiración por el maestro de la Universidad Central.

Prestigiosísimo abogado, lo escrito en esta obra mezcla dogmática y práctica. Se detecta así la doble personalidad del prof. Córdoba, la académica y la letrada. Los renglones, claros y expresivos, que desgranar la mejor comprensión del articulado, piensan igualmente en ambas categorías. Por eso se me antojan distintos y en un plano más elevado a los plasmados en otras publicaciones, en lo que hace a la necesaria unión entre teoría y ejercicio real del Derecho penal. Y de entre las mejores aportaciones quiero destacar, precisamente, las debidas a la autoridad del maestro, tales como el tratamiento

del concepto formal del delito, la imprudencia, la omisión o las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Es fácil advertir aquí su sabia literatura: las citas de autores no se contraen a los más recientes, que también están, sino que se remontan a los clásicos de nuestra ciencia, origen de los conocimientos de mi generación. Esta manera de citar, reseñando el pasado y el presente, es propia de los grandes y Córdoba Roda lo es sin discusión alguna.

## II

El análisis dogmático de las instituciones consolidadas es realmente magnífico. En este sentido, acabo de mencionar que la técnica jurídica que se desvela en el tratamiento de la conducta, la culpabilidad o la omisión es actualizada y digna del mayor encomio. Especialmente son de destacar los comentarios a los artículos 10, 11 y 12 CP, que a tal problemática se refieren (pp. 69 ss.). No reformados últimamente, el asentamiento doctrinal y jurisprudencial permite una exposición reposada y contrastada, que tiene sus incuestionables orígenes en los primeros y todavía referentes comentarios del propio Córdoba y de Rodríguez Mourullo, excepcional obra en dos tomos su Parte General, de principios de la década de los setenta (Barcelona, 1972).

En materia del *iter criminis* se mantiene el pensamiento dogmático tradicional por los autores (pp. 122 ss.). Así, sin necesariamente seguir una terminología que se ha impuesto en nuestra ciencia, que habla de tentativa acabada o inacabada, expresiones gramaticales que no se encuentran en el texto legal (art. 16 CP), pero que, por vía alemana, se han introducido en España, los ejemplos explicativos que se elaboran al respecto son significativos y determinantes para la definitiva comprensión de la temática.

Merece especial detenimiento la exposición de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (pp. 148 ss.). No por sus alteraciones legales experimentadas, que son pocas, sino por la rectitud de su presentación, separando las denominadas genéricas de las específicas según se localicen en los preceptos generales o en los de la Parte Especial. No puede dejar pasarse aquí la cita de la aportación del director de la publicación, Juan Córdoba Roda, en el libro-homenaje a mi querido maestro, el prof. Enrique Gimbernat, sobre la legítima defensa (I, Madrid, 2008). Su eco es perceptible. La autoría también es objeto de profundo estudio. Si algo especialmente me ha interesado ha sido la toma de postura relativa a la solución de la penalidad aplicable al partícipe en los delitos especiales (art. 65.3 CP). Del mismo modo, la aplicación del más amplio arbitrio judicial en los delitos imprudentes, sin sujeción a las reglas penológicas comunes (art. 66.2 CP), es comentado con estricto rigor y acierto (pp. 607 ss. y 637).

El tope de la acumulación jurídica de la pena de prisión, en los casos de concurso real de delitos, hasta los 40 años de cumplimiento efectivo (art. 76.1 CP), preocupa a la ciencia penal. Reforma introducida por la Ley 7/2003, que supuso un claro endurecimiento de cuanta legislación tocó, el vigente texto la mantiene no sin la crítica de un sector de aquélla. En esta línea se manifiesta

el presente libro con argumentos sólidos, calificándose esta modificación legal como el «cenit» de una línea que se distingue por garantizar «la máxima duración y severidad de la prisión» (p. 685). Continuando con la nueva dureza expresada por la ley mencionada, la libertad condicional se somete ahora, entre otras circunstancias taxativas, al arrepentimiento activo de los miembros de organizaciones criminales y terroristas (art. 90.1 CP), lo que también es causa de opinión contraria (pp. 769 y 770).

Los temas referidos a la política criminal contenidos en el Código penal (arts. 80 ss.) merecen el aprobado de los comentaristas (pp. 688 ss.). En efecto, la suspensión o la sustitución de las penas privativas de libertad, auténticos substitutivos penales, se entienden como algo válido para alcanzar los objetivos pretendidos de prevención especial, evitando el internamiento de quienes denotan escasa peligrosidad. Únicamente se pone de manifiesto una cierta confusión en lo relativo a la expulsión de extranjeros (art. 89 CP), asunto continuamente modificado y de bondad nunca lograda de pleno. Por eso, se habla en la obra, con pleno acierto, de regulación legal que ha sufrido «numerosos vaivenes» y esencialmente «contradictoria» con el fenómeno de la inmigración y con los fines de prevención general de la pena (p. 735).

### III

Como línea general, y mezclando en la exposición mi personal opinión con la de los autores, he de decir claramente que no llegan a satisfacer plenamente a los comentaristas algunas de las cosas que encuentran el texto legal, tal y como ha quedado con posterioridad a la reforma de 2010; así, por ejemplo y especialmente, lo referido a la novedad, posiblemente innecesaria, de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (pp. 387 ss.) y lo concerniente a la medida de seguridad de libertad vigilada (pp. 851 ss.). A ello voy a dedicar este apartado, más comprometido en ciertos aspectos, de la recensión.

En cuanto a la primera, la elaboración actual, contenida en el art. 31 bis. CP y en los preceptos que mencionan el confuso catálogo de sus penas y consecuencias accesorias (arts. 33.7, 52.4, 66 bis. y 129), procede del Derecho europeo. Formé parte, junto con otros compañeros de cátedra de distintas Facultades, de la enésima comisión de reforma y actualización del Código penal, en este caso la presidida por el ministro López Aguilar; pues bien, allí ya se empezó a debatir y a santificar, no con la aprobación de todos, lo llevado a la práctica por algunas directivas comunitarias de las que Francia, poseedora de un Derecho penal que jamás nos ha importado, se hizo rápido eco al respecto. De aquellos gestos aprobatorios vienen estos confusos problemas, que no fueron subsanados por las otras dos comisiones nombradas por los titulares ministeriales siguientes.

Tampoco obtiene parabienes la libertad vigilada (arts. 106), segunda referencia citada, fundamentalmente por ser instituto que no cree en la máxima de que la condena se extingue con el total cumplimiento de la pena privativa de libertad, prolongándose la situación de precariedad del liberado

hasta límites, en ocasiones, muy extensos. No es descabellado pensar, como hacen determinados autores, que volvemos a encontrarnos en nuestro sistema penal con una especie de medida predelictual, arrumbada ya al baúl de los peores recuerdos, con una «presunción de peligrosidad» denunciada, con buen y preciso tecnicismo, en estos Comentarios (pp. 860 ss.).

En cambio, la introducción de la atenuante 6ª del art. 21 CP, la dilación extraordinaria en la tramitación del proceso, merece la aprobación (pp. 257 ss.). No se ha hecho otra cosa que recoger la doctrina jurisprudencial que sentaba lo que ahora se ha llevado a la ley. Y si esta innovación es positiva, la redacción del art. 36 CP que contiene el denominado periodo de seguridad y que deroga la redacción dada por la Ley 7/2003, es aún más relevante (pp. 434 ss.). En efecto, la clasificación del penado en tercer grado de tratamiento penitenciario ya utiliza un requisito *erga omnes*, es decir el que exigía superar a los penados los cinco años de condena de prisión, sino que sólo hoy atañe a los autores de determinados graves delitos, restringiéndose el espectro de aplicación. Esta medida es la más adecuada y, precisamente, era la reclamada, con el sentido común que le caracteriza, por Instituciones Penitenciarias desde la anterior modificación ya suprimida.

Disposición dura pero razonable es la contenida en el art. 58 CP acerca del abono de la prisión preventiva (pp. 570 ss.). Expresamente se dice en el texto que nunca se producirá aquél a un mismo periodo de privación de libertad en más de una causa. De igual manera, es fácil encontrar defendible la regulación del comiso, en lo referente a organizaciones criminales y terroristas, presumiendo el origen ilícito de los bienes cuando sean desproporcionados respecto a los ingresos legales del sujeto (art. 127.1 CP), si bien en la presente obra se califica la decisión legal de «inquietante», lo que es muy respetable, reclamándose la carga de la prueba a la acusación (p. 967); como asimismo no hallo reproche en haber extendido la imprescriptibilidad a los delitos de terrorismo y sus penas, que causen la muerte de personas (arts. 131.4 y 133.2 CP).

Por último, en cuanto a la teoría de la interrupción de la prescripción (pp. 1024 ss.), la técnica asumida por el nuevo texto (art. 132. y 3 CP), en esquema, se contrae a admitirla en los supuestos de dirigirse el procedimiento contra la persona indiciariamente responsable del delito o falta, es decir a la que se atribuya su presunta participación en los hechos, no contra el culpable como decía elementalmente el anterior texto.

Cuando repaso lo escrito en el presente libro pienso en sus destinatarios. Es claro que la ciencia penal española y nuestros tribunales han de recibir la obra como agua de mayo. Entre tanto texto de alumnos, de alcance intelectual limitado pero necesarios dado los modernos planes de estudio de la carrera de Derecho, de los que todos somos culpables, estos comentarios son de una sabiduría y profundidad superlativa, ejemplo docente y de aplicación práctica francamente imprescindible.

Los comentaristas han llevado a cabo una tarea modélica. Es evidente que pueden discutirse dialécticamente algunas de sus apreciaciones, pero de lo que no cabe duda es que la presente gran obra, dirigida por los profs. Cór-

doba Roda y García Arán, es una brillante aportación que otorga una luz interpretativa a nuestra Parte General del Derecho penal como pocas en su especie.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático de Derecho Penal Universidad de Alcalá

CUERDA RIEZU, Antonio y JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco (Directores): *Nuevos desafíos del Derecho penal internacional*. Tecnos. Madrid, 2009, 580 pp.

## I

El presente libro tiene su origen, fundamentalmente, en el importante Congreso del mismo título, celebrado en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, en noviembre de hace dos años (p. 11). Los directores de entonces, los profs. de la mencionada Universidad, Antonio Cuerda y Jiménez García, son ahora los de la valiosa obra de conjunto, recopiladora de las interesantes ponencias presentadas entonces, a las que se ha añadido alguna otra aportación meritoria y concordante.

Los autores de este volumen colectivo se dividen entre profesores universitarios y reconocidos especialistas en esta materia, siempre nueva, inteligentemente estructurado por los responsables de la publicación en cuatro partes bien diferenciadas: la regulación del terrorismo y de los crímenes internacionales configuran así las dos primeras; la tercera se refiere al principio de legalidad internacional y la última, a los retos de Europa en el ámbito penal internacional. Componen estos grandes apartados una visión lo más completa posible y actual de la difícil problemática abordada. En la misma se entremezclan estudios propiamente de Derecho penal y otros del ordenamiento internacional, en ocasiones, pero no siempre, relacionándose entre sí. Precisamente de los primeros, por razón de mi especialidad, voy a intentar dar cuenta más detallada que de los segundos, todos, sin embargo, merecedores de cita positiva y favorable reseña.

Mi método de recensionarlos va a consistir en efectuarlo sistemáticamente, destacando sus aportaciones generales, sin caer en el detalle de cada estudio.

El grupo de estudios titulado «La regulación del terrorismo» contiene seis trabajos que, a su vez, pueden dividirse, en mi criterio, en dos bloques: los concretos análisis dogmáticos del mencionado delito y las cuestiones generales de su persecución y el papel de los organismos supranacionales. Comenzando por éstas, Antonio Remiro Brotons, prestigioso catedrático de Derecho internacional de la UAM, en su «Terrorismo internacional, principios agitados» (pp. 17 ss.), de significativo enunciado terminológico, parte de los atentados del 11-S para resolver que, desde entonces, se han convulsio-

nado, en negativo, la mayor parte de las garantías supranacionales y procesales habituales y ordinarias (p. 18).

Y ello se ha efectuado bien invocando el principio de legítima defensa estatal, bien aplicando a los prisioneros de Al Qaida un estatuto carcelario especial. En cuanto al primer tema, Remiro mantiene la exigencia, para justificar la guerra, buscando a Bin Laden, de dos requisitos: un previo y convencional ataque armado y que tal provenga de un Estado, no de un grupo organizado (p. 23), cosas ambas que no han tenido lugar. Por lo que hace al segundo apartado, la alegación estadounidense, en defensa de la lucha emprendida, de no tratarse de conflicto entre partes contratantes, como ampara Ginebra, cae por su peso al haberse producido una ocupación total o parcial de un territorio soberano (p. 39).

Precisamente del combate contra esta organización nos habla Sagrario Morán Blanco, prof.<sup>a</sup> contratada doctora de Derecho internacional y relaciones internacionales de la Universidad Rey Juan Carlos, en su completo artículo «Cooperación multidireccional y combate multidimensional contra la red magrebí de Al Qaida» (pp. 147 ss.), significando entre los atentados que han sido procurados en Europa por dicha asociación criminal los del 11-M madrileños (p. 159). Y sobre la tarea del Consejo de Europa al respecto, escribe M.<sup>a</sup> Ángeles Cano Linares, prof.<sup>a</sup> titular interina de la misma disciplina y Universidad: «La labor del Consejo de Europa en la lucha contra el terrorismo: tres vías de actuación y la necesidad de coordinación de los diferentes Comités implicados» (pp. 123 ss.), siendo tales actuaciones la creación del Comité contra el terrorismo, el de sanciones y el amparado por la Resolución 1.540/2004, sobre armas nucleares, químicas o bacteriológicas (pp. 127 y 128).

El eurodiputado Ignasi Guardans Cambó nos trae a colación la espinosa problemática de las «Entregas extraordinarias, torturas y vuelos de la CIA» (pp. 47 ss.). Aplicado el Parlamento europeo, no sin oposición, a esta temática, Guardans nos da cuenta de cuantas irregularidades se han producido en los traslados de prisioneros de agencias del gobierno de los Estados Unidos, con la colaboración de determinadas naciones del viejo continente. Después de narrarnos los antecedentes de estas prácticas (pp. 53 ss.), se adentra con datos rigurosos en los supuestos de entregas, escalas en aeropuertos españoles (pp. 66 ss.) y existencia de cárceles secretas en Europa bajo control norteamericano (pp. 58 ss.). Como bien dice el autor, sin perjuicio de las posibles responsabilidades penales existentes, lo que no cabe duda es que las autoridades nacionales, entre ellas, para nuestro sonrojo, las españolas, miraban «hacia otro lado (...) absteniéndose de preguntar» (p. 72).

Del estudio técnicopenal de algunos aspectos del delito de terrorismo, en la legislación vigente en nuestro país, se ocupan Manuel Cancio y Victoria García del Blanco.

El prof. Cancio Meliá, catedrático de Derecho penal de la UAM, aborda la intrincada materia de la colaboración con banda armada en su trabajo «Los límites de una regulación maximalista: el delito de colaboración con organización terrorista en el Código penal español» (pp. 73 ss.). Desde su lección



de habilitación se viene ocupando de esto Cancio, señal de la recta preocupación que exhibe al respecto. Luego de unas primeras matizaciones se acerca, con instrumentos dogmáticos, doctrinales y jurisprudenciales, al análisis del art. 576 CP (pp. 79 ss.), meollo de la cuestión, en especial lo referido a la distinción entre la típica colaboración material (pp. 81 ss.) con las finalidades (ideológica) de la organización, concluyendo en la dificultad de la equiparación de ambas conductas (p. 92) cuando no a su clara diferenciación desde el punto de vista de la antijuridicidad.

Entiendo perfectamente la matizada postura del profesor de la Autónoma madrileña. En efecto, la colaboración material o real con las organizaciones terroristas es una estrategia legal, discutible pero admisible, en mi opinión. En vez de acudir a la parte general y sancionar estos hechos como participación criminal en sus diversos grados, el legislador los ha elevado a conductas autónomas, dignas de sanción en la parte especial del Código con un punto de gravedad muy superior a las genéricas. En cambio, la denominada ideológica presenta los consabidos problemas de la punición de la apología y su roce con la libertad de expresión. Aquí pienso que la victimología se ha colado en este tipo penal y en el del art. 578 CP. El enaltecimiento de los hechos criminales y de sus autores, el respaldo formal a sus ideas, hierde más a los agraviados que favorece, en puridad, el delito futuro o ya cometido, si bien es cierto que se está abogando en la actualidad, con reiteración, por la defensa de los perjudicados en todos los aspectos posibles incluido el de su dignidad, gravemente ofendida, a no dudar, por la difusión pública del apoyo a las actividades terroristas y a los miembros de la organización.

La prof.<sup>a</sup> García del Blanco, titular interina de Derecho penal de la Universidad Rey Juan Carlos, habla en este libro colectivo de «La dudosa eficacia de los beneficios premiales por arrepentimiento en terrorismo» (pp. 99 ss.). Su reflexión ataca la inclusión en el art. 579.3 CP de la rebaja sustancial de penas a los arrepentidos (pp. 114 ss.), táctica tomada de las leyes penales especiales italianas y reproducida en otros países de nuestro círculo cultural. Con posterioridad a la exégesis del precepto, la autora concluye en la práctica inaplicación del mismo por la jurisprudencia española, calificando el privilegio de medida estéril (p. 118), extendiendo su crítica a la legislación penitenciaria en este punto preciso (pp. 120 y 121). En apoyo de sus tesis ha desgarnado a lo largo de su investigación una serie de obras doctrinales contrarias al beneficio.

Todo es respetable. Desde luego también la discrepancia. En primer lugar, la atenuante cualificada especial se ha aplicado con fortuna en algunos recientes procesos y, en cuanto al tema penitenciario, la justa dureza con los irreductibles (individualización en primer grado, establecimientos o departamentos especiales) contrasta con la mayor lenidad aplicada razonablemente a quienes pretenden reinserirse, declinando públicamente de su pasado delictivo. Con independencia de inmaculadas opiniones científicas, conozco directamente la realidad del problema y la alta eficacia de infiltrados, topes policiales y arrepentidos en las filas de los asesinos. Como no creo que el argumento del respeto al pretendido criterio de lealtad entre los delincuentes

—que se maneja por muchos— sea superior al efectivo de la defensa de la sociedad, siempre he sostenido que separar, clasificar y dividir es un método válido en asuntos de terrorismo y poco me importa que tal se efectúe en sede sustantiva, procesal o carcelaria.

## II

El segundo gran apartado de esta aportación colectiva se refiere, ya lo he dicho, a «La regulación de los crímenes internacionales». En ella se mezcla diversas cuestiones de gran interés para el jurista. En primer lugar, Jorge Cardona Llorens, catedrático de Derecho internacional de la Universidad de Valencia, se refiere al tema de la tipificación o delimitación competencial de tales delitos en «Los estatutos de los Tribunales penales internacionales y los crímenes internacionales» (pp. 193 ss.). Se parte en la ponencia de dos afirmaciones de relieve y trascendencia que, a su vez, configuran el límite anunciado: cuando se habla de crímenes internacionales lo son los cometidos por particulares, no por Estados; y han de estar determinados específicamente por el Derecho internacional, no por el interno (pp. 194 y 195). A continuación se significa que los hechos punibles mencionados, únicos a los que se dedica y acota el trabajo, son aquellos que se refieren a las agresiones entre países, trata de personas, genocidio, lesa humanidad y guerra (pp. 196 y 197). Al final del artículo el prof. Cardona señala que la tipificación mayoritaria de estos delitos se encuentra en las normas consuetudinarias y convenios particulares, cuya vocación es delimitar la competencia de los Tribunales penales internacionales (p. 202).

La violación del principio de legalidad en esta materia es proclamada por Javier Álvarez García, catedrático de Derecho penal de la madrileña Universidad Carlos III, en «Sobre algunos problemas relativos a la falta de taxatividad en las normas del Estatuto del Tribunal penal internacional» (pp. 205 ss.), especialmente cuando detecta, en la normativa objeto de su trabajo, la existencia de penas indeterminadas o agravadas sin clara concreción, que pueden alcanzar la cadena perpetua incompatible «con el artículo 25.2 CE» (p. 206). De igual modo, acierta el autor cuando afirma la inexistencia de las rotundas exigencias derivadas del principio de «ley estricta y cierta» en la descripción de los delitos (pp. 230 y 231).

Los siguientes estudios se refieren a temas más concretos. El reconocido letrado Leopoldo Torres Boursault nos narra los avatares jurídicos de «El asunto José Couso», que subtitula «La sanción de los crímenes internacionales en los sistemas nacionales y los mecanismos de cooperación» (pp. 237 ss.). No en balde, al haber sido el abogado de la familia del infortunado, conoce bien el asunto de la muerte del periodista español, por el fuego de un carro de combate norteamericano, acontecida en Irak el 8 de abril de 2003. Escrita su aportación antes del reciente archivo definitivo de la causa, el que fue Fiscal General del Estado concluye, premonitoriamente, sentando que si esta circunstancia se produjera —como efectivamente ha tenido lugar— la impunidad «de la muerte de un ciudadano español tendría lugar», con infrac-

ción de nuestra legislación y de los compromisos internacionales por España adquiridos «que gozan de protección universal» (p. 260). La prof.<sup>a</sup> Ropero Carrasco, titular habilitada de Derecho penal de la Universidad Rey Juan Carlos, en «La relación entre la teoría de los Derechos universales del hombre y el Derecho penal más allá de los crímenes internacionales» (pp. 261 ss.) viene a descubrirnos, imaginativamente, como el Derecho internacional también se está erigiendo en salvaguarda de los llamados actualmente derechos de la solidaridad: salud, derechos de los trabajadores o de los emigrantes (pp. 277 ss.). Y la prof.<sup>a</sup> Ruiloba Alvaríño, titular interina de la misma Universidad, pero de Derecho internacional, nos da cuenta pormenorizada del «Protocolo facultativo de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 18 de diciembre de 2002» (pp. 333 ss.), deteniéndose en la exposición pormenorizada de la encomiable labor de la CPT (pp. 351 ss.). Mi discípulo, el prof. Esteban Mestre, catedrático de Derecho penal de la Universidad de Alcalá, ha sido miembro destacado de este organismo en los últimos años y, ciertamente, no veo misión más importante que las visitas e informes a los lugares de encierro a donde alcanza su jurisdicción.

Este bloque se cierra con el artículo de la prof.<sup>a</sup> Marina Sanz-Diez de Ulzurrun, titular interina de Derecho penal de la Universidad organizadora del evento, «El peligro de las palabras. A propósito del delito de apología del genocidio» (pp. 283 ss.), análisis de evidente corte dogmático. Después de un repaso previo a la doctrina del Tribunal Constitucional acerca del tema, se centra en el estudio de la Sentencia 235/2007, de 7 de noviembre, que resuelve sobre la posible inconstitucionalidad del art. 607.2 CP (pp. 310 ss.). El fallo de la resolución concluye con esta tajante tacha en la conducta de quienes «nieguen» el crimen de referencia, siendo perfectamente acorde con la legalidad y merecedora del reproche penal «la difusión de ideas o doctrinas tendentes a justificar un delito de genocidio» (p. 319), excluyendo del tipo «aquellas conductas que impliquen una mera adhesión ideológica» (p. 318) a estas posiciones políticas, amparadas en la libertad de expresión.

El grupo de los cuatro trabajos que siguen se concentran bajo el epígrafe relativo al «principio de legalidad penal internacional», como ya he mencionado con anterioridad. Dos estudios se dedican a este asunto concreto y los otros dos restantes a la traslación en este ámbito de materias constitucionales y procesales.

Magdalena Martín Martínez, prof.<sup>a</sup> titular de Derecho internacional público y relaciones internacionales de la Universidad de Málaga, titula su aportación «La configuración del principio de legalidad en el Derecho internacional contemporáneo» (pp. 371 ss.), que inicia sentando la relativización de aquel postulado en este campo frente a la exigencia rigurosa del mismo en el derecho penal interno (p. 374), particularidad, entre otras, que se continúa detectando en la actualidad, si bien aprecia la autora una dirección de esperanzador acercamiento a los sistemas sustantivos trazada al respecto por la Corte Penal Internacional (p. 389). Sobre el «Principio de legalidad y crímenes internacionales. Luces y sombras en la Sentencia del Tribunal Supremo

en el caso Scilingo» (pp. 391 ss.) trata la prof.<sup>a</sup> Alicia Gil Gil, titular de Derecho penal de la UNED. Relevante especialista en nuestra ciencia penal del delito de genocidio, ha desarrollado su participación en esta obra colectiva tomando la resolución de la Audiencia Nacional, condenatoria del reseñado torturador argentino, en base al nuevo art. 607 bis. CP, y finalizando en la definitiva sentencia del Supremo que la casa, de fecha 1 de octubre de 2007, acudiendo a los tipos penales vigentes en nuestra legislación en el momento de comisión de las conductas delictivas. Las luces que ve Alicia Gil son literalmente estas: rechazo de la aplicación analógica del tipo de genocidio, defensa del principio de legalidad estricto y de la irretroactividad de las penas y, en fin, corrección de «la intolerable mezcla de Códigos penales» efectuado por el Tribunal de instancia (pp. 397 ss.). Las sombras a las que también, como contrapeso de lo anterior, se refiere en el citado título de su trabajo son, fundamentalmente, dos: la debilidad de la prueba y la extensión de la jurisdicción por analogía (pp. 404 ss.).

El prof. Rafael Alcácer Guirao, titular de Derecho penal de la Universidad Rey Juan Carlos y Letrado del Tribunal Constitucional, ha puesto luz en su aportación «El principio de justicia universal en la jurisprudencia española reciente» (pp. 465 ss.) en la que acierta de pleno. La completa recopilación que efectúa de las más trascendentes resoluciones (Tibet, Guatemala, China) le llevan a concluir, en apretado resumen, en dos postulados más que razonables: la legitimidad del ejercicio de esta justicia ha de atenderse a «la extrema gravedad de los delitos», que han de ser los que afectan a «la comunidad internacional», es decir de los que es concedora la Corte Penal Internacional: «genocidio, crimen de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión»; y que esta persecución es obligada, por el Estatuto de Roma, para todos los Estados (p. 487). La correcta propuesta no parece tener eco en el legislador español pues, en trámite de proyecto parlamentario, los partidos mayoritarios van a proponer, incomprensiblemente, que la jurisdicción universal solo alcance cuando existan víctimas nacionales, restringiendo la competencia actual.

Un largo y documentado artículo de Francisco Jiménez García, prof. titular de Derecho internacional y relaciones internacionales, también de la Rey Juan Carlos, y codirector del presente libro, cierra este tercer capítulo. En él se ocupa de la «Tutela judicial efectiva, pilares intergubernamentales de la Unión Europea y Naciones Unidas o viceversa» (pp. 411 ss.).

### III

El apartado IV y último, «Los retos de Europa en el ámbito penal internacional», reúne los siguientes estudios: Álvaro Gil-Robles y Gil-Delgado, «La eficacia de los mecanismos europeos de protección de los Derechos humanos en la lucha antiterrorista. En especial la acción del Comisario para los Derechos humanos del Consejo de Europa» (pp. 491 ss.); Joaquín Huelin Martínez de Velasco, «La jurisprudencia del Tribunal de justicia de las comunidades europeas en materia penal: ¿hacia una comunitarización del tercer

pilar de la unión europea?» (pp. 507 ss.); Antonio Cuerda Riezu, «Los principios de legalidad, doble incriminación e igualdad en la orden europea de detención y entrega» (pp. 541 ss.); y, en fin, Beatriz García Sánchez, «La incidencia del Derecho de la Unión Europea en materia penal sobre los derechos penales nacionales» (pp. 567 ss.).

El artículo del prof. Cuerda, catedrático de Derecho penal de la Universidad Rey Juan Carlos, codirector de ese encuentro y cabeza de la destacada escuela de penalistas del mencionado centro docente, tiene fuste. En el mismo somete a observación crítica la euro-orden, dándonos a conocer primero sus antecedentes y desarrollo jurisprudencial; con posterioridad, y es una de las partes fundamentales de su aportación, limita la actual aplicación de la doble incriminación en el respeto a la soberanía ajena (p. 553) pues, como mantiene gráficamente, «desde la perspectiva del Estado requerido, no tiene sentido ayudar a que otro reprima lo que uno tolera» (p. 552), poniendo como ejemplo imposible y extremo la persecución en España del adulterio. La exposición de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 3 de mayo de 2007, así como otras relativas a su investigación, completa el superior estudio (pp. 547 ss.).

El prof. Álvaro Gil-Robles narra su aleccionadora experiencia personal como Comisario europeo para los Derechos humanos. El ex-Defensor del Pueblo español estaba sobradamente capacitado para el cargo desempeñado y para el fidedigno relato vital y profesional. Sus informes y recomendaciones, que fundamentalmente abarcan la temática del terrorismo, desembocaban en propuestas humanitarias de las que se nos da noticia (p. 504).

El magistrado de nuestro Tribunal Supremo, Joaquín Huelin, describe como se ido forjando la cooperación policial y judicial europea en materia penal (el tercer pilar), significando como la aproximación normativa se está articulando «mediante la aprobación de normas mínimas para la determinación de los elementos constitutivos de los delitos y las penas en la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico de drogas» (p. 509). A continuación, en relación a la materia procesal, nos recuerda el deber exigente para los jueces locales de interpretar las normas de Derecho interno acorde con las decisiones marco (p. 515), deteniéndose, con extensión y detalle, en las garantías procesales de víctimas e inculpados (pp. 516 ss.).

El artículo científico que pone el telón a esta seria obra es el de la prof.<sup>a</sup> García Sánchez, titular interina de Derecho penal de la Universidad Rey Juan Carlos, en el que muestra cómo la influencia del Derecho comunitario en el Derecho penal nacional supone un nuevo enfoque del principio de legalidad (p. 567), no ocultando su preocupación ante supuestos que lo relativizan (pp. 578 y 579), como hemos visto en este mismo libro.

#### IV

No cabe duda que el volumen colectivo del que he dado sucinta cuenta en estas líneas es, en verdad, oportuno. Frente al pensamiento –que no me fue extraño en un principio– de no existir nada menos penal que el Derecho

comunitario, por la idiosincrasia legisladora de cada país, la exposición nos demuestra –convenciéndonos– la necesidad del acercamiento legal global europeo. Es verdad que las leyes punitivas nacionales están pensadas y responden a concretas exigencias particulares, que no pueden obviarse; pero no menos cierto es que las Directivas, nacidas del Parlamento, marcan el camino de la represión unitaria y uniforme, de obligada transcripción en los Códigos penales estatales. Por lo que alcanzo a ver, muchas de aquéllas ya son Derecho positivo en muchas naciones y otras se encuentran en trámite de incorporación, más o menos cercana, dependiendo de la novedad y densidad de su contenido y, en todo caso, de los plazos marcados.

¿Qué ha hecho pues este libro colectivo? Acercarnos esclarecedoramente a toda esta compleja problemática y desde diferentes enfoques. Se suma así, en destacado lugar, a los buenos instrumentos de conocimiento que sobre la materia se vienen produciendo en nuestra ciencia en los últimos años (Bueno Arús, Ollé) adornado, en este caso, con la diversidad de visión, penal e internacional, de los autores que, sin discusión, lo enriquecen. De nuevo, no quiero dejar de alabar la buena tarea directora de los profs. Cuerda y Jiménez García. Su empeño, primero en la realización del Congreso del que trae causa el texto y después en la publicación de las aportaciones, es indudable que ha merecido la pena y se erige como una labor singular, imprescindible para el conocimiento de una temática, como ya he dicho, no especialmente trabajada por los autores. De ahí, mi ferviente recomendación de que este libro sea leído y tenido en cuenta por la comunidad universitaria y por toda la especializada.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático de Derecho penal Universidad de Alcalá

JUANATEY DORADO, Carmen: *Manual de Derecho penitenciario*. Iustel. Madrid, 2011, 237 pp.

## I

En reciente prólogo a la obra del magistrado Carlos Mir Puig, también dedicada al Derecho penitenciario, escribí que escasos eran los manuales o compendios dedicados en la ciencia española moderna a esta trascendental materia y citaba unos cuantos, los más destacables en mi opinión. A ellos se une ahora, por derecho propio, este libro de la prof.<sup>a</sup> Juanatey Dorado, catedrática acreditada de Derecho penal de la Universidad de Alicante.

Como ya vengo de lejos, mirando hacia atrás, puedo seguir diciendo que la temática abordada en este texto sigue siendo deficitaria en nuestra doctrina. Recuerdo cuando mi querido y excepcional maestro, el prof. Enrique Gimbernat, en mis comienzos con él, ya me advertía que de «esto no había cátedras», al insistirle yo que quería dedicarme fundamentalmente al estudio de la penología y de la ejecución penal. Pareciera que aquellas frases reserva-

das se hubieran esparcido. Muy pocos compañeros de mi generación y las siguientes se dedicaron al Derecho penitenciario, únicamente la vigencia en nuestro panorama legal de la Ley Orgánica General Penitencia impulsó los estudios técnicos al respecto. Es aquí donde, indudablemente, encaja la modestamente llamada por la propia autora «pequeña obra» (p. 19) que hoy recensiono que, en realidad y por el contrario a su opinión, se me antoja medida y excelente para los objetivos de obtener un conocimiento cabal de la importante –y cada vez menos abandonada– materia.

Y si trascendente es que nuestros autores se vayan ocupando de este asunto, idéntico valor tiene el que el ordenamiento jurídico penitenciario se vaya introduciendo en nuestras aulas como asignatura optativa y que haya alumnos universitarios que empiecen a estudiar seriamente la pena privativa de libertad, cosa que desde luego se facilita con libros como el presente.

## II

Dividida en catorce breves pero sustanciosas Lecciones, esencialmente descriptivas, la prof.<sup>a</sup> Juanatey nos ofrece todo el panorama del Derecho penitenciario español esencialmente vigente, aunque comience su detallado examen con unos trazos conceptuales e históricos, estos últimos siempre bienvenidos.

La originalidad preside la introducción que nos ofrece. Después de recoger la definición tradicional del Derecho penitenciario (p. 25) y su carácter autónomo, la prof.<sup>a</sup> de Alicante estudia una serie de penas y medidas «cuya ejecución corresponde al Derecho penitenciario» (p. 26) y cuya articulación se integra en el Código penal. Son estas las referidas a los trabajos en beneficio de la comunidad, la responsabilidad personal subsidiaria, la localización permanente, los sustitutivos penales y las medidas de seguridad (pp. 27 ss.). Sistemáticamente la opción es arriesgada. Parte la autora de su concepción –como he recogido textualmente– de ser todo lo anterior materia comprendida en el Derecho penitenciario, cuando podía decirse que lo es de pura ejecución penal y, que al no conllevar alguna de ellas internamiento carcelario, no específicamente penitenciaria. Mas el lugar explicativo de estas formas de cumplimiento de las sanciones criminales que lleva a cabo Carmen Juanatey también puede aceptarse, si bien ampliando coherentemente el concepto «privativas de libertad» a las penas y medidas que no significan ingreso en prisión, aunque sí limitan o restringen aquélla.

La Lección 2 se ocupa de la historia. Es cierto que de manera sucinta y que las grandes referencias de autores como Sanz Delgado se obvian. Pero el capítulo se muestra como una aportación suficiente para situar la evolución de la sanción penitenciaria. Desde la cita de los destacados reformadores (pp. 52 ss.) al recorrido por los clásicos sistemas que dejaron su impronta (pp. 55 ss.), todo se va compaginando para presentar el presente como resultado de un recorrido lógico. Será en la siguiente Lección cuando se presente por la prof.<sup>a</sup> Juanatey «el actual sistema penitenciario español» (pp. 61 ss.). No se mencionan los antecedentes de nuestro país, excepción hecha de la

breve mención antecedente de Montesinos y Arenal (p. 54), ni se recoge nuestra brillante historia penitenciaria del siglo XIX y principios del XX, de donde todo parte. Se centra pues el momento en los orígenes de la vigente Ley penitenciaria, reflejando esquemáticamente (pp. 62 y 63) el tiempo en que personalmente comencé su elaboración desde fuera (enero, 1978), como presidente de su Comisión redactora y presenté el texto y lo defendí en las Cámaras ya desde dentro, como Director General de Instituciones Penitenciarias (1978-1979).

A partir de aquí el apartado se ocupa, con autoridad, de tres temas de relevancia: el sistema adoptado legalmente, el principio resocializador y la relación jurídica penitenciaria o de sujeción especial. El primero se define, siguiendo a la Ley del ramo, como de individualización científica, separado en grados (p. 63); el segundo es reflejo del mandato constitucional (pp. 64 ss.), escrito al unísono con la legislación orgánica y el tercero alcanza un buen y superior desarrollo en la obra (pp. 66 ss.). En efecto, la autora distingue el nacimiento de la misma: el ingreso en prisión; los posibles casos de suspensión, por ejemplo condenas no superiores a 2 años, enfermedad grave, casos de drogodependencia o supuestos de tramitación del indulto particular; la extinción, por determinadas exigencias legales o libertad del encarcelado y, en fin, su contenido, es decir lo que tradicionalmente se ha denominado el estatuto del recluso o conjunto de derechos y deberes que lo conforman, añadiendo inteligentemente la posición de garante del funcionario de instituciones penitenciarias respecto a los internos (p. 81).

La separación de los diversos establecimientos penitenciarios se lleva por Carmen Juanatey a la Lección 4 de su obra (pp. 83 ss.). Recopilando el orden legislativo, Ley y Reglamento, nos presenta una descripción sumaria pero suficiente de la clasificación de centros y sus características concretas de ejecución, sin olvidar ciertas resoluciones judiciales de indudable interés al respecto. Buena conocedora de lo que se trae entre manos, no duda en decir, porque responde a la verdad, que las personas ingresadas en las prisiones de régimen cerrado «representa tan sólo un mínimo del total de la población reclusa» (p. 91). Íntimamente relacionado con el tema tratado, la autora trae a colación de seguido (pp. 101 ss.) los órganos, colectivos e individuales, de la Administración que intervienen en los centros cuales, entre los primeros, el consejo de Dirección, las Juntas de tratamiento y económica-administrativa, los Equipos técnicos y la comisión disciplinaria; y entre los segundos, el director, el subdirector, al administrador y el jefe de servicios. Todos pertenecen a la esencia del mundo penitenciario, muchos de ellos desde antaño, siendo el vigente Reglamento el que ha dictado sus normas de funcionamiento.

### III

A partir de la Lección 6 (pp. 107 ss.), Juanatey no sigue el criterio que podríamos entender como tradicional de presentación del contenido legal. En efecto, no separa globalmente régimen de tratamiento sino que divide aquél en un capítulo relativo a su organización general (ingresos, libertades y traslados)



y, mucho más adelante, nos habla de la materia disciplinaria, tanto en lo referido a los medios coercitivos cuanto al procedimiento de aplicación de las sanciones, que todo ello es puro régimen. En una zona que también consideramos inusual sitúa los beneficios o los permisos de salida, pues parece que nada tienen de tratamiento ni de régimen penitenciario, siendo todo lo contrario. El haber sido la autora tributaria del desordenado esquema reglamentario actual, que rompe la claridad de la Ley en esta materia, es el origen del criterio explicativo adoptado. Centrándome en estos últimos aspectos, al tratamiento penitenciario se dedica la Lección 7, dividiendo la exposición en los fines del mismo, en el ya citado sistema de individualización científica, los grados penitenciarios y las novedades reglamentarias de 1996 más importantes que, con sumo acierto, enumera (pp. 123 ss.): principio de flexibilidad, procedimiento de clasificación inicial, voluntariedad del tratamiento, supuestos de regresión y modelos de intervención para internos preventivos. Como indudable cuarto grado, trata después, de forma suficiente, de la libertad condicional.

Las Lecciones 9 y 10 nos presentan los beneficios y recompensas, así como las salidas temporales del establecimiento. Son aquéllos el adelantamiento de la condicional y el indulto, dedicando unos renglones a la desaparecida redención de penas por el trabajo. El sistema de recompensas se refiere a unos premios tasados que pueden ser concedidos a los internos por una conducta relevante en el centro (pp. 149 ss.). Los permisos de salida, ordinarios y extraordinarios, vienen expuestos a continuación. Destaca de su correcto enunciado el haber recopilado la prof.<sup>a</sup> Juanatey las llamadas tablas «de variables de riesgo» y «de concurrencia de circunstancias particulares» que, razonablemente, maneja Instituciones Penitenciarias para mejor actuar, evaluando así los riesgos de fuga (pp. 166 ss.).

En cuanto a las visitas y comunicaciones de los reclusos (pp. 173 ss.), quiero destacar la reflexión que la autora efectúa de la intervención de las llevadas a cabo con abogado y procurador, caballo de batalla judicial desde el primer instante de la vigencia del artículo 51.2 de la Ley General Penitenciaria (pp. 184 ss.). Todo se contrae al uso de la preposición «y» en la parte final del texto, cuando se refiere a que tales comunicaciones no podrán ser suspendidas o intervenidas, salvo por orden judicial «y» en los supuestos de terrorismo. La prof.<sup>a</sup> Juanatey presenta el estado de la cuestión, los vaivenes del Tribunal Constitucional al respecto, concluyendo con el precepto reglamentario que resuelve indudablemente el asunto (el art. 48.3), al excluir la decisión administrativa de tales posibilidades restrictivas del derecho de defensa y representación. Es claro que es esta la posición que, sin vacilación, debe aceptarse hoy pero no menos diáfana fue mi postura al escribir el texto legal definitivo e interpretarlo después: pensé entonces, cuando el terrorismo asolaba nuestro país y los presos de las bandas y organizaciones armadas recibían instrucciones, mensajes o consignas de alguno de sus letrados, que «en los supuestos de terrorismo» era, no obstante, necesaria la decisión judicial correspondiente, no debiendo el responsable del centro, motu proprio, asumirla. Si el precepto de referencia detrás del «y» hubiera añadido en *todo caso* –y esto es lo que faltó al texto legal para ser inequívoca su postura– o

mantenido la redacción del Proyecto inicial, cambiado en la Ponencia del Congreso, que colocaba una «o» alternativa, no acumulativa, al principio de la frase, cabría tal intervención autónoma y solitaria del Director del centro, dando cuenta posterior al juez competente, así vedada desde un principio.

Dentro del régimen siempre se han incluido temas como la seguridad interior de los establecimientos y el procedimiento disciplinario. A ellos dedica las Lecciones 12 y 13 la prof.<sup>a</sup> Juanatey. De elevado interés se nos presenta lo referido a registros, requisas, cacheos y recuentos (pp. 189 ss.), todo acompañado de la postura judicial sancionadora; en especial, son dignas de consideración las líneas destinadas a la posibilidad, con las máximas garantías, de acudir al desnudo integral (pp. 190 y 191). Y, desde luego, la mención del principio de proporcionalidad (p. 194) como única legitimación del empleo de los medios coercitivos y su correspondiente característica negativa de no constituir una sanción encubierta (p. 195).

El régimen disciplinario penitenciario esta magníficamente abordado. La postrera de las Lecciones citadas se ocupa con amplitud de sus concretos aspectos. Entre ellos, quiero destacar los siguientes: en primer lugar, la enumeración de los principios que lo han de informar; son estos los de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad, el *ne bis in idem* y el derecho de asistencia jurídica (pp. 198 ss.); en segundo término, las fases del proceso sancionador: incoación, instrucción, resolución y recursos (pp. 208 ss.) y, por fin, el completo catálogo de faltas y sanciones disciplinarias, con especial atención al aislamiento celular aplicable en casos muy limitados de evidente agresividad o violencia por parte del interno o cuando éste, reiterada y gravemente, altere la normal convivencia del centro (p. 207).

El libro de la prof.<sup>a</sup> Juanatey Dorado se cierra con la Lección 14, dedicada al juez de vigilancia penitencia. Luego de resaltar la inexistencia de la trascendental figura en nuestro Derecho hasta 1979 (p. 214), se repasan sus atribuciones y funciones, las originarias y las que se van añadiendo en las reformas del Código penal (pp. 215 ss.), concluyéndose con la materia de los recursos contra las decisiones del mencionado órgano jurisdiccional (pp. 224 ss.). No se menciona, sin duda por no haber traspasado la línea de Proyecto de ley (1997), verdaderamente *interruptus*, la normativa reguladora de esta específica temática, nunca aprobada y, prácticamente, arrumbada en un cajón ministerial inexpugnable. La relevancia que tal órgano judicial tiene para la autora, se demuestra en la cantidad de autos de los mismos que la prof.<sup>a</sup> de Alicante va intercalando en los correspondientes lugares adecuados de su libro.

Una cuidada bibliografía (pp. 231 ss.), complemento y referencia de muchas de las cosas sostenidas en el texto, culmina el valioso trabajo de Carmen Juanatey, una obra bien escrita, de fácil acceso para los estudiantes y para los estudiosos, que se viene a sumar, con todo merecimiento, a los ya destacados títulos que pueden encontrarse en nuestra literatura científica dedicada al Derecho penitenciario.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático de Derecho Penal Universidad de Alcalá

## INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

**Temas de interés:** *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* publica trabajos originales sobre cualquier ámbito relativo al Derecho penal y materias afines, tales como Derecho penitenciario, Política criminal, Criminología, Derecho administrativo sancionador o Derecho procesal penal.

**Periodicidad:** Anual.

**Envío de originales.** Los trabajos deberán ser originales e inéditos en España. Se enviarán en lengua castellana, escritos en Microsoft Word o formato compatible, indicando una dirección de correo electrónico de contacto. Deberán remitirse por correo electrónico a una de las dos siguientes direcciones: rafael.alcacer@urjc.es, o carmen.figueroa@uah.es.

**Formato.** Los originales deberán estar escritos a espacio y medio, en letra Times New Roman, formato 12, con páginas numeradas. La extensión total del trabajo oscilará entre 20 y 50 páginas, incluidas notas a pie de páginas, índice y apéndices en su caso. En la primera página se incluirá el título, el nombre del autor y su filiación académica o profesional. El trabajo deberá acompañarse de dos resúmenes de unas 120 palabras, en español y en inglés, así como de un listado de palabras clave, también en los dos idiomas.

Las referencias bibliográficas se citarán del siguiente modo:

- a) *Libros:* RUIZ ANTÓN, L. F., *El agente provocador en Derecho Penal*, Madrid, 1982.
- b) *Revistas:* RUIZ ANTÓN, L. F., «La acción como elemento del delito y la teoría de los actos del habla: cometer delitos con palabras», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988, pp. 5-34.

Si se incluye una bibliografía al final del artículo, las referencias en nota a pie de página se limitarán a incluir el nombre del autor, fecha de publicación (si es un libro) o abreviatura de revista, y número de página. Si no se incluye, la primera mención a la obra bibliográfica en nota a pie de página deberá ser completa, y las sucesivas deberán incluir el número de la nota a pie de página donde la referencia aparece completa.

Los originales que no se atengan a tales especificaciones, podrán ser devueltos a sus autores para su corrección.

**Recensiones.** El *Anuario* acepta recensiones de libros y revistas, que siendo aconsejable una extensión inferior a 10 páginas. La aceptación para su publicación dependerá de la dirección editorial.

**Proceso de admisión y publicación.** Los trabajos remitidos a *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* serán sometidos a la evaluación confidencial de dos expertos ajenos al Consejo de Redacción, de cuya evaluación positiva dependerá la aceptación para su publicación. En caso de no ser admitido, el trabajo se devolverá a su autor, junto con los informes emitidos por los evaluadores. Si los evaluadores propusieran modificaciones al trabajo, el equipo editorial podrá sugerir al autor la introducción de las mismas como condición para su publicación.