

ANUARIO DE DERECHO PENAL
Y CIENCIAS PENALES

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Editado por: Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones)
y Agencia Estatal 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 / 97 / 84

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 LXIV
MMXI**

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

Madrid, 2012

<http://publicacionesoficiales.boe.es>

Es propiedad. Queda hecho el depósito y la
suscripción en el registro que marca la Ley.
Reservados todos los derechos.

NIPO (AEBOE): 007-12-110-1
NIPO (M. de Justicia): 051-12-043-X
ISSN: 0210-3001
Depósito legal: M-126/1958

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avda. Manoteras, 54. 28050 Madrid. 2000

NECROLÓGICA

Hans Joachim Hirsch

(11 de abril de 1929-9 de septiembre de 2011)

Con el fallecimiento de Hans Joachim Hirsch, catedrático primero de la Universidad de Regensburg y, desde 1974 hasta su jubilación en 1994, de la de Colonia, desaparece el último penalista alemán –si prescindimos de Eberhard Struensee con una obra tan sugerente como, desgraciadamente, escasa– ortodoxamente perteneciente a la escuela de Welzel, con lo que, con su muerte, se extiende también –por ausencia de ulteriores representantes– el certificado de defunción del finalismo en su país de origen, no así en otras naciones –especialmente de habla española– donde la teoría final de la acción sigue contando con distinguidos partidarios, tanto entre los penalistas jóvenes como entre los de mayor edad.

El finalismo, en la medida en la que tiene por base la teoría final de la acción, es una doctrina equivocada, porque la tipicidad, que sólo puede concebirse como una primera desvaloración llevada a cabo por el legislador, es imposible que pueda estar integrada sólo por conceptos ontológicos o cuasiontológicos como el de la acción y el de la causalidad, por mucho que –tal como hace la teoría final de la acción en su definitiva configuración– se integre al dolo y a la imprudencia en el tipo subjetivo, ya que seguirán existiendo acciones dolosas e imprudentes causantes del resultado típico cuya atipicidad sólo puede fundamentarse con un criterio normativo por excelencia, como lo es el de la imputación objetiva. Los intentos de Hirsch de tratar de solucionar los problemas a los que da respuesta la teoría de la imputación objetiva con otros criterios divergentes de los que utiliza aquella teoría, por una parte no son convincentes y, por otra, además de dar una respuesta mal fundamentada a algunos de aquellos problemas, dejan otros sin resolver.

En cambio, la teoría del delito elaborada por el finalismo –y a la que se puede llegar con argumentos que no tienen nada que ver con el concepto final de la acción– supone, en mi opinión, la culminación definitiva e insuperable de la sistemática iniciada por Beling y v. Liszt:

los intentos posteriores de modificación de la teoría del delito introducen oscuridad donde se había llegado a la claridad y a la coherencia, y confirman la sentencia de Freud de que «no toda innovación significa un progreso».

Con Hirsch desaparece uno de los grandes de la brillante generación de penalistas alemanes que vivieron el nacionalsocialismo y/o la Segunda Guerra Mundial como niños o adolescentes y que, por consiguiente, tampoco tuvieron que aprender a convivir con la dictadura hitleriana, como tuvieron que hacerlo, con más o menos concesiones, sus maestros: la heroicidad es una admirable virtud que adorna a unos pocos seres humanos capaces de jugarse la vida y la hacienda antes que sacrificar sus principios.

Hirsch irrumpe en la ciencia penal con la publicación de su extraordinaria tesis doctoral sobre *Los elementos negativos del tipo. El error sobre una causa de justificación* (1960), una obra de referencia por mucho que se discrepe de los resultados a los que llega, y un artículo publicado en 1962 en la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, que supone el golpe de gracia para la teoría welzeliana de la adecuación social. Welzel, que acostumbraba a hacer mucho caso a las opiniones de sus discípulos, y tal como había hecho algunos años antes, rectificando, en una ulterior edición de su manual, su posición sobre los delitos de omisión, siguiendo la construcción de Armin Kaufmann, también, en cuanto tiene ocasión de pronunciarse sobre ella –asimismo en una edición de su manual–, recoge las críticas de Hirsch, haciendo desaparecer prácticamente de su sistema el criterio de la adecuación social, que hasta entonces había constituido uno de los pilares de su doctrina.

No me voy a detener mas en la producción científica de Hirsch, centrada fundamentalmente en la Parte General –muy especialmente en las causas de justificación y de exclusión de la culpabilidad, y, más especialmente aún, en el estado de necesidad–, si bien, cuando ha abordado la Parte Especial –por ejemplo, al ocuparse de los delitos contra el honor o de los de lesiones–, lo ha hecho también con la maestría, el rigor y la agudeza que caracterizan todos sus trabajos. Y no me voy a detener, porque prácticamente toda la obra de Hirsch –que también ha sido un colaborador habitual de este «ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES»– está publicada en castellano, ya que, por iniciativa de los profesores Edgardo Alberto Donna y José Cerezo Mir, están en curso de publicación, en la editorial argentina Rubinzal-Culzoni, las *Obras Completas* de Hirsch, habiendo aparecido hasta ahora cinco tomos: el primero en 1999, y el hasta ahora último, el quinto, y casualmente –¡lo que es el destino!–,

dos semanas después del fallecimiento del autor, el 23 de septiembre de 2011.

Para quien quiera conocer a fondo a Hirsch y su obra, me remito al tan completo como cariñoso artículo de Jescheck «Zum Leben und Werk con Hans Joachim Hirsch» (1), y, sobre todo, a la autobiografía de Hirsch, publicada un año antes de su muerte (2), en la que relata, con gran sinceridad y sin dolerle prendas, lo que ha sido su vida y su obra.

De esta breve autobiografía quiero destacar cómo Hirsch expone el trauma que para él –como para muchos otros catedráticos alemanes de su generación– supuso la revolución estudiantil de 1968: Adorno, por ejemplo, falleció, en agosto de 1969, de un ataque al corazón pocos días después de ser calificado de reaccionario por unas estudiantes que, con los pechos al aire, irrumpieron en el aula donde dictaba su clase y de la que tuvo que salir huyendo, y a Roxin trataron de erosionarle el gran predicamento que tenía entre los estudiantes de Göttingen –entre otras razones, porque asistir a una clase de Roxin produce un placer semejante al de escuchar una sinfonía de Brahms–, calificándole los revoltosos de «lobo con piel de cordero». Y dentro de este contexto, Hirsch refiere lo siguiente (3): «Por lo demás, me sucedió como senador por elección [de la Universidad de Regensburg] el actual Papa, quien entonces era todavía catedrático de la Facultad de Teología Católica de Regensburg. Por consiguiente, y antes de su sucesión como Vicario de Cristo, había sido primero sucesor de mi insignificancia. Por lo demás, es un enigma cómo un asesor progresista del Concilio Vaticano II pudo convertirse, más tarde, en un cardenal de la Curia especialmente conservador. Tengo la impresión de que una explicación plausible de ello lo constituirían sus experiencias personales de la revolución estudiantil».

Mi relación personal con Hirsch ha sido muy estrecha y cariñosa. En 1969 le visité en Regensburg y me dedicó todo el día a mostrarme la imponente ciudad, deteniéndose, especialmente, en la fabulosa biblioteca de Derecho penal que había formado, ya que, a pesar de que la Universidad, de nueva creación, había sido fundada sólo tres años antes, había contado con un presupuesto formidable que permitió comprar bibliotecas privadas enteras –como la del profesor Coenders,

(1) En: *Festschrift für Hans Joachim Hirsch*, Weigend/Küpper (eds.), Berlín-Nueva York, 1999, pp. 3-26.

(2) En: *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen*, Hilgendorf (ed.), Berlín-Nueva York, 2010, pp. 123-166 (con un apéndice bibliográfico en el que se relacionan las obras publicadas por Hirsch).

(3) *Op. cit.*, p. 141.

de unos 15.000 volúmenes—, libros de anticuario y fotocopiar obras inencontrables. Guardo un maravilloso recuerdo de los dos Congresos organizados por él, en 1986 y en 2000, en Colonia y en Bamberg, respectivamente, en los que intervine como ponente y cuyas actas fueron publicadas posteriormente (4). Me identificaba con él —como comentamos en alguna ocasión— en su pasión por la docencia, ya que Hirsch, después de jubilarse forzosamente a los 65 años, en 1994, siguió dando clase cinco años más en la Universidad de Halle, a donde viajaba en tren cada dos semanas, permaneciendo allí varios días.

En la necrológica que acaba de publicar mi querido amigo y sabio compañero Eduardo Demetrio Crespo (5), éste califica a Hirsch de «gran persona».

¡Y vaya que lo era! En septiembre de 1992, mi hija mayor, Marta, que vivía en Colonia, me comunica que le han detectado un peligroso melanoma en la cabeza y que tiene que ser intervenida quirúrgicamente con toda urgencia para extirparle el cáncer. Horrorizado —aunque frente a mi hija, que acababa de cumplir 30 años y de dar a luz hacía dos semanas a mi nieta Sophie, y haciendo de tripas corazón, supe mantener el tipo—, me traslado a la ciudad alemana el día antes de la operación y me encuentro perdido y desamparado en la habitación de mi hotel. ¿Quién podría ayudarme en mi angustia en una ciudad extraña de un país extraño? De pronto, pienso en Hirsch y, aunque ya es medianoche, decido llamarle por teléfono a su casa y respiro aliviado cuando, al otro lado de la línea, escucho su voz familiar. Le cuento mi situación y le pregunto si conoce al catedrático de Dermatología que al día siguiente va a intervenir a Marta en el Hospital Clínico de Colonia. Hirsch me ofrece toda clase de ayuda y se pone en contacto con su colega de la Facultad de Medicina, a quien le dice que soy amigo suyo y que, además —estamos en Alemania—, soy todo un Herr Professor. Después de esa llamada de Hirsch accedo fácilmente al cirujano y Marta y yo podemos hacerle todo tipo de preguntas antes y después de la operación. Mientras están operando a Marta aparece ante mis ojos, en el Hospital, una persona que para mí, en aquellos momentos, es como si viniera envuelto en una aureola: es Hirsch, quien se me acerca con un ramo de flores en la mano. Ha cancelado un seminario y quiere acompañarme en esos momentos para mí tan difíciles. Y allí espera más de dos horas hasta que, por fin, podemos entrar a visitar a Marta, quien, afortunadamente, 20 años después, ha supe-

(4) *Deutsch-spanisches Strafrechtskolloquium 1986* (ed. Hirsch), Baden-Baden, 1987, 297 pp.; *Krise des Strafrechts und der Kriminalwissenschaften?*, (ed. Hirsch), Berlín, 2001, 391 pp.

(5) *Cfr: RP 29* (enero 2012), pp. 272-276.

rado completamente una enfermedad de la que ya casi nos hemos olvidado.

Sí, ya sé que ésta no es una necrológica al uso. Pero es que no quería que quedara en el olvido un gesto de Hirsch –seguro que otras personas pueden contar también otros favores recibidos de su generosidad– que tan bien define quién era y cómo era: un gran tipo.

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG



SECCIÓN DOCTRINAL

¿Puede una persona jurídica conocer la antijuridicidad de la norma?

A propósito de una doctrina del TEAC sobre el artículo 179 LGT

MIGUEL BAJO

Catedrático de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

La Administración lleva décadas sancionando a las personas jurídicas con «penas administrativas» que tienen que estar sometidas a los mismos principios del Derecho penal, incluido el de culpabilidad y exclusión de la responsabilidad objetiva. El Código penal ha incorporado recientemente la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, lo que obliga a examinar las resoluciones que en ese orden se dictaron. El más alto Tribunal administrativo ha tratado a las personas jurídicas como sujetos de imputación, incluidos los elementos subjetivos, llegando a la conclusión de que una empresa con forma societaria que tenga unas determinadas dimensiones, no puede invocar el error sobre el Derecho por una interpretación desacertada, pero razonable, de la norma porque tiene (o debería tener) medios personales y materiales para haber adoptado un correcto entendimiento de la disposición jurídica. Esto implica castigar a la persona jurídica por sus propios hechos y su propia culpabilidad. En consecuencia, no parece que en el orden administrativo se utilice el principio de atribución según el cual la persona jurídica respondería penalmente por atribución del hecho doloso o imprudente de la persona física que realizó la conducta punible.

Palabras clave: *Responsabilidad penal de las personas jurídicas, persona jurídica, culpabilidad, error de derecho, derecho administrativo sancionador, resoluciones administrativas, responsabilidad objetiva, libre albedrío.*

ABSTRACT

Over the past decades, Public Administration has imposed on legal entities «administrative sentences» in compliance with the principles of criminal law, including those of guilt or exclusion of objective liability. Criminal liability of legal entities has been recently incorporated in the criminal code, which entails the obligation to examine resolutions that have been previously pronounced in that legal order. The Highest Administrative Court has considered corporate persons to be subject to imputation, including subjective elements in its analysis. The Court arrives at the conclusion that legal persons of a certain size with a corporate form of organizational structure cannot claim a legal error arising from an unfortunate but reasonable construction of the law, since these legal entities have or at least are expected to have enough personal and material resources to reach a correct understanding of the regulations. This means thus penalizing corporate persons on grounds of their own actions and their own liability. Consequently, the administrative order appears not to be following the principle of attribution, according to which the legal person would be criminally liable for fraudulent or negligent acts of the natural person who carried out the punishable conduct.

Key Words: Criminal liability of legal entities, corporation, legal entity, culpability, principle of guilt, legal error, administrative disciplinary law, administrative resolutions, objective liability, free will

1. EXPOSICIÓN

Existe en la Ley General Tributaria (LGT) una exigente descrita como «interpretación razonable de la norma» (1). En el orden administrativo sancionador el obligado tributario queda exento de responsabilidad cuando, pese a haber actuado en contra del Derecho, lo hace al amparo de una interpretación razonable de la norma. Es decir, el administrado está exento de responsabilidad cuando incurre en un error sobre el Derecho, porque lo interpreta inadecuadamente pero de manera razonable.

Esta doctrina se aplica tanto cuando el obligado tributario es persona física como cuando reviste forma societaria.

Como consecuencia de esta regulación, y de la interpretación que de ella se hace, la jurisprudencia administrativa ha sentado el criterio

(1) Ley 58/2003, de 17 diciembre, General Tributaria, artículo 179: «... 2. Las acciones u omisiones tipificadas en las Leyes no darán lugar a responsabilidad por infracción tributaria en los siguientes supuestos: ... d) Cuando se haya puesto la diligencia necesaria en el cumplimiento de las obligaciones tributarias. Entre otros supuestos, se entenderá que se ha puesto la diligencia necesaria cuando el obligado haya actuado amparándose en una interpretación razonable de la norma ...».

de que una empresa con forma societaria que tenga unas determinadas dimensiones no puede invocar el error sobre el Derecho por una interpretación desacertada, pero razonable, de la norma, porque tiene (o debería tener) medios personales y materiales para haber adoptado un correcto entendimiento de la disposición jurídica. Incluso, se ha llegado a decir que a determinada forma societaria (sociedad anónima), «por propia definición, finalidad y estructura se le ha de requerir un conocimiento y cuidado en el cumplimiento de sus obligaciones contables y fiscales superior al del “ciudadano común”» (2).

En el orden administrativo se parte de la base, por tanto, de que ciertas personas jurídicas han de «conocer» el contenido de la norma. A la entidad se le reprocha comportarse de forma contraria a Derecho cuando, dadas sus dimensiones y sus medios personales y materiales, podía haberlo hecho conforme a Derecho porque «conoce» la norma correspondiente y ese reproche es superior al del «ciudadano común» (3).

Pues bien, el Derecho penal español desde diciembre de 2010 hace responsables penalmente a las personas jurídicas y, por otra parte, jurisprudencia y doctrina interpretan que el legislador ha decidido someter dicha responsabilidad a todas las reglas y principios de la responsabilidad penal de las personas físicas. Debemos examinar esta realidad en el sistema del Derecho administrativo sancionador porque desde hace décadas impone sanciones administrativas a las personas jurídicas y existe una jurisprudencia constante y firme sobre algunos principios. Así, se parte de la base de que 1) la sanción administrativa es esencialmente idéntica a la pena del Código penal, 2) rige en el Derecho administrativo sancionador el principio de tipicidad y el de culpabilidad al igual que el resto de principios de un Derecho penal moderno de corte liberal y, en consecuencia, 3) queda erradicada la responsabilidad objetiva.

A los órganos administrativos, como veremos, no les ha temblado la mano desde hace tiempo exigiendo la concurrencia del elemento subjetivo a la persona jurídica. Me ha parecido significativo centrarme

(2) Esta doctrina jurisprudencial de la Sala 3.^a del TS se recoge en las resoluciones del TEAC 16 febrero 2006, 8 noviembre 2006, 14 septiembre 2007.

(3) En una ocasión, con motivo de una conferencia, un oyente me hizo la observación de que una reflexión como ésta al socaire de la responsabilidad penal de las personas jurídicas abriría una brecha definitiva para considerar también la de los animales y que puedan conocer la norma e incurrir en error de Derecho. En realidad, contesté, un animal educado (un perro guía o un caballo de doma, por ejemplo) sabe perfectamente los deberes del sistema de reglas en que le han instruido y cuándo los infringe. Que los animales educados en unos cánones sean declarados responsables depende únicamente de una decisión del legislador.

en las resoluciones del Tribunal Económico Administrativo Central (TEAC) porque, siendo el último órgano administrativo, recoge fielmente la opinión jurisdiccional del Tribunal Supremo.

a) **La sanción administrativa es idéntica a la pena**

La Sentencia de la Sala de lo contencioso del TS 9 enero 1991 sostiene «la negación de cualquier diferencia ontológica entre sanción (s.c. administrativa) y pena». Esta identidad con la pena concurre también en las sanciones impuestas a las personas jurídicas.

En efecto, las sanciones administrativas son medidas retributivo-preventivas, por lo tanto son penas. Que son castigos y no meras consecuencias normativas se comprueba porque cumplen tres circunstancias: son graduables en función de la forma subjetiva de participación (dolo, culpa o caso), no se pueden asegurar y no son transmisibles por herencia. Todo efecto jurídico del que puedan predicarse dichas tres circunstancias constituirá un castigo, como ocurre con las penas del Código penal. En otro caso, podrán ser efectos jurídicos resarcitorios, resolutorios de conflictos o consecuentes de la regla, pero nunca medidas retributivo-preventivas, o sea, penas.

Por otro lado, que son penas se deduce del artículo 34 del Código penal. En efecto, se ha repetido –así lo apuntó en su día Rodríguez Mourullo– que la expresión con la que comienza el artículo «no se reputarán penas», referida a las sanciones administrativas de carácter gubernativo y disciplinario –incluso a las civiles–, da a entender que lo son, que son penas, pero que el Código penal no las reconoce como tales. A los efectos del Código penal, no se reputan penas, aunque lo sean.

Pues bien, dichas «penas» (sanciones administrativas) se imponen a las personas jurídicas por parte de órganos administrativos desde antiguo. Y es que, en efecto, el Derecho positivo español impone estos efectos preventivo-punitivos a entes colectivos en algunas leyes (4) fundamentalmente la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP), que en su artículo 130 dispone: «... podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa

(4) Artículo 181 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria; artículo 2 y concordantes del RDL 5/2000, de 4 de agosto, texto refundido sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social; artículo 61 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la competencia; Ley 19/1993, de 28 de diciembre, de Prevención del Blanqueo de Capitales; Ley 22/1988, de Costas, etc.

las personas físicas y *jurídicas*...». También el artículo 181.1 de la Ley General Tributaria (LGT) reconoce la responsabilidad de la persona jurídica «que realice(n) las acciones u omisiones tipificadas en las Leyes» (5).

b) Rigen en el Derecho administrativo sancionador los principios del Derecho penal

La resolución del TEAC 19 mayo 2010 (S.A., retenciones del IRPF) cita una ya vieja jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la vigencia en el orden administrativo, también para las personas jurídicas, de los principios de culpabilidad, tipicidad, antijuricidad, y los requisitos de dolo, culpa o negligencia (6).

El TEAC asume la doctrina del Tribunal Constitucional de SSTC 55/1982 y 76/1990 conforme a la cual hay una «asimilación del régimen sancionador administrativo al régimen penal» (7). Hoy es

(5) Y la Ley General de Subvenciones 38/2003, de 17 noviembre, artículos 11.3 y 53.3 o el Estatuto de los Trabajadores RDL 1/1995, de 24 de marzo, en su artículo 1.2.

(6) La Sala Especial de Revisión del Tribunal Supremo (del art. 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) en STS 17 de octubre de 1989, unificando contradictorias posiciones mantenidas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tras recordar la doctrina del Tribunal Constitucional emanada de su STC 18/1981, de 8 de junio (la Ley 148/1981), en el sentido de que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación al Derecho Administrativo sancionador, señala que «uno de los principales componentes de la infracción administrativa es el elemento de culpabilidad junto a los de tipicidad y antijuricidad, que presupone que la acción u omisión enjuiciadas han de ser en todo caso imputables a su autor, por dolo, imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable». Con posterioridad, se ha señalado «que con respecto a la culpabilidad, no hay duda que en el ámbito de lo punible, ya administrativo, ya jurídico-penal, el principio de la culpabilidad opera como un elemento esencial del reproche sancionatorio (SSTS de 20 de febrero de 1967, de 11 de junio de 1976 concretándose en el aforismo latino *nulla poena sine culpa* (STS de 14 de septiembre de 1990). La Resolución del TEAC de 6 de octubre de 2009 (relativa al pago del IVA de una sociedad limitada) señala en el mismo sentido: «el artículo 77 de la LGT de 1963 disponía que “las infracciones tributarias son sancionables a título de simple negligencia”». En la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, su artículo 178 precisa que en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia tributaria serán aplicables «en particular, los principios de legalidad, tipicidad, responsabilidad, proporcionalidad y no concurrencia». El principio de responsabilidad se completa con lo establecido en el artículo 183 que, en el mismo sentido del mencionado artículo 77 de la anterior LGT de 1963, establece que: «son infracciones tributarias las acciones y omisiones dolosas o culposas con cualquier grado de negligencia...».

(7) Resolución del TEAC de 23 de febrero de 2000 (Sociedad mercantil, IVA): «La Ley General Tributaria en la redacción que le otorga la Ley 25/1995 (RCL 1995, 2178 y 2787), y más recientemente la Ley 1/1998 (RCL 1998, 545), de Derechos y

doctrina constitucional constante que los principios inspiradores del Derecho Penal rigen en el Derecho Administrativo, dado que ambos son manifestación del ordenamiento punitivo del Estado (8).

En realidad, no podría ser de otro modo desde el momento en que no existe ninguna diferencia sustancial, ni siquiera cuantitativa, sino sólo formal, entre el injusto penal y el administrativo (9). Es injusto penal el castigado por los jueces, mediante penas criminales entendidas así por las leyes penales y en aplicación de un procedimiento criminal. Es administrativo aquel injusto que es castigado por órganos administrativos, con sanciones administrativas y mediante un procedi-

Garantías de los Contribuyentes, suponen nuevos avances en el proceso de asimilación del régimen sancionador administrativo al régimen penal, siguiendo las pautas marcadas por el Tribunal Constitucional en sus sentencias –entre otras– 55/1982, de 26 de julio (RTC 1982, 55) y 76/1990, de 26 de abril (RTC 1990, 76)».

(8) STC de 8 de junio de 1981; con posterioridad en STC de 7 de octubre de 1983 y STC 18/1987. En este sentido, también se habían expresado numerosas sentencias del Tribunal Supremo, por ejemplo STS de 8 de abril de 1981: «Los principios del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (art. 25, principio de legalidad), y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (Sentencias de la Sala IV de 29 de septiembre, de 4 y 10 de noviembre de 1980), hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales». En esta sentencia se afirmaba, además, que –bajo tales condiciones– la potestad sancionadora de la administración resultaba compatible con el principio de la división de poderes.

(9) Se remonta a 1972 la sensibilidad de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta cuestión. Particularmente interesante resulta la resolución TEAC de 19 de mayo de 2010 en un caso de retención de IRPF por parte de una sociedad mercantil: «esta equiparación de la potestad sancionadora de la Administración y el *ius puniendi* del Estado tiene su antecedente inmediato, su origen y partida de nacimiento en la “doctrina legal” de la vieja Sala Tercera del Tribunal Supremo cuya STS de 9 de enero de 1972 inició una andadura muy progresiva y anticipó lúcidamente con los materiales legislativos de la época, planteamientos y soluciones ahora consolidadas». En la misma resolución se expresa que en efecto, en esta decisión histórica, como así ha sido calificada, en este auténtico *leading case* se decía, con clara conciencia de su alcance, que «las contravenciones administrativas no pueden ser aplicadas nunca de un modo mecánico, con arreglo a la simple enunciación literal, ya que se integran en el supra-concepto del ilícito, cuya unidad sustancial es compatible con la existencia de diversas manifestaciones fenoménicas, entre las cuales se encuentran tanto el ilícito administrativo como el penal...». Y el Tribunal Supremo añadía, ya entonces: «ambos ilícitos exigen un comportamiento humano, positivo o negativo, una antijuridicidad, la culpabilidad, el resultado potencial o actualmente dañoso y la relación causal entre este y la acción». La misma sentencia expone que «esta progresiva andadura jurisdiccional encontró eco en otros ámbitos supranacionales y así el Tribunal Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, con sede en Estrasburgo, se pronunció en el mismo sentido cuatro años después», citándose al efecto las STDH de 8 de junio de 1976 (Engel), de 21 de febrero de 1984 (Otzürk), de 2 junio de 1984 (Campbell y Fell) y de 22 de mayo de 1990 (Weber).

miento administrativo. Otra distinción no es posible, ni de carácter sustancial ni siquiera cuantitativo. Es doctrina unánime entre penalistas y administrativistas.

c) **Queda erradicada la responsabilidad objetiva**

Las resoluciones del TEAC asumen el reconocimiento del principio de culpabilidad de las personas jurídicas (10) pero no asumen una definición positiva de la culpabilidad sino que utilizan la vía indirecta de i) excluir el caso fortuito, ii) exigir la prueba del elemento subjetivo eliminando la responsabilidad objetiva y iii) hacer relevantes los errores tanto de hecho como de Derecho.

i) El caso fortuito es la otra cara del dolo y la culpa y su concurrencia excluye la imputación subjetiva. Su admisión como eximente implica que la responsabilidad de la persona jurídica exige la concurrencia de elementos subjetivos tales como el conocimiento de la antijuricidad, el dolo o la omisión del deber de cuidado. Si el caso fortuito encuentra su sede en el apartado b) del artículo 179 LGT que excluye la responsabilidad por fuerza mayor o en el apartado d) que exige por desplegar «la diligencia necesaria», es evidente que la LGT requiere la concurrencia de dolo o culpa. Y eso para todo contribuyente, sea éste persona física o jurídica.

Las resoluciones del TEAC pronunciadas frente a sanciones a sociedades mercantiles son muy claras en lo relativo a la erradicación de la responsabilidad objetiva del Derecho administrativo sancionador, y la necesidad de concurrencia del dolo o la culpa, recogiendo fielmente la doctrina a este respecto del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo (11).

(10) «La culpabilidad y la tipicidad se configuran así como elementos fundamentales de toda infracción administrativa y también, por consiguiente, de toda infracción tributaria; y que el elemento subjetivo está presente cuando la Ley fiscal sanciona las infracciones tributarias cometidas por negligencia simple». [Resolución TEAC de 6 de octubre de 2009 (sanción a una sociedad de responsabilidad limitada por Impuesto del Valor Añadido). En idéntico sentido TEAC de 8 de noviembre de 2006, S.A. Impuesto de Sociedades, de 14 de septiembre de 2007, S.A. Impuesto de Sociedades, TEAC de 10 de junio de 2004, S.A. Impuesto de sociedades].

(11) «En efecto, el Tribunal Constitucional, en Sentencia de 26 de abril de 1990, se ha pronunciado en los siguientes términos: las infracciones tributarias es una de las manifestaciones del *ius puniendi* del Estado... El propio artículo 77.1 de la LGT dice, en su inciso segundo, que las infracciones tributarias son sancionables “incluso a título de simple negligencia”, lo que con toda evidencia significa, de un lado, que el precepto está dando por supuesta la exigencia de culpabilidad en los grados de dolo y culpa o negligencia grave, y de otro, que, más allá de la simple de res-

En el Derecho administrativo sancionador hubo dificultad para asumir la exigencia de culpabilidad, incluso para la persona física, pero la Jurisprudencia lo ha elevado ya a pieza básica de este ordenamiento. Aunque la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de la Administración pública (LRJAP) no contiene referencia alguna al principio de culpabilidad de manera expresa, se deduce de la consagración del principio de proporcionalidad (art. 131) (12) y de la presunción de inocencia (art. 137) (13). Obsérvese que en tales preceptos hay una referencia a la «intencionalidad» como «criterio para la graduación de la sanción» (art. 131) y se exige la prueba de «responsabilidad administrativa» (art. 137). En este sentido, hay que concluir con Parada Vázquez que, «diga lo que diga la Ley (se refiere al art. 130.1 LRJPAC), no se puede dar infracción alguna, penal o administrativa, sin el elemento de la culpabilidad» (14).

ii) El elemento subjetivo ha de ser probado. La imputación subjetiva en el fallo condenatorio ha de ser debidamente probada. La Jurisprudencia contencioso-administrativa comienza siempre señalando que la Administración ha de probar el dolo o la culpa del administrado (15).

ponsabilidad objetiva en materia de infracciones tributarias». [Resolución TEAC de 10 de junio de 2004 (sanción a una Sociedad Anónima por Impuesto de sociedades)].

(12) Artículo 131.3: «Principio de proporcionalidad... 3. En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar: 1. La existencia de *intencionalidad* o reiteración. 2. La naturaleza de los *perjuicios* causados. 3. La *reincidencia*, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme». A estos criterios se remite expresamente el artículo 10 de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, de Prevención de Blanqueo de capitales.

(13) Artículo 137: «Presunción de inocencia». Los procedimientos sancionadores respetarán la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario.

(14) PARADA, *Derecho Administrativo I, Parte General*. Vid. BACIGALUPO, S., *Ganancias*. En este sentido ya se había pronunciado el Tribunal Constitucional sosteniendo que un régimen de responsabilidad objetiva en materia sancionadora sería inconstitucional (SSTC 76/90 y 246/91).

(15) Así, se sostiene que no cabe una presunción de culpabilidad porque los artículos 118.2 LGT y 1253 CC exigen enlace preciso y directo, según el criterio humano, entre el hecho demostrado y el que se trata de demostrar (STS de 9 de diciembre de 1997). Sin embargo, en ocasiones tanto la jurisprudencia como algunos autores (GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción*, pp. 133 ss.) parecen invocar inadecuadamente una especie de inversión de la carga de la prueba al exigir a la persona jurídica imputada la prueba de las circunstancias que excluyen la culpabilidad (TSJ Andalu-

La doctrina de las resoluciones del alto Tribunal administrativo recoge fielmente este entendimiento requiriendo para la infracción del deudor tributario –persona física o sociedad mercantil– la prueba de la culpabilidad, o sea, del elemento subjetivo, del dolo o negligencia.

Resolución TEAC 10 de junio de 2004 (S.A. Impuesto de sociedades): La Circular de la Dirección General de Inspección Financiera y Tributaria de 29 de febrero de 1988 señala en su Instrucción Primera que «Cuando la conducta de una persona o Entidad se halle comprendida en alguno de los supuestos de infracción tributaria descritos principalmente en los artículos 78 y 79 de la Ley General Tributaria, la sanción correspondiente exigirá el carácter doloso o culposo de aquella conducta, debiendo la Inspección de los Tributos apreciar la necesaria concurrencia de esta culpabilidad». (También, resolución TEAC de 6 de octubre de 2009, sanción a una sociedad limitada por el IVA).

Las dificultades que se reconocen en la prueba del elemento subjetivo en las personas jurídicas son las mismas que en las personas físicas. El juez no puede introducirse en la mente del infractor, menos aún cuando el hecho se ha cometido con anterioridad al proceso. El elemento subjetivo sólo permite la prueba por indicios y tiene una definición negativa. Decimos que el hecho es voluntario cuando es «espontáneo» en el sentido de que no se puede imputar a fuerzas externas o internas del propio infractor. Estas consideraciones son igualmente aplicables al elemento subjetivo exigible a la persona jurídica.

iii) Los errores de tipo y prohibición, o de hecho y de derecho, excluyen la responsabilidad. También de la persona jurídica. La jurisprudencia administrativa reconoce la eficacia del error invencible cuando, por ejemplo, la regulación del impuesto de sociedades es tan confusa que no le es exigible a una pequeña empresa corregir el cono-

cía, 29 de diciembre de 2006, 25 de junio de 2007, 23 de octubre de 2009). Se olvida que el elemento subjetivo sólo puede probarse mediante la acreditación de los indicios de los que se induce aquél. Probados estos indicios, la persona jurídica imputada tiene la posibilidad de contradecir tales indicios mediante los medios probatorios que estime conveniente, pero eso no es una inversión de la carga de la prueba. Este es el sentido de la resolución del TEAC de 21 octubre de 2003 cuando dice que, aunque la culpa debe ser objeto de prueba, dado que los elementos cognoscitivos y volitivo forman parte de la conducta típica probada, corresponde al acusado la prueba de la inexistencia de culpa. Más acertadamente, la Audiencia Nacional, en sentencia de 25 de febrero de 2010, ha señalado que sólo cuando la Administración ha razonado en términos precisos y suficientes en qué basa la existencia de culpa es cuando cabe exigir al interesado que pruebe la existencia de causa excluyente de la responsabilidad.

cimiento equivocado (16). Se concluye que ese error invencible excluye el dolo y la culpa porque así lo exige la Ley. Y si la regulación no llega a ese grado de confusión o la empresa posee equipos jurídicos adecuados, aprecia error vencible que excluye sólo el dolo de la persona jurídica pero no la culpa (17). Si la magistratura administrativa estuviera obligada a la terminología de la teoría jurídica del delito, entendería esta relevancia del error como la otra cara de la exigencia del conocimiento de la antijuridicidad para la persona jurídica. Por esta vía se pueden completar las características negativas del dolo y la culpa y del propio juicio de reproche culpable referidos a la persona jurídica.

Consecuencia de esta jurisprudencia y de la eximente del artículo 179 por interpretación razonable de la norma (18) es que en las resoluciones del TEAC es doctrina constante la de que una empresa con complejidad suficiente «conoce» la norma jurídica tributaria y no puede invocar error de Derecho, porque tiene los medios personales y materiales suficientes para lograr el conocimiento correcto de la norma jurídica tributaria por muy oscura que ésta se presentara. Además, tiene siempre dentro de sus posibilidades hacer la consulta vinculante que la Ley permite a la Hacienda pública.

(16) La jurisprudencia contenciosa no tiene reparo alguno en hacer relevante el error y negar el dolo y la culpa cuando exista discrepancia de criterios, y es doctrina constante la de que no cabe la sanción si hay un error en la interpretación. (STS de 8 de mayo de 1997, de 7 diciembre de 1998). No se exige que la norma sea oscura, bastando que sea compleja y admita diversas interpretaciones razonables (SAN de 15 de junio de 2000). No cabe culpa si hay interpretación errónea en la exención de incremento de patrimonio en el impuesto de sociedades (STSJ Castilla y León 22 de junio de 2005) o en los casos de discrepancia de interpretación (STSJ Madrid 4 de marzo de 1993) o cuando se puede entender a duras penas la regulación del Impuesto de sociedades (STSJ Madrid de 18 julio de 2001).

(17) Hay error excusable cuando la empresa presentó su declaración por el Impuesto de Sociedades sin ocultación (STSJ Cataluña 29 de junio de 2007) o por error razonable (STS 28 de enero de 2002, STS 11 de marzo de 2003) o error vencible (TEAC 2 de marzo de 2006). Y dice el TEAC el 8 de julio de 1999 que hay culpa cuando no cabe duda razonable en la interpretación.

(18) Se ha pronunciado en reiteradas ocasiones el Tribunal Supremo, en Sentencias, entre otras, de 9 de diciembre de 1997, 18 de julio de y 16 de noviembre de 1998 y 17 de mayo de 1999, en las cuales se hace referencia a la Circular de la Dirección General de Inspección Tributaria de 29 de febrero de 1988 que, a su vez, se hace eco de la tendencia jurisprudencial de «vincular la culpabilidad del sujeto infractor a la circunstancia de que su conducta no se halle amparada en una interpretación jurídica razonable de las normas fiscales aplicables, especialmente cuando la Ley haya establecido la obligación, a cargo de los particulares, de practicar operaciones de liquidación tributaria».

Sobre esta cuestión de prueba del conocimiento de la antijuricidad y exclusión del error la resolución del TEAC de 16 de febrero de 2006 (sanción a una sociedad anónima por Impuesto de Sociedades): «En este sentido, pues, se ha admitido que la interpretación razonable o el error pudieran ser causas excluyentes de la culpabilidad, pero ello ha de ser precisado a fin de no amparar el abuso de la interpretación jurídica y del error de hecho o de derecho por parte de los obligados tributarios. Por ende la invocación de estas causas no operan de modo automático como excluyentes de la culpabilidad sino que han de ser ponderadas caso por caso, en función de las circunstancias concurrentes, de tal modo que excluyan la calificación de la conducta como negligente, ya sea por la existencia de una laguna legal, ya por no quedar clara la interpretación de la norma o porque la misma revista tal complejidad que el error haya de reputarse invencible ... En el caso que nos ocupa nos encontramos con una *forma societaria*, a la cual por propia definición, finalidad y estructura *se le ha de requerir un conocimiento y cuidado* en el cumplimiento de sus obligaciones contables y fiscales *superior al del “ciudadano común”* ajeno por formación y ocupación al mundo jurídico tributario. Como ha señalado este Tribunal entre otras en Rs. de 10 de febrero de 2000 “Una empresa importante (...) debe contar con una asesoría fiscal eficiente a la que acudir, y con un departamento administrativo capaz de responder a las exigencias materiales y formales de las normas fiscales, sin olvidar que la empresa podía y debía, si tenía dudas fundadas o razonables en la interpretación de la norma, acudir, a través de la oportuna consulta, a recabar la opinión de la Administración, en uso del derecho que le otorga el artículo 107 de la LGT”». (En idéntico sentido Resoluciones TEAC 17 de enero de 2001, 18 de julio de 2001 Sociedad mercantil IVA, 8 de noviembre de 2006, 6 de octubre de 2009).

2. COROLARIO

¿Está atribuyendo el TEAC a la persona jurídica conocimiento de la norma, dolo, conciencia del deber jurídico o ánimo de contrariar el Derecho? Pareciera que el TEAC continúa con la ficción mercantil que atribuye voluntad a las decisiones del Consejo de Administración de la entidad y previo conocimiento de las realidades normativas que le incumben. Incluso, llega a imputarle pasiones o vicios como cuando, refiriéndose a una sociedad mercantil por impago del IVA, precisa que «la negligencia no exige como elemento determinante para su apreciación un claro ánimo de defraudar, sino un cierto des-

precio o menoscabo de la norma, una lasitud en la apreciación de los deberes impuestos por la misma» (19). Y trata a las sociedades mercantiles como un ciudadano más, como la Resolución del TEAC de 16 de febrero de 2006 que entiende que a la sociedad anónima se le debe exigir un conocimiento y cuidado superior al del ciudadano común (20).

La respuesta a este interrogante es negativa para un sector amplio de penalistas y la Fiscalía General del Estado en Circular 1/2011, por considerar que las personas jurídicas responden en virtud del principio de atribución (21). Es decir, se le atribuye a la persona jurídica, la acción (dolosa o negligente) cometida por la persona física, su administrador o representante. Esta atribución se produciría en virtud del «hecho de conexión» consistente en obrar en nombre de la persona jurídica, en su beneficio o en su representación. La acción de la persona física se convertiría en condición objetiva de la punibilidad de la persona jurídica (22).

(19) Resolución del TEAC de 6 de octubre de 2009. Aunque no le exige «ánimo» sí constata que obra con «desprecio» a la norma o lasitud en la «apreciación de los deberes».

(20) Esta misma resolución imputa a la sociedad anónima el incumplimiento del deber general de cuidado.

(21) La circular de la Fiscalía 1/2011 considera esta interpretación, incluso, «evidente» y «obligada». «El precepto –dice– asume las particularidades que distinguen a las personas jurídicas y realiza un esfuerzo –desatendido sin embargo por buena parte de la doctrina científica– por mantener intactas nuestras categorías dogmáticas tal y como las conocemos, de modo que su aplicación no obliga a generar una *nueva teoría general del delito de las corporaciones*, empresa tan solo esbozada tímidamente por algunos autores y que, a día de hoy, se antoja de resultados francamente inciertos». En su conclusión tercera, por ejemplo, se afirma sin ambages que «el objeto del proceso penal en caso de imputación de una persona jurídica deberá centrarse en acreditar que las personas físicas –representantes, gestores de hecho y subordinados en la jerarquía empresarial– cometieron el delito», excluyendo de la investigación «la idoneidad objetiva o hipotética del programa de cumplimiento adoptado por la corporación».

(22) Del Rosal en esta línea entiende con Robles Planas que el pretendido hecho propio de las personas jurídicas no existe. No existe otra cosa que el hecho de la persona física. ROSAL BLASCO, B. del, *Responsabilidad penal de empresas*; ROBLES PLANAS, R., «El hecho propio». En Derecho alemán el parágrafo 30 (4) OWiG dispone que «si no se inicia o si se suspende un procedimiento penal o sancionador administrativo por la comisión de un delito o de una infracción administrativa o se suspende la ejecución de la pena, se podrá no obstante imponer una multa independiente a la persona jurídica, salvo que el delito o la infracción administrativa no puedan ser perseguidas por razones jurídicas». Se trata en el modelo alemán de responsabilidad «propia indirecta» de las personas jurídicas, toda vez que en determinados casos, en que el delito haya sido cometido por una persona física, puede ser también imputado a la persona jurídica con sanciones específicas para ésta.

Ahora bien, este entendimiento violenta el postulado de erradicación de la responsabilidad objetiva e infringe la doctrina de la jurisprudencia constitucional que está exigiendo que la persona jurídica responda de un hecho propio y con una imputación subjetiva propia. Se lee, por ejemplo, en la STC 125/2001, de 4 de junio, que el «*principio de personalidad de las penas* forma parte del de legalidad a que se refiere el artículo 25.1 de la CE e implica que sólo se puede responder penalmente por los actos propios y no por los ajenos, pero la existencia de responsabilidad de terceros no excluye necesariamente la responsabilidad del recurrente por sus propios actos, ni la posibilidad de que su cooperación pueda ser reputada necesaria (...)». De donde se deriva que la exigencia legal de la responsabilidad de terceros requiere necesariamente que la imputación de responsabilidad se haga a sus propios actos. En consecuencia, las personas jurídicas deben responder por consideraciones ajenas al comportamiento de la persona física (23).

El informe del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) de 2009 sobre el Anteproyecto de reforma del Código penal es muy explícito en contra del principio de atribución y en favor de la autorresponsabilidad por entender que sólo así se elimina la responsabilidad objetiva. Después de advertir que la responsabilidad de la persona jurídica fundada sobre el hecho cometido por la persona física obedecería al «inconstitucional principio de responsabilidad objetiva» y violentaría el «principio jurídico penal de imputación por los hechos propios», señala que es obligado sustituir la omisión individual del deber de control y dotarle de contenido estructural entendiéndose como «referencia a una conducta social de defecto de control u organización». Sólo así se proporciona un «criterio de imputación a la persona jurídica de su hecho propio y de su propia culpabilidad». El Informe del Consejo, ejemplo de gran lucidez en este punto, señala que hacer responder a las personas jurídicas por los hechos cometidos por las personas físicas implica una responsabilidad objetiva prohibida en nuestro Derecho. Y añade que la cuestión de la responsabilidad de la persona jurídica es, al igual que con el de la persona física, un problema normativo de imputación tanto a nivel de injusto como de culpabilidad.

(23) De ahí que un relevante sector doctrinal estime que nuestro Derecho positivo castiga a la persona jurídica por la comisión de un «hecho propio». Por ejemplo, Zugaldía, entiende que la persona jurídica responde por el hecho propio y por su propia culpabilidad. Porque la persona jurídica es capaz de cometer la acción (contratar, emitir, verter etc.) se le puede imputar la conducta típica Zugaldía, *La responsabilidad penal de empresas*: «la persona jurídica debe responder por su propia acción y por su propia culpabilidad»; p. 153.

La responsabilidad de la persona jurídica, en suma, tiene que ser directa por hechos y culpabilidad propios.

Yo pienso que el TEAC igualmente discurre por derroteros distintos a los del principio de atribución. Se parte, en primer lugar, de la evidencia de que el elemento subjetivo, o el libre albedrío del autor, es para el juzgador tan esotérico y de imposible conocimiento en la persona física como en la persona jurídica. La concurrencia de conocimiento o de libertad de voluntad, en ambos casos, sólo es de posible comprobación para el juez por la vía de la inducción, pero nunca por la verificación directa.

El libre albedrío –dice Hassemer (24)– de la *persona humana* cuya existencia niegan otras ciencias, como las neurológicas, se reconoce en el Derecho penal *solo a los efectos propios del proceso*. El juez no tiene posibilidad alguna –incluso la Ley no se lo exige– de cerciorarse de si el acusado obró el día de la comisión del delito con conocimiento exacto del hecho y del Derecho, si obró maliciosamente o con conocimiento de los deberes de cuidado que regían su actividad. Lo único que hace el juez y lo único que le exige el Derecho es acreditar que el acusado no obró amparado por las distintas justificantes y exculpantes que la Ley enumera. Para ser justos ya en la década de los setenta del siglo pasado pudimos leer esta observación, que hoy nos parece evidente, en Rodríguez Devesa, para quien lo único que se le pide al juez, porque es lo único que está en su mano, es comprobar conforme a su experiencia que el acusado no obró coaccionado interna o externamente, es decir, que actuó sin presiones internas derivadas de su personalidad disminuida (enfermedad mental, infancia) o externas derivadas del entorno (fuerza mayor, coacción, vis física, coercitiva, compulsiva, estado de necesidad, miedo insuperable). Y, entre nosotros, es ya un referente consagrado la advertencia de Gimbernat sobre la imposibilidad que tienen los jueces de probar el libre albedrío y la imposibilidad de invocarlo para fundamentar la pena.

Bernardo Feijoo afronta la relación entre Dogmática penal y neurociencias y, sin discutir que el libre albedrío e, incluso, la propia identidad, sea producto emergente del cerebro, indica a los neurocientíficos que no han tenido en cuenta que la culpabilidad o la responsabilidad no son un hecho natural sino un hecho social. Y lo mismo podría decirse de la libertad que se le reconoce al individuo y se le adscribe por el sistema jurídico y no es objeto de observación en un laboratorio en que se trabaje con escalpelos y terminales nerviosos. El

(24) HASSEMER, *Neurowissenschaften und Schuld im Strafrecht*. Vid. también FEIJOO, B., *Derecho penal y neurociencias*, y MOLINA, F., *Presupuestos de la responsabilidad jurídica*.

juez tampoco podrá observar de manera directa la libertad del acusado, pero sí podrá analizar las circunstancias personales y sociales en que se desarrollaron los hechos para comprobar si superan ciertos standards que impiden adscribir al sujeto ese espacio de libertad que socialmente se le atribuye. La culpabilidad consiste, para Feijoo, en una disposición jurídica mínima o indispensable, esto es, que la persona reconoce las normas como máximas vinculantes de comportamiento, lo que no ocurre si es inimputable o incurre en error. La libertad que se reconoce en la base de la culpabilidad no tiene sentido metafísico sino que es la capacidad de autodeterminación como reconocimiento social o intersubjetivo que se atribuye al sujeto en sus contactos sociales o comunicativos (25).

Pues bien, esto es lo único que el TEAC está realizando frente a la persona jurídica. Cuando repetidas veces señala que no se exige acreditar el ánimo de defraudar en la persona jurídica sino el desprecio o menoscabo de la norma (26) está sustituyendo la prueba de un ánimo que ni siquiera en la persona física es posible acreditar, por la prueba de aquellos datos objetivos que le permitan cerciorarse, conforme a la propia experiencia sobre la actuación de las entidades mercantiles, sobre si es fruto de la autodeterminación que socialmente se le reconoce o por el contrario, se debe a consideraciones de fuerza mayor o de la propia estructura inmadura de la empresa. Y ocurre lo mismo cuando considera irrelevante el error porque, dadas las dimensiones de la empresa, ésta conocía perfectamente el contenido de la norma tributaria sin que pueda invocar la eximente de interpretación razona-

(25) Se han elaborado varios conceptos de culpabilidad referidos a la persona jurídica como la culpabilidad constructivista de GÓMEZ-JARA, C.; ninguna hubiera sido posible sin la aportación de BACIGALUPO, S., sobre el cambio de paradigma relativa al sujeto de imputación penal y la fundamentación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas sobre la base de la prevención general positiva que abre el camino de la literatura penal española. La autora sostiene una culpabilidad al estilo de Tiedemann como defecto de organización, con independencia de que justifique la pena a la persona jurídica por la prevención general positiva. «El modelo de imputación debe basarse sobre la existencia de un hecho de conexión y sobre la idea de la culpabilidad por defecto de organización». Por su parte, RODRIGUEZ RAMOS, L., en la crítica que hace a la Circular de la Fiscalía General del Estado, sostiene que, conforme a la doctrina del TC y TS y los dictados de la Ley, no se puede responder por hechos ajenos. Pero, por otra parte, no se puede humanizar a la persona jurídica, por lo que la culpabilidad corporativa se configura como «participación omisiva por imprudencia inconsciente en un delito cometido por otro, pues en régimen de comisión por omisión no evitó, pudiendo y debiendo haberlo hecho, la comisión del delito de determinada persona física, por no haber desplegado la diligencia debida: culpa in contrahendo, culpa in eligendo, culpa in vigilando».

(26) Resoluciones TEAC de 16 de febrero de 2006, 14 de septiembre de 2007, 6 de octubre de 2009.

ble de aquélla. No quiere indicar el TEAC que la persona jurídica tenga un «conocimiento» y una «voluntad» *humanas* o que está ejerciendo la libertad entendida en sentido metafísico, sino simplemente que, conforme a la experiencia, la complejidad de la norma tributaria es perfectamente salvada por los mecanismos internos de la empresa y debe concluirse que «conoce» la norma en el sentido que el Derecho requiere para eliminar la responsabilidad objetiva. Es el correlato al principio «libertad de organización responsabilidad por las consecuencias», libertad entendida como reconocimiento social de una capacidad de organización en sus actividades sociales o intercomunicativas (27).

Esa libertad de organización no es la libre formación de la voluntad propia de las personas físicas, sino un principio derivado de la libertad de empresa que se reconoce en el artículo 38 de la Constitución. Es la consecuencia de reconocer en la persona jurídica la titularidad de derechos fundamentales. La Ley 37/2011, de agilización procesal, modifica la Ley de Enjuiciamiento criminal reconociendo en la persona jurídica no sólo el derecho genérico a la defensa, sino, en concreto, el derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable (arts. 119, 409 bis), derecho a la última palabra en el juicio (art. 786 bis) y a la conformidad con la acusación (art. 787.8). Pero ya antes se reconocían a la persona jurídica (SSTC 6 4/1988, 241/1992, 139/1995 y en la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado), el derecho al principio de legalidad y demás del artículo 25 de la CE, a la libertad sindical, a la libertad de expresión, a transmitir información, al honor, a la libertad ideológica, a la inviolabilidad del domicilio, a la igualdad, a la propiedad privada, a «vivir», «existir» o «aparecer» («libertad de empresa», art. 38 CE) o a los derivados del artículo 24 de la CE, como el derecho a la presunción de inocencia, a la defensa letrada, a la igualdad de armas en el proceso, a utilizar todos los medios de prueba, a ser oída, a conocer la acusación etc... Es, entonces, consecuencia obligada la posibilidad de conculcar las normas sociales relacionadas con el reconocimiento de tales derechos, infracción que debe tener consecuencias sancionadoras.

(27) Básicamente es la posición de GÓMEZ-JARA, C., porque se reconocen derechos fundamentales a las organizaciones empresariales, la empresa contribuye a la creación y vigencia de las normas sociales y, por tanto, también puede conculcarlas. Libertad de organización a cambio de responsabilidad por las consecuencias. El Derecho penal reconoce a la empresa como sistema que se organiza a sí mismo y le exige la creación de una cultura de fidelidad al Derecho.

La desaparición de la responsabilidad objetiva es un objetivo irrenunciable (28). La responsabilidad es objetiva cuando depende exclusivamente de la mera causación del daño o del hecho cometido por otro. Su erradicación, es decir, derivar la responsabilidad no sólo de la causación del hecho sino también de características subjetivas del autor, es el criterio rector para definir su capacidad de acción o de voluntad, el dolo, la dirección de voluntad, el conocimiento del hecho y el conocimiento de la norma exigidos para la persona física. Y ese mismo criterio rector debe utilizarse para definir el elemento subjetivo en la persona jurídica, elemento subjetivo que necesariamente tiene que concurrir como sostienen la jurisprudencia del supremo y del tribunal constitucional y como exige la eliminación de la responsabilidad objetiva.

Los principios del Derecho penal liberal en el que nos hemos formado proceden de la escuela clásica y postulan que la pena sólo se puede imponer a aquel que la ha merecido por haberse comportado en contra del Derecho pudiendo haber obrado de otro modo. Es decir, el fundamento último de la responsabilidad penal radica en el libre albedrío. Pues bien, este paradigma no tuvo valor en todo momento histórico sino que surge con el Derecho Canónico y, para la Ciencia jurídico-penal, nace a mediados del siglo XIX y no rige en todas las ciencias. En las neurológicas, por ejemplo, parece estar extendida la opinión de que tanto el libre albedrío como la propia identidad son una ilusión, un producto emergente del cerebro, de la combinación de las neuronas. Tampoco el libre albedrío es tan evidente en la metafísica ni en la sociología. Paralelamente a la escuela clásica, han nacido con el positivismo las corrientes sociológicas partidarias firmes del determinismo que mantienen postulados muy dispares a los del merecimiento de pena por haber obrado con libertad en contra del Derecho. No es éste el lugar para hacer una reflexión sobre el pensamiento filosófico. Pero me ha llamado la atención un vídeo (29) que cayó en mis manos del filósofo ovetense Gustavo Bueno en el que manifiesta el convencimiento de que la responsabilidad individual no ha sido otra cosa que una coartada, una falsedad, para evitar la auténtica responsabilidad colectiva del grupo. Pone de ejemplo el juicio de Nuremberg donde, para evitar la evidente responsabilidad colectiva del ejército alemán o del partido nazi, se fuerza la individualización de la culpabi-

(28) La resolución del TEAC de 6 de octubre de 2009 expresamente recoge este principio para el Derecho administrativo sancionador como evidente: «la doctrina y jurisprudencia administrativas, han venido desechando, de forma reiterada, la implantación de este principio de responsabilidad objetiva en el ámbito tributario».

(29) <<http://www.fgbueno.es/med/tes/t072.htm>>.

lidad y se «depura» en unos cuantos jefes militares y políticos. Por poner un ejemplo musical, señala que de un coro o de una orquesta se alaban o denuestan sus cualidades al margen de las responsabilidades de cada uno de los individuos. A nadie se le ocurre juzgar el resultado de un coro por la responsabilidad individual de cada uno de sus cien cantores.

BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, E., *Compliance y Derecho penal*, Fide, 2011.
- BACIGALUPO, S., *Ganancias ilícitas y Derecho penal*, 2002.
- *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, 1998.
- «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un problema de sujeto del Derecho Penal», en GARCÍA CAVERO, P., (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, Mendoza, Argentina, 2005.
- *Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno* (arts. 31 bis y 129 CP), en la Ley de 5 de enero de 2011.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Derecho penal y neurociencias. ¿Una relación tormentosa?», en *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, abril de 2011.
- GÓMEZ-JARA, C., *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid, 2005.
- «¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas?, una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex Van Weezel», en *Polít. crim.* vol. 5, núm. 10 (diciembre de 2010), doc. 1, pp. 455-475.
- GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Lex Nova, Valladolid, 2010.
- HASSEMER, título original *Neurowissenschaften und Schuld im Strafrecht* (manuscrito), traducción de Manuel Cancio Meliá (Universidad Autónoma de Madrid/RAJL).
- GIMBERNAT, E., «¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?», en *Problemas Actuales del Derecho Penal y Procesal*, Salamanca, 1971, pp. 87-109.
- «La culpabilidad como criterio regulador de la pena», *Revista de Ciencias Penales* (Chile), 1973, pp. 30-33.
- MOLINA, F., *Presupuestos de la responsabilidad jurídica. (Análisis crítico de la relación entre libertad y responsabilidad)*.
- «¿Culpabilidad sin libertad?», en *Teoría de la pena y de la culpabilidad*, Cancio Meliá/Feijoo Sánchez, Madrid, 2008.
- PARADA, *Derecho Administrativo I*, Parte General, 12.^a ed. Madrid, 2000.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas desde las perspectivas político-criminal y dogmática», *Otrosí (Revista del ICAM)*, núm. 6, abril-junio de 2011.

- ROBLES PLANAS, R., «El hecho propio de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código penal de 2008», en *Indret*, febrero de 2009.
- ROSAL BLASCO, B. del, «Responsabilidad penal de empresas y códigos de buena conducta corporativa», en *La Ley*, núm. 7670.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L., «La culpabilidad en los delitos cometidos por la persona jurídica. El delito de sospecha blindado y la responsabilidad objetiva impura en la Circular 1/2010 de la FGE», en *La Ley*, 14 de septiembre de 2011.
- ZUGALDÍA, J. M., *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, Valencia, 2008.



Best interest vs. Substituted judgment.
Criterios para el consentimiento informado prestado
por representante

JACOBO DOPICO GÓMEZ-ALLER(1)

RESUMEN

El tratamiento médico a niños, incapaces o a personas sin posibilidad de expresar su voluntad ha de ser consentido por un representante. Sin embargo, la Ley española no da prácticamente ninguna orientación acerca de cuáles son los criterios que deben guiar esa decisión. En este trabajo se analizan los dos criterios básicos de decisión (protección objetiva de la salud en sentido amplio frente a cumplimiento de la voluntad del paciente), determinando cuál debe prevalecer en las distintas situaciones. Especial atención requiere la cuestión de si el sustituto puede rechazar el tratamiento médico cuando ello implica un alto riesgo de muerte para el paciente menor, inconsciente o incapaz.

Palabras clave: *Bioética, consentimiento informado, consentimiento por representación, interés objetivo del paciente, voluntad hipotética del paciente, voluntad anticipada del paciente.*

ABSTRACT

Consent to medical treatment for children, incapacitated persons and people who cannot express their will must be given by a substitute decision-maker. The Spanish Law, however, gives almost no guidance about the criteria for substitute decision making in this field. This paper analyzes the two main criteria (best interest vs. substituted judgment), determining which one should prevail under which circumstances. Special

(1) Profesor Titular de Derecho Penal. Departamento de Derecho Penal, Procesal e Historia del Derecho, Universidad Carlos III de Madrid. Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación «La Cultura de la Legalidad. Transparencia, Confianza, Responsabilidad (TRUST - CM)» (S2007/HUM-046).

attention is paid to the issue whether the surrogate decision maker may refuse vital treatment on behalf of patients who are minors, unconscious or legally incompetent.

Keywords: *Bioethics, informed consent, surrogate decision-making, best interest, substituted judgment,*

SUMARIO: 1. Introducción.–2. Las valoraciones subjetivas del representante.–3. La decisión que el paciente habría adoptado («substituted judgment»). Testimonio de voluntad anticipada y voluntad hipotética del paciente.–4. Atención al bienestar, la salud y la vida del paciente en términos objetivos (*best interest* o «superior interés en términos objetivos» del paciente).–5. Concreción: *best interest vs. substituted judgment*. ¿Puede el representante adoptar las mismas decisiones que podría adoptar un paciente adulto y capaz?–6. El papel del representante en el marco de las instrucciones previas.–7. El paciente menor de edad y la decisión del representante: a) Cuestión previa. Limitaciones al representante derivadas de las limitaciones del menor. ¿Puede un menor rechazar arbitrariamente un tratamiento vital? b) Criterios de decisión del representante del menor incapaz. c) Criterios de decisión del representante del menor entre 16 y 18 años en estado de inconsciencia.–8. Bibliografía citada.

1. INTRODUCCIÓN

El ordenamiento español –como la mayoría de los de nuestro entorno– no es demasiado concreto a la hora de regular cómo debe prestarse el consentimiento informado cuando quien decide no es el paciente sino alguien en su nombre.

En efecto, nos encontramos en este punto con una normativa poco detallada, que por lo general se limita a indicar (con poco nivel de concreción) quiénes están llamados a sustituir al paciente en los supuestos de incapacidad para prestar consentimiento; y, además, rara vez establece una *prelación* o *jerarquía* entre ellos (2), de modo que si dos de los llamados manifiestan posiciones *contrarias*, no se aporta un criterio de resolución del conflicto.

Un ejemplo extremo es el caso «Terri Schiavo» (3), en el que los padres y el marido de una mujer que llevaba largos años en estado

(2) Respecto de la situación previa a la Ley de Autonomía del Paciente 41/2002 (LAP), ver por todos ROMEO CASABONA, Carlos M.ª, «El consentimiento informado en la relación entre el médico y el paciente: aspectos jurídicos», en AA.VV., *Problemas prácticos del consentimiento informado*, Fundació Víctor Grífols i Lucas, Barcelona, 2002, pp. 63 ss., p. 92.

(3) Ver la recopilación CAPLAN, Arthur L., MCCARTNEY, James, SISTI, Dominic A., (eds.), *The Case of Terri Schiavo. Ethics at the End of Life*, New York, Prometheus, 2006.

vegetativo permanente tenían opiniones opuestas respecto de si se debía seguir prolongando artificialmente la vida de la paciente o no. Los padres sostenían que Terri, como católica, habría querido seguir la doctrina de la Iglesia, mientras que el marido aducía que la paciente había realizado en vida distintas manifestaciones sobre su voluntad de no ser mantenida mediante medios mecánicos en un caso como éste. Asimismo, el defensor legal («Guardian *ad litem*») de la paciente subrayaba que el marido podía tener incentivos perversos para decidir, pues era el heredero del patrimonio de la paciente. Los padres y el marido de Terri Schiavo, que cayó en estado vegetativo en 1990, litigaron entre 1998 y 2005 hasta que finalmente se confirmó la decisión del marido y a la paciente se le retiró la alimentación e hidratación forzosa.

Sin embargo, no es necesario llegar a una escenificación tan radical, con dos posibles representantes sosteniendo posiciones opuestas. El conflicto legal puede llegar sólo con que los poderes públicos cuestionen la validez legal de la decisión del representante, planteando si el *criterio* con base en el que éste está decidiendo es válido en el caso concreto o no. Así ocurrió en la STS 950/1997, de 27 de junio, «omisa transfusión a menor testigo de Jehová», que cuestionaba la aplicabilidad de los criterios de decisión de los padres (libertad religiosa) en un caso en el que lo que estaba en riesgo era la vida de un menor (4); y en el famoso caso «Eluana Englaro» (Corte d'Apello di Milano, 25 de junio de 2008), en el que las autoridades italianas rechazaban la deci-

(4) El caso es archiconocido y sobre él dictaminaron sucesivamente el Tribunal Supremo, en la citada STS 950/1997, de 27 de junio; y el Tribunal Constitucional, en su famosa STC 154/2002, de 18 de julio. En lo que en este punto nos interesa, los hechos son los siguientes: un niño testigo de Jehová necesita una transfusión sanguínea para sobrevivir, pero se oponía a ella de modo firme y razonado, llegando a manifestar su oposición «con auténtico terror, reaccionando agitada y violentamente». Sus padres, sin oponerse en ningún momento a dicha transfusión, se limitaron a no prestar consentimiento a la transfusión ni solicitar que se le realizase de modo forzoso; en ocasiones, a solicitar a los médicos que buscasen un tratamiento alternativo; y finalmente a pedir el alta cuando el centro simplemente no trasfundía sangre a su hijo ni solicitaba autorización judicial a tal efecto. Al respecto, por todos, y desde distintas perspectivas jurídicas, ver ROMEO CASABONA, Carlos M.ª, «¿Límites de la posición de garante de los padres respecto al hijo menor? (La negativa de los padres, por motivos religiosos, a una transfusión de sangre vital para el hijo menor)», en *Revista de Derecho Penal y Criminología* (UNED), núm. 2, 1998, p. 327 ss.; CETE-ALONSO Y CALERA, M.ª del Carmen, «Protección del menor, consentimiento en el ámbito de las intervenciones sanitarias y libertad ideológica (a propósito de la STS, Sala de lo penal, de 27 de junio de 1997)», en *La Notaría*, noviembre-diciembre de 1998, núms. 11-12, vol. 1, p. 17 ss.; SANTOS MORÓN, María José, «Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la TC S 154/2002, de 18 de julio», en *La Ley* 2002-7, p. 1632 ss.

sión del padre de una mujer en estado vegetativo permanente de suspender el tratamiento de alimentación e hidratación forzosa que la mantenía con vida(5).

¿Qué respuesta da el Derecho sanitario español a la pregunta sobre los «criterios que deben seguir los representantes» (6) a la hora de consentir o rechazar un tratamiento médico? ¿Pueden los representantes decidir en cada momento «libremente según ellos lo estimen oportuno» o deben ajustarse a algún concreto baremo? La respuesta de la ley es en este punto parca:

Artículo 9.5 LAP. «La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal» (7).

(5) Por todos, ver MESTRE DELGADO, Esteban, «El caso “Eluana Englaro” y el debate jurídico sobre el suicidio asistido», en *La Ley Penal* núm. 60, 2009, p. 5 ss.

(6) Pese a que el artículo 9 de la Ley de Autonomía del Paciente emplea el término *consentimiento por representación*, la doctrina civilista suele considerar que cuando los padres o los tutores prestan consentimiento por el menor o incapacitado, no lo hacen en virtud de su representación (i.e., su consentimiento no expresa indirectamente la voluntad del menor o incapacitado), sino en virtud de su deber de protección y tutela (ver LÓPEZ-CHAPA, Sara, *Autonomía del paciente y libertad terapéutica*, Barcelona, Bosch, 2007, p. 120; PARRA LUCÁN, M.^a Ángeles, «La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español», en *Aranzadi Civil 1-2003*, p. 1901 ss., 1908; SANTOS MORÓN, M.^a José, *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos, honor, intimidad e imagen*, Madrid: Escuela libre editorial, 2000, p. 34; ROMEO MALANDA, Sergio, «Un nuevo marco jurídico-sanitario: la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes», en *La Ley 2003-1*, p. 1522 ss., 1527, estos dos últimos con amplia cita bibliográfica incluyendo a DíEZ PICAZO/GULLÓN BALLESTEROS, LACRUZ BERDEJO, etc.; BERROCAL LANZAROT, Ana I., «La autonomía del individuo en el ámbito sanitario. El deber de información y el consentimiento informado como derechos del paciente en la nueva Ley 41/2002, de 14 de noviembre», en *Revista Foro nueva época*, núm. 0, 2004, p. 284; GÓMEZ RIVERO, M.^a del Carmen, *La responsabilidad penal del médico*, 2.^a ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 63).

(7) El criterio del «favor del paciente» es plasmación de las exigencias contenidas en el Convenio de Oviedo (Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina). Así, su artículo 6.1 establece que «sólo podrá efectuarse una intervención a una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento cuando redunde en su beneficio directo»; y su artículo 7, en relación con las personas con enfermedades mentales, sienta que «La persona que sufra un trastorno mental grave sólo podrá ser sometida, sin su consentimiento, a una intervención que tenga por objeto tratar dicho trastorno, cuando la ausencia de ese tratamiento conlleve el riesgo de ser gravemente perjudicial para su salud y a reserva de las condiciones de protección previstas por la ley, que comprendan procedimientos de supervisión y control, así como de medios de elevación de recursos».

Los dos primeros criterios (adecuación a las circunstancias, proporcionalidad respecto de las necesidades) son términos sumamente vagos, más bien líneas directrices que auténticos criterios; el tercero [actuación *en favor del paciente* (8)] es algo más concreto, pero sigue estando muy necesitado de determinación. Unos pocos ejemplos pueden ilustrar las variadas respuestas que pueden darse aduciendo el «favor del paciente»:

i. Un niño de 13 años insiste en no recibir una *transfusión sanguínea necesaria para mantenerle con vida*, según la tradición de los Testigos de Jehová (9).

ii. Una adolescente incapacitada se niega a recibir *la vacuna de la rubéola* porque tiene grave pánico a las agujas. Tras varios intentos de vacunarla, se revuelve y autolesiona, llegando incluso a desmayarse por la tensión nerviosa.

iii. Un anciano enfermo de Alzheimer, con un cáncer en un estado sumamente avanzado, puede ser sometido a una intervención que en buenas condiciones podría *prolongar su vida hasta un año*; sin embargo, la operación comporta no pocos riesgos, y su estado es tan frágil que no es seguro que pueda superarla. Su nieta y única pariente cercana (y también única heredera) insiste en que no hay que alterar a su abuelo durante sus últimas semanas de vida.

iv. Un paciente adulto e inconsciente *requiere urgentemente una transfusión sanguínea*. Su esposa y otro acompañante requieren al médico para que no la realice, pues es Testigo de Jehová. No existe más prueba de ello que el testimonio de la mujer y del otro acompañante.

v. Los padres de un joven de 27 años con un profundo déficit intelectual y una edad mental de 6 años quieren que éste done un riñón a su hermano, de 28 años, urgentemente necesitado de un riñón. La donación de un riñón *reducirá tanto su calidad de vida como sus expectativas vitales*; pero *la muerte de su hermano también le afectaría muy negativamente* (10).

¿Cuál es el *interés del paciente* en estos supuestos? ¿El tratamiento indicado por la *lex artis* o el respeto a la opción religiosa del paciente (y, desde su propia óptica, la evitación de perjuicios de carácter tras-

(8) JORGE BARREIRO, Agustín, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Madrid, Tecnos, 1990, p. 85; EL MISMO, «La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico», en *CPC* 1982, núm. 16, pp. 5-34.

(9) Es parte del caso de la ya citada STS 950/1997, de 27 de junio (Pte. Granados Pérez).

(10) Caso Strunk v. Strunk (1969) 445 SW 2d 145 (Corte de Apelaciones de Kentucky).

cedente o espiritual)? ¿El beneficio preventivo de una vacunación o la evitación de un cierto tormento que supone para la paciente la inyección? ¿Ganar unos meses de vida o evitar una operación arriesgada para un paciente muy frágil que puede arruinar sus últimos días? ¿Preservar la calidad de vida o evitar a alguien con la edad mental de 6 años el trauma de la muerte de un hermano? Poder evaluar y controlar estas cuestiones es un problema del más alto rango; máxime, cuando los llamados a sustituir la voluntad del paciente incapaz o inconsciente son con frecuencia *sus herederos*, es decir, personas que podrían tener incentivos económicos perversos a la hora de tomar decisiones sobre el final de la vida de dicho paciente.

Para analizar estas cuestiones, la actuación *en beneficio del paciente* puede ser evaluada por el tercero sustituto de tres modos distintos:

- Conforme a *las valoraciones subjetivas del tercero decisor*.
- Conforme a una *ponderación objetiva de las opciones médicamente indicadas para la vida y la salud del paciente* (en la doctrina y jurisprudencia anglosajona, este criterio es denominado con frecuencia «best interest» o «superior interés» del paciente).
- Conforme a *lo que el paciente habría decidido en caso de poder formular su decisión* (en el ámbito jurídico anglosajón, este criterio es denominado con la expresión *substituted judgment*).

Algunos autores han considerado que, en realidad, una correcta concepción del criterio del *substituted judgment* integra en realidad el *best interest* o «superior interés del paciente» (11). De hecho, la propia *Mental Capacity Act* británica de 2005 (c.9, part I, 4) (12) introduce las preferencias hipotéticas del paciente bajo el epígrafe *best interest*. Sobre esta cuestión volveremos brevemente *infra* (13); pero a efectos terminológicos, en el texto emplearemos la expresión inglesa «*best interest*» para referirnos a la ponderación objetiva de las circunstancias médicas, y «*substituted judgment*» para la atención de las valoraciones y opciones del sujeto.

En la mayoría de los supuestos «normales», estos tres criterios coincidirán. Sin embargo, dado que el ámbito de las decisiones médicas –en especial, las decisiones al final de la vida– es un terreno especialmente delicado, donde las concepciones éticas, sociales y

(11) Así, DWORKIN, Gerald, «Law and Medical Experimentation: of Embryos, Children and Others with Limited Legal Capacity», *Monash University Law Rev.*, pp. 189-200.

(12) Ver también HERRING, *Medical Law and Ethics*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 114 ss.

(13) Epígrafe 7.b.

religiosas de los ciudadanos divergen notablemente, debe subrayarse que ni los tres criterios alcanzarán siempre las mismas soluciones... ni todos ellos son igualmente legítimos.

2. LAS VALORACIONES SUBJETIVAS DEL REPRESENTANTE

A pesar de que en algunos ámbitos (como, con limitaciones, en la *elección de la formación religiosa de los hijos*) el parámetro de las valoraciones subjetivas del representante legal es reconocido como criterio válido en las decisiones que afectan a la persona cuyo juicio se sustituye, en el caso del consentimiento informado sustituido no es así. Un padre Testigo de Jehová no podría imponer a su hijo el rechazo de una transfusión; y una madre convencida de la bondad de la castidad prematrimonial no puede rechazar el tratamiento anticonceptivo a sus hijas menores si tienen madurez para comprender la naturaleza e implicaciones de la decisión (como se decidió en el famoso caso Gillick, auténtico *leading case* de la Jurisprudencia inglesa en materia de capacidad para prestar consentimiento⁽¹⁴⁾).

Debe notarse que en las cuestiones relativas a las decisiones médicas las concepciones morales y religiosas tienen un influjo fundamental; sin embargo, ni los padres, ni los representantes legales de un incapacitado, ni los familiares de alguien que ha caído en un estado de

(14) *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1985] 3 All ER 402 (House of Lords). El caso, muy resumidamente, consistió en una demanda de la Sra. Victoria Gillick, madre de diez criaturas, contra las autoridades sanitarias de su área porque habían proporcionado asesoría y tratamiento anticonceptivo a su hija, una adolescente aún menor de 16 años. En opinión de la Sra. Gillick, esto suponía no sólo una incitación al sexo infantil sino además un tratamiento médico no consentido. La House of Lords, en las exposiciones de Lord Fraser y Lord Scarman, concluyó que una adolescente menor de 16 años «no es por su edad incapaz de prestar consentimiento» para recibir asesoría y tratamiento anticonceptivo, siempre que entienda plenamente el propósito del tratamiento (lo cual supone una cuestión *de facto*, que debe investigarse en cada supuesto).

Sobre el caso Gillick ver, por todos, KENNEDY/GRUBB, *Medical Law*, 3.^a ed., London, Butterworths, 2000, p. 607; DE LORENZO Y MONTERO, Ricardo/SÁNCHEZ CARO, Javier, «El consentimiento informado», en DE LORENZO MONTERO (coord.), *Responsabilidad legal del profesional sanitario*, Madrid, 2000, p. 75-76; DE LORENZO Y MONTERO, «El consentimiento informado y la información clínica en el Derecho español. Incidencia del Convenio Europeo de Bioética»; en AA.VV., *Derecho Médico. Tratado de Derecho Sanitario*, Tomo I. *Doctrina. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Colex, 2001, p. 210; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, «Intervenciones corporales obligatorias y tratamientos sanitarios obligatorios»; en AA.VV., *Internamientos involuntarios, intervenciones corporales y tratamientos sanitarios obligatorios*, Madrid, CGPJ, 2000, p. 214; DOMÍNGUEZ LUELMO, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, Valladolid, Lex Nova, 2003, p. 291.

inconsciencia y ha de ser intervenido, están autorizados a *imponer* sus visiones al incapaz de consentir. El tercero sustituto *carece de legitimidad* frente al paciente para adoptar su criterio particular cuando diverge de la opción médicamente indicada o –si es posible probarlo– de la que el paciente habría deseado.

Esto, que es evidente cuando hablamos de la actuación en sustitución de un *adulto*, no varía cuando hablamos de *menores*. Los padres a estos efectos no tienen un *derecho subjetivo* en sentido estricto relativo a las decisiones sobre la salud de su hijo: sus derechos están «condicionados» al ejercicio en beneficio del menor. En este sentido, frente al menor son meramente *facultades* (15).

Dicho esto, sólo una visión muy ingenua ignoraría que, *de facto*, no pocas veces el tercero sustituto actúa conforme a sus propias valoraciones, coincida o no con la del paciente (16). Precisamente por ello cobra una fundamental importancia lo que se expondrá a continuación respecto de los criterios de decisión realmente aplicables, a los efectos de poder evaluar la decisión del sustituto y su conformidad a Derecho; cuestión de la máxima relevancia cuando, por ejemplo, dos posibles sustitutos tienen posiciones opuestas en relación con una decisión.

No obstante lo expuesto, existe algún supuesto marginal en que parecería socialmente aceptado que la opción religiosa de los padres determine intervenciones quirúrgicas sobre menores inmaduros. Así ocurre cuando hablamos de circuncisión de niños pequeños, inducida por la religión de los padres. Probablemente en la aceptación social de esta conducta influye que por lo general no se trata de una intervención *médicamente no indicada* (pues la circuncisión puede ser aconsejada con base en criterios médicos objetivos, no religiosos). Así, en cuanto la intervención por alguna razón se torna «no» indicada (por ejemplo: en ciertos casos de hipospadía), los padres no podrían consentir en la circuncisión (ni el médico ejecutarla) sin incurrir en responsabilidad penal por lesiones muy graves.

(15) Así, con rotundidad, *Gillick v West Norfolk*. Evidentemente, sí existen ciertos *derechos* de los padres en relación con los menores en los que el Estado no puede injerirse injustificadamente (por ejemplo, derecho a verles y a convivir con ellos); lo que aquí se dice únicamente es que las posiciones jurídicas paternas «en lo relativo al cuidado del menor» son facultades y no derechos.

(16) Es más: en no pocos casos, el tercero decisor es una persona que «puede tener interés patrimonial en la muerte del paciente» (coincidencia de intereses ésta que supone un incentivo para adoptar decisiones que «no» prolonguen la vida del sujeto; incentivo que por lo general no tendrá influjo en la decisión del familiar, pero que en cualquier caso no colabora a «garantizar» los derechos del paciente).

3. LA DECISIÓN QUE EL PACIENTE HABRÍA ADOPTADO («SUBSTITUTED JUDGMENT»). TESTIMONIO DE VOLUNTAD ANTICIPADA Y VOLUNTAD HIPOTÉTICA DEL PACIENTE

Este criterio es el que más se ajusta al *respeto a la autonomía del paciente* (17): en el caso de poder expresar su voluntad, ¿qué opción habría adoptado el paciente? (18)

En la medida en que supone investigar la decisión (real o hipotética) del paciente, este criterio sólo es aplicable a los supuestos de sustitución de la voluntad de un sujeto competente que ha devenido incapaz de expresarse o ha perdido dicha competencia: así, a los supuestos de inconsciencia de un adulto o un menor maduro (por el contrario, no será aplicable a quienes *nunca disfrutaron de capacidad*) (19).

En aplicación de este criterio, el sustituto o representante cumple una función similar a la de unas Instrucciones previas verbales, transmitiendo al médico responsable del tratamiento los deseos que albergaba el sujeto antes de devenir incapaz de expresarlos. Cuando nos referimos a sujetos que antes de su situación *no poseían capacidad de prestar consentimiento* (por ejemplo, niños pequeños) (20), se dice que no es posible emplear este criterio, sino únicamente el del *best interest* (21). Como veremos (apartado 7.b), esto puede ser matizado.

(17) BEAUCHAMP, Tom L./CHILDRESS, James F., *Principios de ética biomédica*, Barcelona, Masson, 1999, p. 161 ss.; ROMEO CASABONA, Carlos M.^a, «Los derechos de los pacientes: información clínica y autonomía del paciente», en *Las transformaciones del Derecho Penal en un mundo en cambio*, Arequipa (Perú), Adros, 2004, p. 32. De modo más general, ver RAWLS, John, *A Theory of Justice. Revised edition*, 6th printing. Harvard Univ. Press, 2003, p. 183.

(18) AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION: COUNCIL ON ETHICAL AND JUDICIAL AFFAIRS, «Surrogate Decision Making» (2001), p. 3; *BESCHLÜSSE des 63. deutschen Juristentages*, Leipzig, 2000, conclusión 4.1.

(19) SANTOS MORÓN, M.^a José, *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos, honor, intimidación e imagen*, Madrid: Escuela libre editorial, 2000, p. 83; DE LORA, Pablo, «Autonomía personal, intervención médica y sujetos incapaces», en *Enrahonar. Quaderns de filosofia*, 40/41, 2008, p. 129.

(20) HUI, Edwin C., «The best interests of mentally incapacitated patients without a living will», en *Hong Kong Medical Journal*, vol. 14, núm. 1, febrero 2008, p. 78 ss., p. 78; DE LORA, Pablo, «Autonomía personal, intervención médica y sujetos incapaces», en *Enrahonar. Quaderns de filosofia*, 40/41, 2008, pp. 128-129.

(21) SHEPHERD, L., «Dignity and Autonomy after Washington v. Glucksberg: An Essay About Abortion, Death, and Crime», en *Cornell Journal of Law and Public Policy* 7 (1998), p. 431 ss., p. 443; KENNEDY/GRUBB, *Medical Law*, p. 831; BARRIO CANTALEJO/SIMÓN LORDA, «Criterios éticos para las decisiones sanitarias al final de la vida del paciente», en *Revista Española de Salud Pública* núm. 4-2006, p. 306.

Cuando hablamos de la decisión que ante la duda en cuestión habría tomado el sujeto surgen dos conceptos distintos: el de *testimonio de voluntad anticipada* y el de *voluntad hipotética*. En ocasiones se manejan de modo indistinto, pero no son idénticos.

– Hablamos de *testimonio de voluntad anticipada* cuando alguien *ya ha expresado su voluntad en relación con una determinada clase de intervención* y el sustituto *atestigua* cuál era la voluntad *real* del paciente. En el caso «Eluana Englaro», por ejemplo, el Sr. Englaro testificó que su hija Eluana *había expresado clara y unívocamente su voluntad* de no ser alimentada e hidratada artificialmente en el caso de caer en un Estado Vegetativo Permanente.

– Sin embargo, el término *voluntad hipotética* se refiere a los supuestos en los que nadie puede testimoniar una declaración previa de voluntad referida a la específica situación en la que debe prestarse el consentimiento, pero en los que el decisor sustituto intenta *reconstruir* cuál habría sido la voluntad del sujeto con base en otros datos (como su religión, o filosofía vital, sus valores, su opinión respecto de supuestos similares, etc.) (22).

La importancia de este criterio es fundamental, ya que en la actualidad son muy pocas las personas que firman Documentos de Instrucciones Previas del artículo 11 LAP (que constituyen el medio más fiable de prueba de la *voluntad anticipada*). Por ello, si de algún modo alternativo puede hacerse constar cuál habría sido la voluntad del paciente en el concreto caso, ello permitiría salvaguardar en mayor medida su autonomía. Esta es la causa por la que en la mayoría de los documentos internacionales se considera que el criterio de la voluntad hipotética del paciente ha de primar sobre la concepción más objetiva del *best interest*.

A pesar de que no parece que la LAP haga expresa y específica referencia a este criterio, puede encontrarse tácitamente aludido en la mención que hace el artículo 9.5 a la «dignidad» del paciente (la decisión del representante ha de adoptarse «siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal»): atentaría contra la dignidad del paciente la imposición de tratamientos u otras opciones médicas contrarias a su voluntad.

(22) Las resoluciones judiciales en el caso Englaro son confusas, pues aunque el Sr. Englaro testificó una «voluntad anticipada» de su hija basada en sus manifestaciones «directas» sobre esa clase de situaciones, sin embargo las sentencias hablan de «reconstruir» la decisión de la paciente Eluana Englaro, como si no hubiese prueba de una voluntad (permítaseme) «perfectamente construida».

Sin embargo, y a pesar de lo expuesto, no deben dejar de notarse los rasgos más problemáticos de este criterio de decisión:

- En primer lugar, el que una persona haya comentado con amigos o familiares una determinada posición (p. ej.: el rechazo a medidas de tratamiento intensivo, la voluntad de no ser alimentado o hidratado artificialmente; o la indignación ante un polémico caso de «desconexión» recogido en la prensa, etc.) sin haberla hecho constar en unas Instrucciones Previas, ello puede deberse tanto a una omisión desidia (23) como a que realmente, dijera lo que dijese, *realmente no deseaba adoptar tal decisión (o no estaba tan seguro)*. Una cosa es la seriedad con la que se adoptan decisiones vinculantes en un documento y otra la ligereza con la que se pueden hacer comentarios no vinculantes.

- En segundo lugar, debe subrayarse la *endeblez probatoria* de un criterio de estas características, ya que puede bastar con que el familiar o allegado con suficiente cercanía al paciente *diga* cuál era la voluntad del paciente para que se adopte esa decisión. Esto difumina enormemente los límites fácticos entre este criterio y el de las valoraciones subjetivas del representante (24).

- Por último, en la medida en que se trata de la prueba de una cuestión fáctica mediante testimonio, *cabe prueba en contrario*. Es precisamente por ello por lo que hemos podido asistir en algunos casos conocidos a *debates entre familiares* acerca de cuál era realmente la voluntad del paciente (como, notablemente, en el famoso caso Schiavo).

Precisamente por esta debilidad, autores como Buchanan y Brock (25) han codificado los elementos más relevantes a efectos de la *credibilidad y autoridad moral del testigo* y han elaborado un test con

(23) Pues, como decimos, hoy poca gente redacta Documentos de Instrucciones Previas.

(24) «El criterio del juicio sustitutivo exige una enorme honestidad moral. El sustituto tiene que ser capaz de poner entre paréntesis sus propias opiniones para ponerse en el lugar de la persona a la que sustituye. Existe el riesgo de que lo que el sustituto expresa como «juicio sustitutivo» no sea más que su propia opinión, deseo o juicio» (BARRIO CANTALEJO/SIMÓN LORDA, «Criterios éticos para las decisiones sanitarias al final de la vida del paciente», en *Revista Española de Salud Pública* núm. 4-2006, p. 307).

(25) BUCHANAN, Allen E.; BROCK, Dan W., *Deciding for Others: The Ethics Of Surrogate Decision Making*, Cambridge: Cambridge University Press, 1990 (reimp. 1998), pp. 120-121 [ver también BARRIO CANTALEJO/SIMÓN LORDA, «Criterios éticos para las decisiones sanitarias al final de la vida del paciente», en *Revista Española de Salud Pública* núm. 4-2006, p. 312 (Anexo 3)].

una serie de *reglas de prudencia (rules of thumb)*. Así, en paridad de condiciones, una declaración tiene más peso probatorio...

– Cuanto más concretamente esté expresada (p. ej., si el paciente ha dicho que *en caso de inconsciencia permanente no quiere ser mantenido con respiración asistida*, tiene más peso que si ha dicho que no quiere *ser mantenido vivo con máquinas*).

– Cuanto más directamente se refiera al propio paciente (p. ej., si el paciente hubiese dicho que no querría que *a él* le mantuviesen con vida con ciertos medios, tendría más peso que si hubiese dicho que le parecía mal que *a otra persona* le mantuviesen con vida con dichos medios).

– Cuanto mayor sea el número de fuentes probatorias (p. ej., si sólo hay *un testigo* de la manifestación del paciente, ello tiene menor peso probatorio que si hubiese *varios* no conexos).

– Cuanta mayor fiabilidad tengan dichas fuentes (por su proximidad afectiva (26) al paciente, la ausencia de conflictos de intereses, etc.).

– Cuanto más reiteradas hayan sido las manifestaciones del paciente (el testimonio de *una sola manifestación* es evidentemente más endeble que el testimonio de una *actitud constante manifestada a lo largo del tiempo*).

En aplicación de los dos primeros criterios, tiene mayor peso probatorio el testimonio de una *voluntad real (el paciente afirmaba que no quería ser mantenido artificialmente con vida si caía en un estado vegetativo permanente)* que la *reconstrucción de la voluntad hipotética* con base en los datos concretos de la historia del sujeto («como el paciente iba asiduamente a misa, debe seguir la doctrina católica y por ello ha de ser mantenido con vida aunque ello suponga prolongar artificialmente el proceso de muerte»); y menor aún cuanto *menos unívocos* sean los indicios (la asistencia asidua a misas dominicales no es prueba inequívoca de que un sujeto prefiera el sostén artificial de su vida aunque ello prolongue su dolor o su proceso de muerte: la doctrina católica alberga diversas concepciones en este aspecto; y la pertenencia a una religión no significa la asunción global de todos sus preceptos).

En el apartado e) se volverá más detalladamente sobre esta cuestión, al analizar cómo cohonestar el criterio del *substituted judgment* y el del *best interest*.

(26) LÓPEZ-CHAPA, Sara, *Autonomía del paciente y libertad terapéutica*, Barcelona: Bosch, 2007, p. 115.

4. ATENCIÓN AL BIENESTAR, LA SALUD Y LA VIDA DEL PACIENTE EN TÉRMINOS OBJETIVOS (*BEST INTEREST* O *SUPERIOR INTERÉS EN TÉRMINOS OBJETIVOS* DEL PACIENTE)

En ausencia de manifestación de la voluntad específica del paciente capaz (ya sea mediante un *documento de Instrucciones Previas*, ya mediante el testimonio de un pariente o allegado)(27) y de posible reconstrucción de su *voluntad hipotética*, el criterio a aplicar es el de la atención a la salud, la vida y el bienestar del paciente, según «criterios objetivos médica y socialmente consensuados».

Se trata del criterio más objetivable y, por ello, el menos controvertido. Se trata de adoptar la decisión *más beneficiosa en términos objetivos para el bienestar, la salud y la vida del sujeto*(28), atendiendo a los criterios de la *lex artis* médica. La interpretación más habitual encuentra este criterio reflejado en el artículo 9.5 de la LAP, que exige que el consentimiento «por representación» se otorgue «siempre en favor del paciente».

La Comisión Presidencial Norteamericana para Bioética definió el criterio en los siguientes términos:

«Because many people have not given serious thought to how they would want to be treated under particular circumstances, or at least have failed to tell others their thoughts, surrogates often lack guidance for making a substituted judgment. Furthermore, some patients have never been competent; thus, their subjective wishes, real or hypothetical, are impossible to discern with any certainty. In these situations, surrogate decisionmakers will be unable to make a valid substituted judgment; instead, they must try to make a choice for the patient that seeks to implement what is in that person's best interests by reference to more objective, societally shared criteria. Thus the best interests standard does not rest on the value of self-determination but solely on protection of patients' welfare.

(27) AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION: COUNCIL ON ETHICAL AND JUDICIAL AFFAIRS, *Surrogate Decision Making* (2001), p. 4.

(28) *BESCHLÜSSE des 63. Deutschen Juristentages*, Leipzig, 2000, conclusión 4.3. Por el contrario, autores como SILVA SÁNCHEZ sostienen que el criterio rector en los casos de sujetos incapaces de decidir no debe ser tanto el «bienestar» como el principio *in dubio pro vita*, «incluso aquella irremisiblemente abocada a su pronta extinción o aquella que discurre con intensos dolores físicos o psíquicos» [SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: «Los “documentos de instrucciones previas” de los pacientes (11.1 Ley 41/2002) en el contexto del debate sobre la (in)disponibilidad de la vida», en *La Ley* 2003-4, p. 1663-1671].

In assessing whether a procedure or course of treatment would be in a patient's best interests, the surrogate must take into account such factors as the relief of suffering, the preservation or restoration of functioning, and the quality as well as the extent of life sustained. An accurate assessment will encompass consideration of the satisfaction of present desires, the opportunities for future satisfactions, and the possibility of developing or regaining the capacity for self-determination» (29).

En efecto, los criterios fundamentales han de comenzar por el *alivio del sufrimiento*. En condiciones normales, el alivio del sufrimiento grave y persistente debe ser el criterio superior (*a menos que, atendiendo a las concretas circunstancias, pueda ser compensado por la consecución de un avance terapéutico fundamental*); después vendrán el avance terapéutico plasmado en la conservación o recuperación funcional, la calidad y la duración de la vida. La pura duración de la vida vegetativa sin esperanza médica de recuperación, por lo general y salvo casos excepcionales, es un criterio de rango notablemente inferior al del bienestar físico, la ausencia de dolor y la calidad de vida.

Ahora bien: en no pocas ocasiones existirán varias soluciones admisibles desde el punto de vista de los intereses de un paciente incapaz: por poner dos ejemplos extremos:

- En casos de menor entidad, la decisión de realizar o no realizar intervenciones médicas menores.
- En el extremo opuesto, la decisión de someter o no a un paciente terminal a una operación sumamente arriesgada pero que podría alargar su vida hasta un año.

En esos casos, nos encontraremos con que el criterio del «superior interés» delimita un *marco de decisiones admisibles*, dentro del cual el tercero sustituto debe moverse atendiendo a las específicas circunstancias del paciente.

En cualquier caso, la existencia de un criterio *objetivo* supone que *cabe evaluar objetivamente la decisión del representante*. El representante que sólo pueda apelar al criterio del *best interest* no podrá decidir válidamente una opción médicamente no indicada (30): ante

(29) PRESIDENT'S COMMISSION FOR THE STUDY OF ETHICAL PROBLEMS IN MEDICINE AND BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH. *Deciding to Forego Life-Sustaining Treatment. Ethical, Medical, and Legal Issues in Treatment Decisions*, Washington DC: U.S. Gov. Printing Office, 1983, pp. 134-135.

(30) «Where, for example, there is more than one therapy available, a decision in favor of anyone of those considered appropriate by health care professionals will be acceptable under the best interests standard. However, the *best interests* standard

una decisión del representante cuestionable desde el punto de vista médico, tanto el facultativo como otros parientes o allegados del paciente pueden acudir al Juez para que califique la decisión del representante como contraria a los intereses del paciente y adopte una decisión distinta.

5. CONCRECIÓN: *BEST INTEREST VS. SUBSTITUTED JUDGMENT*. ¿PUEDE EL REPRESENTANTE ADOPTAR LAS MISMAS DECISIONES QUE PODRÍA ADOPTAR UN PACIENTE ADULTO Y CAPAZ?

La respuesta a esta pregunta depende de cuál sea el criterio que pueda aducir el representante.

Como hemos señalado, tanto la doctrina como diversas instituciones internacionales han subrayado el primado del criterio de la voluntad (real o hipotética) del paciente sobre la concepción más objetiva de la atención objetiva al bienestar, la salud y la vida del paciente (*best interest*). Sin embargo, la cuestión requiere una aproximación más detallada.

El representante solamente puede *actuar en favor del paciente y con respeto a su dignidad humana*. Por ello, en principio y mientras esté actuando con base en el criterio del superior interés del paciente en términos objetivos (*best interest*) no podrá adoptar decisiones terapéuticas contrarias a la *lex artis*. Una hipotética decisión de *rechazo arbitrario del tratamiento*, por ejemplo, carecería de validez, pues se saldría de los márgenes legales de su mandato. Cuando el sustituto esté decidiendo al amparo del criterio de la atención objetiva al bienestar, la salud y la vida del paciente, sólo puede moverse en el marco de lo médicamente indicado, y cualquier decisión fuera de ese marco habrá de ser considerada inválida.

En este punto se ve con claridad el diferente margen de decisión que tienen el representante cuando sigue el criterio del *best interest* y el paciente capaz, pues el paciente plenamente capaz puede adoptar decisiones *contrarias a la indicación médica*, como lo es un rechazo «arbitrario» o «inmotivado» al tratamiento (así lo recoge el artículo 21 LAP al regular el alta forzosa por rechazo al tratamiento indicado;

would preclude the surrogate from choosing a therapy that is totally unacceptable by professional standards» (PRESIDENT'S COMMISSION, *Making Health Care Decisions*, pp. 179-180).

rechazo que incluso puede vincular al centro a ofrecerle soluciones paliativas no terapéuticas)(31).

Artículo 21 LAP. «El alta del paciente.

1. En caso de no aceptar el tratamiento prescrito, se propondrá al paciente o usuario la firma del alta voluntaria. Si no la firmara, la dirección del centro sanitario, a propuesta del médico responsable, podrá disponer el alta forzosa en las condiciones reguladas por la Ley. El hecho de no aceptar el tratamiento prescrito no dará lugar al alta forzosa cuando existan tratamientos alternativos, aunque tengan carácter paliativo, siempre que los preste el centro sanitario y el paciente acepte recibirlos. Estas circunstancias quedarán debidamente documentadas.

2. En el caso de que el paciente no acepte el alta, la dirección del centro, previa comprobación del informe clínico correspondiente, oír al paciente y, si persiste en su negativa, lo pondrá en conocimiento del juez para que confirme o revoque la decisión».

Sin embargo, un representante que sólo pueda aducir el criterio del superior interés en términos objetivos nunca podría adoptar una decisión que se saliese del marco de decisiones médicamente indicadas.

Ahora bien: si el representante puede demostrar que actúa siguiendo el criterio de la voluntad real, en realidad estaría transmitiendo la decisión del paciente. Como hemos dicho, actuaría igual que un «documento verbal de Instrucciones Previas», y podría llegar a autorizar un rechazo «arbitrario» del tratamiento. Si en efecto el testimonio del representante es fiable a este respecto, su decisión (¡en realidad, su declaración de conocimiento respecto de la decisión del paciente!) puede tener el mismo alcance que la del paciente.

(31) La expresión «rechazo arbitrario o inmotivado al tratamiento» se refiere a un rechazo «no indicado terapéuticamente». Existen supuestos en los que puede considerarse una opción terapéuticamente indicada tanto el seguimiento como el rechazo al tratamiento (así, tratamientos muy invasivos que prometen poco beneficio, o en pacientes cuya situación es frágil, etc.). Sin embargo, en otros casos son motivos idiosincrásicos, religiosos, etc., los que llevan a una persona a rechazar el tratamiento. El supuesto paradigmático es el rechazo de los Testigos de Jehová a tratamientos que impliquen transfusiones sanguíneas. Los denomina «rechazos *anormales*» BUENO ARÚS, F., «El consentimiento del paciente», en MARTÍNEZ-CALCERRADA, L. (dir.), *Derecho Médico*, vol. primero, *Derecho Médico General y Especial*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 288. DWORKIN, Ronald, considera que la posibilidad de esta clase de rechazos expresan el reconocimiento al «derecho [del paciente] a vivir una vida estructurada por sus propios valores» (DWORKIN, R., *Life's dominion. An Argument about abortion, euthanasia, and individual freedom*. Nueva York: Knopf, 1993, pp. 243-244).

Si un familiar puede demostrar válidamente que el paciente adulto inconsciente es un Testigo de Jehová ortodoxo, ello puede ser considerado prueba suficiente de que su voluntad es *no recibir transfusiones sanguíneas*; y, por ello, puede vincular al médico.

Por supuesto, esto debe ser considerado con el máximo cuidado desde el punto de vista probatorio. Ser creyente de una determinada religión no significa seguir invariablemente todos sus mandatos en todo momento, máxime cuando ello puede traer consigo la propia muerte. Esta presunción es aún más endeble cuando se refiere a *religiones mayoritarias*, donde en no pocos casos los fieles participan del rito más por los factores sociales e inerciales que por una fe ortodoxa.

No obstante, el caso del Testigo de Jehová es un supuesto razonablemente *claro*. En el ejemplo propuesto, el paciente está *adscrito a un conjunto de creencias cognoscibles por cualquiera* (las creencias y reglas de una determinada religión), y ello se objetiva en su identificación pública como Testigo de Jehová; además, ese conjunto de creencias afectan *notoria, directa y unívocamente* al rechazo de ciertos tratamientos como las transfusiones sanguíneas; y el factor inercial es de menos relevancia que en credos con mayor presencia social.

Pero si nos apartamos de casos como el de los Testigos de Jehová, la mayoría de las personas no expresa públicamente sus valoraciones u opciones respecto de los tratamientos médicos. *Por ello, el testimonio de los familiares o personas allegadas –aisladamente considerado– con frecuencia no tendrá la misma fuerza de convicción que en el caso de los testigos de Jehová.*

Esto es lo que se pone de manifiesto en supuestos famosísimos como el caso «Englaro». En este caso, uno de los puntos centrales consistía, según la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Milán, en la prueba de la voluntad de Eluana Englaro. La Corte de Apelaciones de Milán debió contrastar la verosimilitud del testimonio de la voluntad de la paciente inconsciente, efectuada por su padre. A tal efecto, la Corte tomó en cuenta los testimonios de varias amigas de la paciente y la contrastación efectuada no ya por el padre y tutor, sino por una *curadora especial* de la joven. Sin embargo, y como hemos señalado anteriormente, debe notarse que el Sr. Englaro no «reconstruyó» cuál habría sido la posición de su hija ante esta situación, sino que testificó que su hija, cuando aún podía manifestar sus opiniones, expresamente solicitó que en el caso de caer en Estado Vegetativo Permanente no dejasen jamás que se la sometiese a un tratamiento de alimentación e

hidratación forzosa, por considerarlo un auténtico *accanimento terapeutico* (*enseñamiento terapéutico*) (32).

Por su parte, en el famoso «Caso Schiavo» (también relativo a la retirada de alimentación e hidratación artificial a una persona en Estado Vegetativo Permanente tras quince años), uno de los puntos centrales fue la determinación de cuál era su voluntad respecto de esos tratamientos. El marido de la paciente, Michael Schiavo, afirmaba que era voluntad *manifestada* de su esposa no recibir esa clase de tratamiento intensivo prolongado, y aportó testimonios variados de distintos amigos comunes. Por su parte, los padres de la paciente adujeron que ella era una persona católica, que no quería contravenir las directrices de la Iglesia respecto de la eutanasia (reconstrucción de la voluntad hipotética). Los tribunales consideraron más verosímil la versión del marido, quien afirmaba que su mujer no deseaba esa situación (en lo que se ha dado en llamar la decisión «Schiavo I», resol. de 24 de enero de 2001 de la *Florida 2nd District Court of Appeal (In re guardianship of Theresa Marie Schiavo, Incapacitated)*) (33).

Si la prueba testifical de una voluntad «real» anticipada no es el modo más sólido de probar la voluntad del paciente, la reconstrucción de cuál habría sido esa voluntad basándonos en sus valores vitales, manifestaciones colaterales, etc. (voluntad hipotética) es un expediente que difícilmente sería admitido en otros ámbitos jurídicos. Sin embargo, dado lo dramático de los intereses en juego y la ausencia de alternativas, se trata de un recurso del que no se puede prescindir. Es cierto que se trata de un expediente *informal*, pero téngase en cuenta que en este punto la ley opta deliberadamente por vías poco formalizadas que permitan alcanzar con cierta flexibilidad la solución más razonable (34). Así, en el caso de que dos hijos del paciente disintiesen del tratamiento que debe darse a su padre moribundo y acudiesen a los Tribunales, el criterio de la *voluntad hipotética* permitiría orientar, en cierta medida y dentro de lo que cabe, la decisión del Juez.

(32) Aunque en el proceso se habla constantemente de «reconstrucción de la voluntad presunta» o «hipotética», según lo expuesto parece que más que una «reconstrucción de la voluntad hipotética», en el caso el Tribunal investigó la veracidad de los testimonios que probaban una «manifestación informal de voluntad real anticipada».

(33) <<http://abstractappeal.com/schiavo/2dcaorder01-01.txt>>.

(34) También los criterios legales de selección de las personas que pueden prestar consentimiento por sustitución en el caso de adultos inconscientes son sumamente informales (personas vinculadas por razones familiares o de hecho; *vid.* ROMEO CASABONA, *Los derechos de los pacientes: información clínica y autonomía del paciente*, cit., p. 31).

Así, la inseguridad jurídica que reina en casos como estos sería inimaginable en un ámbito como el de las «sucesiones *mortis causa*», por ejemplo. Ahí, el Derecho reconoce una disponibilidad amplísima al disponente; pero también establece con claridad unas reglas para cuando el disponente *no ha dicho nada* (reglas de la sucesión *abintestato*), de modo que cuando se abre la sucesión el juez no ha de perderse investigando qué es lo que quería (¡o hubiese querido!) el *de cuius* que se hiciese con su patrimonio. Sin embargo, dada la variedad de concepciones coexistentes en nuestras sociedades acerca del final de la vida y su tratamiento médico, no nos es posible cubrir ese espacio de incertidumbre con presunciones o reglas generales.

Eso no significa, no obstante, que ante la ausencia de datos sobre la voluntad del paciente inconsciente el Derecho sea incapaz de discernir entre varias opciones terapéuticamente posibles. Entre las diferentes opciones, deben ser consideradas prioritarias aquellas que reporten un mayor bienestar cuando la curación ya no es posible (así, por poner un ejemplo evidente, la mera prolongación de la vida –*rectius*: la mera prolongación del *proceso de la muerte*– mediante «encarnizamiento terapéutico» es considerada ya de modo casi unánime como una opción sólo aplicable cuando el paciente específicamente la solicita). Esto es de capital importancia cuando hablamos de decisiones al final de la vida respecto del paciente inconsciente (35). Con motivo de ciertos casos recientes, tomaba posición hace algunos años Gimbernat Ordeig:

«Por lo que se refiere al supuesto del enfermo terminal que está padeciendo graves sufrimientos físicos, y que no puede prestar su consentimiento a un tratamiento paliativo por su bajo nivel de conciencia, o uno eficaz, por ser un menor de edad o por no estar en plenitud de sus facultades mentales, la tesis formulada recientemente desde diversos sectores de que entonces queda en manos de los parientes del paciente si procede o no su sedación, es una tesis incorrecta. Y ello por dos razones:

— La primera porque, a falta de una manifestación previa, expresa o tácita del enfermo, la voluntad presunta de éste no puede ser interpretada en el sentido de que pertenece a ese reducido grupo con tendencias masoquistas, o de mártires en vida, que confiere un valor superior a –y que prefiere– una vida más prolongada acompañada de dolores difícilmente soportables que otra más corta sin esos padecimientos, sino que lo que hay que presuponer es precisamente lo contrario: que se inclina por una eutanasia indirecta, ya que ésta, administrada, por un médico, es un comportamiento penalmente con-

(35) GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «El problema jurídico de la muerte y el dolor», en *Diario El Mundo*, 19 de abril de 2005.

forme a Derecho, cuya práctica, además, debe estar garantizada por el Sistema Sanitario, que tiene la obligación de poner a disposición de los enfermos terminales “unidades de atención paliativa” (arts. 12.2.8 y 132.E Ley 16/2003), y porque tanto el Parlamento Europeo, en junio de 1999, como incluso la doctrina oficial de la Iglesia católica se han pronunciado a favor de admitir la administración de opioides como la morfina y de ansiolíticos, aunque ello suponga un probable acortamiento de una vida que ya sólo tiene la perspectiva de discurrir hasta su final rodeada de un infierno de padecimientos físicos.

— La segunda razón por la que la decisión de los familiares no puede ser determinante para oponerse a los cuidados paliativos de un paciente que no puede expresar su voluntad, o que sólo la puede manifestar ineficazmente desde un punto de vista jurídico, reside en que, en tales casos de consentimiento por representación, el artículo 9.5 de la ya citada Ley 41/2002 dispone que “la prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre a favor del paciente y con respeto a su dignidad personal”, es decir: que ese consentimiento de los familiares sólo es vinculante para el médico si en su prestación se actúa en interés del enfermo y se atiende a la salvaguarda de su dignidad. De donde se sigue que, naturalmente, la negativa de los representantes a que el paciente sea sometido a cuidados paliativos, es decir: la manifestación de voluntad de que aquél prolongue su agonía durante días o semanas entre aullidos de dolor, ni puede considerarse que atienda a los intereses del paciente, ni mucho menos que respete su dignidad, especialmente si se tiene en cuenta que la eutanasia indirecta es penalmente lícita, jurídico-administrativamente conforme a Derecho y que está admitida por instituciones tan divergentes como el Parlamento Europeo y la Iglesia católica».

La posición de Gimbernat en este punto es valiente y sumamente razonable. Me permito tan sólo hacer una pequeña matización:

a) En el caso de pacientes menores o incapaces, los familiares están vinculados al *estándar del best interest*, con lo que su eventual voluntad de prolongar el proceso doloroso de muerte y vetar la sedación sería jurídicamente inválida(36). Como se ha expuesto *supra*, la prolongación del proceso de muerte y de la agonía dolorosa es contraria al superior interés del paciente en términos objetivos, que vincula siempre a los representantes de menores o incapaces.

b) En el caso de la sustitución de la voluntad de pacientes adultos, los parientes no pueden adoptar una decisión a favor de la prolongación de la agonía y contra la aplicación de sedación con «doble

(36) En un caso extremo, como el de la omisa transfusión al hijo de un testigo de Jehová, la mencionada STS 950/1997 plasma esta orientación, al subrayar que el criterio de la libertad religiosa no puede imponerse a la protección de la vida de un menor.

efecto...» a menos que puedan demostrar razonablemente que esa era la voluntad del paciente adulto inconsciente (*substituted judgment*), pues el criterio de la voluntad del paciente es de más alto rango que el de su «superior interés» en términos objetivos.

Ahora bien: una decisión de esta naturaleza y gravedad exige un peso probatorio muy elevado, ya que compromete probablemente uno de los riesgos más terribles para cualquier ser humano: la muerte entre tormentos. Por ello, sólo ante un documento de Instrucciones Previas o ante un conjunto de testimonios con alto peso probatorio (en los términos definidos *supra*, según el test de Buchanan y Brock) puede fiablemente determinarse que esa es la voluntad del paciente.

Y es que a la hora de probar que la voluntad anticipada (no documentada) o la «voluntad hipotética» de un paciente inconsciente era ser tratado de esta o aquella manera, no todas las posibles soluciones están en pie de igualdad desde el punto de vista probatorio, sino que las más alejadas del estándar del *best interest* requieren una prueba más sólida.

Así, cuando existen distintas decisiones terapéuticamente indicadas, la decisión por una u otra puede basarse sin problemas en un testimonio de voluntad adelantada o en la reconstrucción de la voluntad hipotética. Sin embargo, ello resulta tanto más difícil cuanto más se desvíe la supuesta decisión del paciente de los estándares de la protección de la salud, el bienestar y la vida: en esos casos debe exigirse una solidez probatoria mayor. Por ejemplo, pertenece al estándar del *best interest*, por ejemplo, el rechazo a encarnizamientos terapéuticos o al sometimiento a intensos procesos dolorosos para alargar la agonía sin esperanza alguna de curación. Parece también alejado de dicho estándar el mantenimiento indefinido por medios artificiales de la vida vegetativa sin esperanza, una vez se traspasan determinados umbrales de irreversibilidad. En el caso extremo de opción totalmente incompatible con el criterio del *best interest* (el rechazo *arbitrario* o *no indicado* al tratamiento que sostiene la vida, que por ello implica un alto riesgo de muerte del paciente), sólo la «máxima certeza» sería admisible para poder admitirlo como voluntad del paciente.

Ej.: una anciana hospitalizada padece una infección de orina y es necesario tratarla. Su endeble estado de salud la ha hecho caer en un estado de práctica inconsciencia. Su pariente más próximo es su sobrino (a la vez, su único heredero), y es consultado para prestar consentimiento a un sencillo tratamiento, pero éste lo *rechaza* sin más. Cuando se le insiste, señalándole que se trata de un rechazo arbitrario, él contesta que *así se lo había dicho su tía*. En este supuesto el médico no debería admitir esa respuesta y habría de acu-

dir a los órganos jurisdiccionales. Ahora bien: si esa directriz constase expresamente en un *documento de Instrucciones Previas*, sería vinculante para el médico.

Esto resulta aún más evidente cuando nos asomamos a la historia judicial de los criterios de decisión del sustituto. Por lo general, cuando los Tribunales han tomado en cuenta la reconstrucción de la voluntad hipotética u otros expedientes probatoriamente más débiles, ha sido para decidir, de entre dos decisiones médicamente indicadas, la más próxima al criterio del *best interest* incluyendo como parámetros el bienestar y la evitación del encarnizamiento terapéutico sin sentido [caso Englaro (37)]; y cuando los han rechazado, ha sido porque pretendían atestiguar que la voluntad del paciente era la prolongación de situaciones de agonía o estados vegetativos sin esperanza (caso Schiavo).

6. EL PAPEL DEL REPRESENTANTE EN EL MARCO DE LAS INSTRUCCIONES PREVIAS

Una vez expuesto lo anterior, resulta más sencillo describir cuál es el papel del representante designado en los documentos de instrucciones previas. En concreto, debemos preguntarnos: ¿tiene el representante nombrado en el documento de instrucciones previas *un mayor ámbito de juego* a la hora de determinar cuál habría sido la voluntad del paciente ante un determinado tratamiento?

En el artículo 11.1 LAP *in fine* se contiene una breve mención al papel del representante designado en el documento de instrucciones previas:

Artículo 11.1 LAP: Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.

(37) Si bien, como hemos señalado, en el caso Englaro más que una «reconstrucción de la voluntad hipotética» se trataba de un «testimonio de voluntad real anticipada».

Las específicas facultades de este representante se refieren a servir «como interlocutor» con el personal médico «para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas».

En el plano de la interpretación de la voluntad del paciente, pues, la primera de sus tareas tiene que ver con *complementar* o *integrar* las disposiciones previas del paciente en relación con las instrucciones *vagas o equívocas* y las *situaciones no específicamente previstas pero conexas con lo dispuesto en el documento de Instrucciones Previas*.

Esto cobra especial importancia cuando el documento no es muy concreto en relación con la concreta intervención de la que se trata; y aún más cuando el documento en cuestión no sea tanto una relación de instrucciones como un conjunto de directrices genéricas o «valores» (la llamada «*values history*»), donde el sujeto establece cuáles son sus valores éticos superiores en relación con las decisiones al final de la vida)(38). En estos casos, la labor de interpretación del «representante» es tanto más importante cuanto menos concretamente quepa hallar reflejada la solución en dicho documento. En este caso, el paciente ha otorgado expresamente el más amplio ámbito de decisión a su sustituto; ámbito que, en cualquier caso, está limitado por las decisiones que puedan derivarse racionalmente de la «historia de valores».

En lo relativo a lo no previsto, ni directa ni indirectamente en el documento, en principio el representante parecería estar exactamente en la misma situación que cualquier otra persona vinculada al paciente por «razones familiares o de hecho» (art. 9.3.a LAP); así que sus criterios de decisión habrán de ser los mismos que los de los terceros sustitutos del artículo 9.3: *1. voluntad anticipada o hipotética; y 2. ponderación objetiva de los intereses del paciente*.

Sin embargo, concurre una diferencia sumamente relevante: se trata de un representante que ha sido *expresamente nombrado* ad hoc *por el paciente* para velar por que se respete su voluntad en las fases finales de la vida. Sin duda, este factor determina una serie de especificidades muy importantes:

– Pese a que la LAP no establece una prelación o jerarquía entre los posibles sustitutos, aquí es el propio paciente el que la ha establecido. Ciertamente, al señalar al representante lo ha hecho con un conjunto de funciones limitadas (procurar que se cumpla lo establecido en el documento de instrucciones previas): pero al menos en relación

(38) Sobre las *values histories*, ver, por todos, FURROW, Barry *et al Health Law*, 2.^a ed., 2000, § 16-27 («The Values History»); DOUKAS, David J., MCCULLOUGH, Laurence B., «The values history: the evaluation of the patient's values and advance directives», en *Journal of Family Practice* 32 (2), febrero de 1991, pp. 145 ss.

con esas funciones no debe haber duda de que si hay dos posibles interpretaciones –la de un familiar y la suya–, en principio es ésta última la que cuenta con un peso adicional.

– Por otra parte, cuando el representante designado declara sobre reconstrucciones de la voluntad hipotética del paciente, *incluso sobre aquellas que no están directamente recogidas en el documento de instrucciones previas*, su declaración cuenta con un plus de credibilidad. El sustituto es aquí, además de un intérprete cualificado del documento en cuestión, una *persona que cuenta indubitadamente con la confianza del paciente precisamente en relación con la adopción de decisiones relativas al consentimiento informado a tratamiento médico*.

7. EL PACIENTE MENOR DE EDAD Y LA DECISIÓN DEL REPRESENTANTE

a) **Cuestión previa. Limitaciones al representante derivadas de las limitaciones del menor. ¿Puede un menor rechazar arbitrariamente un tratamiento vital?**

Hoy la posición unánime, plasmada en la legislación vigente, parte de que la competencia para adoptar decisiones médicas sobre uno mismo no debe confundirse con la mayoría de edad *general* ni con la capacidad formal en Derecho civil (39). Los requisitos establecidos para adquirir la plena capacidad política o comercial no rigen de modo general para determinar su capacidad de adoptar decisiones en el ámbito médico (40). Es más: ni siquiera se considera que exista *una fecha* antes de la cual no puedan adoptarse autónomamente decisiones médicas y después de la cual sí. Por el contrario el menor, que disfruta de la plena *titularidad* de sus derechos fundamentales, va adquiriendo progresivamente una creciente *capacidad de ejercerlos autónoma-*

(39) JORGE BARREIRO, A., «La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico», CORCOY BIDASOLO, M., «Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular: eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico», en AA.VV., *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada, Comares, 1999, p. 261 ss., p. 279. Rechazó esta perspectiva expresamente la conclusión 2.1 de las *Beschlüsse des 63. Deutschen Juristentages Leipzig 2000*; ALÁEZ CORRAL, *Minoría de edad y Derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2003, Parte II, 2.

(40) LÓPEZ-CHAPA, S., *Autonomía del paciente y libertad terapéutica*, p. 123.

mente (41). Esa capacitación progresiva va permitiendo *de modo gradual* que el menor adopte autónomamente ciertas decisiones, después otras (42), y quedando las más trascendentes reservadas al momento de adquisición de lo que en Francia se ha denominado la plena «mayoría de edad médica».

Este criterio es el que se plasma en la regulación vigente, que otorga al menor maduro la capacidad de consentir personalmente en la medida en que sea *capaz intelectual [y] emocionalmente de comprender el alcance de la intervención* así como las alternativas posibles; y en todo caso, por encima de los 16 años (43). En el resto de los supuestos será el representante el llamado a tomar la decisión. La cuestión es: ¿es el representante libre para adoptar *cualquier* decisión a este respecto? ¿O existen por el contrario criterios objetivos que está obligado a seguir?

En primer lugar debe subrayarse que existen opciones médicas que el representante del menor no puede adoptar, porque tampoco el propio menor capaz podría adoptarlas.

Esto está claro cuando hablamos de la sumisión a experimentación médica o a la donación de tejidos no recuperables, pues la ley expresamente lo veta. Sin embargo, hay otro límite que la Ley no contempla específicamente, pero que cabe derivar de una interpretación sistemática de la Ley de Protección Jurídica del Menor y de la Ley de autonomía del paciente: sea cual sea la evaluación de su madurez, el menor por debajo de los dieciséis años no tiene autonomía plena para decidir un rechazo al tratamiento vital no indicado terapéuticamente (es decir: conforme a la terminología empleada *supra*, un rechazo arbitrario: idiosincrásico, religioso...) cuando éste implica un rele-

(41) Según la opinión del juez Blackmun en la famosa *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth* [428 US 52, 75 (1976)], «los derechos constitucionales no maduran y se hacen realidad mágicamente cuando uno cumple los años establecidos como mayoría de edad por el Estado. Los menores, como los adultos, están protegidos por la Constitución y poseen derechos constitucionales». Esta idea se refleja con claridad en la Exposición de Motivos de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor. Ver también MAUNZ/DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar*, tomo II, Múnich; Beck, 2010, artículo 19.3, núms. 16-17; ROMEO CASABONA, «¿Límites de la posición de garante de los padres respecto al hijo menor? (La negativa de los padres, por motivos religiosos, a una transfusión de sangre vital para el hijo menor)», en *Rev. de Derecho Penal y Criminología*, núm. 2, 1998, p. 337; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, Lex Nova, Valladolid, 2003, p. 290.

(42) «La madurez exigida no tiene por qué ser la misma en todo tipo de actos médicos» (ROMEO MALANDA, *Un nuevo marco jurídico sanitario...*, p. 1529).

(43) Sobre los requisitos cognitivos del consentimiento, ver GÓMEZ PAVÓN, P., *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 92 ss.

vante riesgo mortal (44). Esto es también predicable de los menores entre 16 y 18 años pero *sin* capacidad natural.

En efecto, la autonomía del paciente menor de edad es objeto de desarrollo gradual hasta el momento de su plena adquisición. Sin embargo, mientras hablamos de un menor, hablamos *ex definitione* de un sujeto sometido a protección estatal. Es tarea del Estado proteger al menor y, en este caso, protegerle provisionalmente (hasta que alcance la plena autonomía) incluso de sus propias decisiones *no terapéuticamente indicadas*.

Y es que, por más que hablemos de un *menor maduro*, en realidad nos referimos a un *umbral mínimo de madurez*, que debe medirse también en relación con el concreto tratamiento que ha de consentirse o rechazarse. Así, hay ocasiones en que tanto la aceptación como el rechazo a un tratamiento *que salvaría la vida* pueden ser igualmente opciones razonables en términos de *best interest* (así, por ejemplo, cuando el tratamiento es sumamente agresivo y sólo promete una prolongación escasa de la vida con grandes esfuerzos; o cuando las posibilidades de éxito son bajas, y para su consecución se somete al paciente a padecimientos o graves incomodidades). En esos casos, el rechazo al tratamiento puede ser válidamente decidido por el menor maduro. Sin embargo, cuando el rechazo a tratamientos vitales *no es una opción terapéuticamente indicada* (así, cuando las probabilidades de éxito son *muy altas*, cuando el tratamiento no supone graves padecimientos, etc.), no debe reconocerse al menor de 16 años la posibilidad de vetarlo. Con otras palabras: deben protegerse las expectativas futuras del menor frente a decisiones irrazonables adoptadas por alguien sin plena capacidad. Otra solución *sacrificaría la autonomía futura del sujeto en aras de la hipervaloración de una autonomía aún no plena*. Así, en palabras de De Lora,

«La mejor justificación para desplazar al criterio religioso [scil. en el caso de las negativas a transfusiones por parte de pacientes menores Testigos de Jehová] consiste, a mi juicio, en apuntar a que así se preservan las condiciones de posibilidad del ejercicio de la autonomía futura del menor» (45).

(44) No obstante, SANTOS MORÓN («Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la TC S 154/2002, de 18 de julio», en *La Ley* 2002-7, pp. 1634-1636) considera que debe reconocérsele al menor maduro (incluso «por debajo de los 16 años») el derecho de rechazar tratamientos vitales cuando ello supone afrontar la propia muerte.

(45) DE LORA, P., «Autonomía personal, intervención médica y sujetos incapaces», en *Enrahonar. Quaderns de filosofia*, 40/41, 2008, p. 131. Empleando la paradójica expresión de Caplan, estamos «negando la autonomía para generarla plenamente» [CAPLAN, A., «Denying autonomy in order to create it: the paradox of

La objeción de que nos hallamos ante un criterio *paternalista* carecería de peso: los poderes públicos ante los *menores* están obligados a desarrollar, en mayor o menor medida según la edad del sujeto y la materia en cuestión, relaciones *paternalistas* o de tutela. Un menor es alguien «*sometido*» en algunos extremos a una autoridad paternal/maternal o tutelar. Debería ser evidente que el tratamiento jurídico paternalista *no es en sí inadecuado para un menor* (46).

Parece claro, pues, que respecto de las decisiones al final de la vida una persona de *menos de 16 años* con capacidad natural no está autorizada a «rechazar un tratamiento vital de modo arbitrario o contrario al *best interest*, sin motivo terapéutico alguno» (por ejemplo, por motivos religiosos, idiosincráticos o supersticiosos; por la incapacidad de dominar los lógicos temores ante una intervención; etc.).

Coherentemente, tampoco los representantes podrían adoptar dicho rechazo, pues el criterio del *juicio sustituido* no permite adoptar una decisión *que el menor no podría legalmente adoptar*; y el del *best interest* no permite adoptar una decisión *médicamente no indicada*.

Esto explica por qué en los supuestos de *pacientes menores pertenecientes a los Testigos de Jehová* ni los padres ni el menor pueden rechazar ciertos tratamientos imprescindibles para el mantenimiento de la vida del menor (como las transfusiones sanguíneas cuando no existe alternativa terapéutica).

¿Y respecto de los menores entre los 16 y los 18 años (47)? Aunque la adquisición del *status libertatis* pleno es ubicada por la Constitución (art. 12) en los 18 años, para la adopción de estas decisiones la LAP equipara *plena y expresamente* a las personas con capacidad natural entre 16 y 18 años con los adultos, en lo que parece una deci-

forcing treatment on addicts». En *Addiction*, núm. 103 (12), 2008, pp. 1919 ss.]. También en este sentido, por todos, ROMEO CASABONA, «¿Límites de la posición de garante de los padres respecto al hijo menor? (La negativa de los padres, por motivos religiosos, a una transfusión de sangre vital para el hijo menor)», en *Rev. de Derecho Penal y Criminología*, núm. 2, pp. 327 ss.; ROMEO MALANDA, «El valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario», en *La Ley* 2000-7, pp. 1453 ss., p. 1457; EL MISMO, «Un nuevo marco jurídico-sanitario: la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes», en *La Ley* 2003-1, pp. 1522 ss., p. 1531.

(46) DE LORA, P., «Autonomía personal, intervención médica y sujetos incapaces», en *Enrahonar. Quaderns de filosofia*, 40/41, 2008, p. 127.

(47) Sobre el complejo *status* de las decisiones graves relativas a personas entre 16 y 18 años, ver la pragmática aproximación de GUÉREZ TRICARICO, P., *Presupuestos de la licitud jurídico-penal del tratamiento médico curativo: el papel del consentimiento del paciente*, Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, 2011, pp. 252 ss.

si3n legal poco matizada (48). Permitir que un sujeto entre 16 y 18 a3os pueda *en cualquier caso rechazar irrazonable e inmotivadamente* (49) un tratamiento cuando ello implica la muerte parece excesivo (50). Sin embargo, el tenor literal del art3culo 9.3.c) LAP es taxativo: «Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciseis a3os cumplidos, *no cabe* prestar el consentimiento por representaci3n» (51). Y como criterio de resoluci3n de conflictos interpretativos, el art3culo 2 de la Ley de Protecci3n Jur3dica del Menor obliga a adoptar la soluci3n que m3s preserve la autonom3a del paciente: «Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva».

La 3nica posibilidad de exceptuar tan taxativa disposici3n ser3a justificar que una persona entre 16 y 18 a3os *no es capaz* de apreciar plenamente ni decidir con madurez suficiente (vertiente *volitiva* de la competencia) una decisi3n de esa trascendencia (52); sin embargo, resulta un expediente dif3cilmente compatible con la literalidad del precepto.

Probablemente ser3a razonable matizar m3s la normativa en este punto, retrasando la posibilidad de decisi3n «m3dicamente no indicada» de rechazo mortal del tratamiento hasta la plena mayor3a de edad. Ni la maduraci3n social ni la qu3mica cerebral de un sujeto de 16 a3os le suelen otorgar la madurez suficiente como para hacer jur3dicamente inatacables decisiones arbitrarias e irrazonables desde el punto de vista m3dico.

(48) GUERRERO ZAPLANA, J., *El consentimiento informado. Su valoraci3n en la Jurisprudencia*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 82-83.

(49) Por ejemplo, cuando su rechazo se debe a una incapacidad para dominar su temor ante una operaci3n, pero el menor no exterioriza ese motivo y se limita a dejar clara su oposici3n al tratamiento.

(50) El pediatra e investigador NIETO CONESA, A. (*El consentimiento informado y el menor maduro*, inédito) recoge la opini3n mayoritaria de los pediatras en el sentido de considerar que doce a3os es una edad a3n muy corta para poder adoptar este tipo de decisiones.

En la misma l3nea de la LAP, de reconocer gran capacidad a los menores, est3 el *Documento sobre la disposici3n de la propia vida en determinados supuestos: declaraci3n sobre la eutanasia*, Observatori de Bioètica i Dret, Barcelona, 2003.

(51) As3 lo subraya MORILLAS CUEVA, L., «Relevancia penal del consentimiento del paciente en relaci3n con la actividad m3dica», en *Estudios jur3dicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del m3dico y otros agentes sanitarios*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 81 ss., p. 92.

(52) DOM3NGUEZ LUELMO, *Derecho sanitario y responsabilidad m3dica*, p. 294. Por su parte, SANTOS MOR3N («Sobre la capacidad del menor...», p. 1636) cr3tica que los tribunales ingleses empleen este expediente para impedir la capacidad de decisi3n del menor maduro.

b) Criterios de decisión del representante del menor incapaz

En el caso de pacientes menores, pues, el representante debe decidir cuándo los pacientes no reúnan la *competencia funcional* (o «capacidad natural») para comprender lo que implica la intervención (y su omisión), las alternativas posibles y las probables secuelas (así como, lógicamente, en caso de *inconsciencia* del paciente). Pero ¿con base en qué criterios debe decidir?

Es frecuente la afirmación de que, cuando hablamos de menores que todavía no han alcanzado la capacidad natural (ya estén conscientes o inconscientes en el momento del tratamiento), el criterio del *substituted judgment* no puede entrar en juego, pues:

a) en el caso de menores conscientes: no tiene sentido preguntarse *qué habría decidido el menor incompetente de no ser menor incompetente* (53).

b) en el caso de menores inconscientes: si el criterio del menor no es vinculante estando *consciente*, tampoco lo es estando *inconsciente*; y

Por ello, en los casos en que deba intervenir un representante, el criterio de decisión que debe adoptar es el del *superior interés* del menor (54) en términos objetivos (*best interest*) (55). La decisión del representante contra lo médicamente indicado es inválida, por más que invoque su autoridad paterna, la voluntad del menor, o cualquier otro motivo de decisión.

De modo especialmente tajante lo expone De Lora:

«La idea del mejor interés del menor o adulto incapaz compromete a quien lo postula con una visión objetiva de los factores que contribuyen, o empobrecen, al bienestar del sujeto. En una primera aproximación, ello implica que la voluntad del individuo queda postergada. Así debería ser en todo caso cuando nos las vemos con sujetos que nunca serán competentes o no lo han sido todavía, lo cual incluye paradigmáticamente a los menores. Es decir, así como resulta posible tratar de aventurar cuál habría sido la voluntad del que otrora

(53) DE LORA, P., «Autonomía personal, intervención médica y sujetos incapaces», en *Enrahonar. Quaderns de filosofia*, 40/41, 2008, pp. 128-129.

(54) ÁLVAREZ GARCÍA, J., en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Derecho Penal Español. Parte Especial (I)*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 124.

(55) CAÑIZO FERNÁNDEZ-ROLDÁN, A.; CAÑIZO LÓPEZ, A., «El consentimiento informado en asistencia pediátrica», en AA.VV., *Bioética. Perspectivas emergentes y nuevos problemas*. Tecnos, Madrid, 2005, p. 278; DE LORA, P., «Autonomía personal, intervención médica y sujetos incapaces», en *Enrahonar. Quaderns de filosofia*, 40/41, 2008, pp. 127-128.

fue competente pero ahora no lo es, para entonces sacrificar sus mejores intereses en aras a una voluntad supuesta, la decisión de quienes suplen el déficit de autonomía del menor o del nacido incompetente será necesariamente paternalista, esto es, habrá de estar guiada por la satisfacción de las necesidades del incapaz objetivamente consideradas. La razón es muy simple: cuando nos enfrentamos al tratamiento de menores o adultos nacidos incompetentes no existe registro alguno de esa vida pasada que nos ayude a adoptar el punto de vista de quien antaño tuvo un punto de vista. No existiendo dicho rastro, es decir, no habiéndose poseído nunca una perspectiva (el resultado de las disposiciones de carácter, la historia personal, los compromisos ideológicos, filosóficos y religiosos bajo los que se diseñara la propia vida, que pueden, y en muchas ocasiones hacen, llevar al adulto a escoger cursos de acción absurdos a nuestros ojos), resulta absolutamente engañoso y pueril –nunca mejor dicho– el ejercicio de elucubrar sobre la voluntad presunta».

Se trata de la posición mayoritaria entre quienes han analizado los criterios de decisión del representante (56). El argumento es sin duda potente, y es el que debe regir en la mayoría de los casos. No obstante, existen algunos supuestos marginales en los que debe ser matizado, básicamente por dos motivos:

a) Porque existen ocasiones en las que *dos opciones terapéuticas pueden ser igualmente justificables desde el criterio del best interest*, por lo que cuando los padres decidan entre una y otra, habitualmente deberán echar mano de *otros criterios*.

b) Porque *los criterios y las concepciones vitales que orientarán la decisión del menor maduro* no surgen de la noche a la mañana, sino que *se han ido gestando durante su infancia y primera adolescencia* (cuando el menor *aún no es maduro para prestar consentimiento*). La progresiva adquisición de la madurez corre pareja a una progresiva adquisición de criterios de decisión personales. Así: los valores, criterios y visión del mundo de un menor Testigo de Jehová *no aparecen de golpe cuando adquiere la competencia funcional o capacidad natural para comprender la intervención*, sino que habitualmente son *previos* a dicha adquisición.

Intentaré ilustrar estas consideraciones con base en algunos ejemplos:

1. Un chico de trece años, testigo de Jehová, debe someterse a un tratamiento médico. Las opciones terapéuticas son dos: (a) una

(56) Anteriormente he sostenido esa posición: «Problemas del consentimiento informado por representación», en CORCOY BIDASOLO (coord.); GALLEGÓ LÓPEZ (relator), *Consentimiento informado por representación*, Fundació Víctor Grífols i Lucas, Barcelona, 2010, pp. 77-78.

requiere el uso de hemoderivados; (b) otra, más costosa y generadora de mayores incomodidades para el paciente, no lo requiere. El menor, de carácter infantil y que no comprende plenamente las implicaciones de la intervención, insiste vehementemente en que habiendo dos posibilidades de tratamiento, se le proporcione el que no requiere hemoderivados, a sabiendas de que le generará más incomodidades.

2. Una chica de catorce años está embarazada de doce semanas. Su personalidad es infantil e inmadura. Su padre propone con vehemencia que se interrumpa el embarazo, pues supone limitar vitalmente a la niña durante toda su juventud, su etapa formativa, etc. La niña es una ferviente católica y no quiere someterse a la intervención quirúrgica (que, además, la aterra). Su madre, también católica practicante, apoya el punto de vista de la menor (57).

En el caso 1 parece evidente que las concepciones vitales del menor deben ser tenidas en cuenta. Resulta difícil de justificar que, habiendo dos opciones terapéuticamente indicadas, el representante no pueda acudir a las valoraciones *aún en formación* del menor *aún en proceso de maduración*. La solución que obligase a emplear hemoderivados resultaría contraria a la dignidad personal del paciente (art. 9.5 LAP).

En el caso 2 nos hallamos ante un supuesto en el que, siendo ambas opciones (la de *consentir* y la de *rechazar* el tratamiento abortivo) médicamente indicadas (58), el ordenamiento no inclina la balanza hacia un lado ni hacia otro. Y si bien es cierto que puede sostenerse que una menor puede ver sumamente limitadas sus opciones vitales por quedarse embarazada demasiado joven, esta es *una* de las consideraciones que pueden entrar en juego a la hora de tomar una decisión sobre la intervención quirúrgica. El padecimiento físico y moral que puede acarrear imponer por la fuerza una intervención quirúrgica abortiva a una menor católica es *otro*, y no despreciable.

Los dos supuestos que acabo de exponer llaman la atención sobre dos aspectos: el primero, que un menor aún inmaduro en términos del artículo 9 LAP, sobre todo cuando se aproxima a cierta edad, *sí tiene* puntos de vista (59); y la protección que deben desplegar sus representantes y los poderes públicos debe tenerlos en cuenta, por más que no

(57) Que previamente ha ayudado a conformar.

(58) No sería así, por ejemplo, cuando por la edad y constitución física de la menor pudiésemos hablar de serios riesgos derivados de la gestación.

(59) A este respecto, ver CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 984-986.

sean vinculantes. Y el segundo: que, como se ha señalado, según se vayan incluyendo más factores para definir el criterio del *best interest* (es decir: incluyendo no sólo una atención objetiva a la perspectiva terapéutica, sino también el bienestar emocional, la no coacción exterior, etc.), éste termina por abarcar elementos subjetivos propios del criterio del *substituted judgment*. De hecho, probablemente ese sea la concepción dominante en nuestro Derecho respecto del criterio del «interés superior del menor».

Las soluciones a estos casos podrían variar si introduyésemos pequeñas variaciones en ellos; y, lo que es más importante: podrían hacer que la decisión que debe afrontar el representante no pueda ser adoptada únicamente con base en el criterio del *best interest* objetivo, sino que pueda requerir también tomar en cuenta los criterios, valoraciones y posiciones del menor.

Haciendo una formulación de mínimos, ello lleva a concluir que en esta clase de supuestos, tratándose de dos opciones terapéuticamente indicadas (equiparables desde el punto de vista del *best interest* objetivo), una decisión de los representantes que se base en las valoraciones de un menor aún no maduro no es necesariamente incorrecta. Por supuesto, esto no significa que los criterios o puntos de vista de un menor inmaduro sean *vinculantes*; pero sí que *pueden ser tomados en cuenta* cuando no se opongan al criterio médico objetivo.

Por ello, y en resumen:

a) En la prestación de consentimiento en sustitución de un menor inmaduro, el criterio esencial (y habitualmente, el único) es el del *best interest* o superior interés en términos objetivos.

b) Ello impide que el representante pueda rechazar tratamientos médicos arbitrariamente, sin motivo terapéutico y de modo contrario a la salud del menor.

c) No obstante, cuando existan dos opciones y el punto de vista del *best interest* objetivo no permita discernir entre ellas, los representantes pueden apelar a las valoraciones del menor (inmaduro en términos del art. 9 LAP) para optar por una de las dos.

c) **Criterios de decisión del representante del menor entre 16 y 18 años en estado de inconsciencia**

Cuando se trata de personas mayores de 16 años inconscientes, la LAP no deja deducir con claridad cuál es el criterio que debe seguirse.

– En principio, dado que su voluntad es decisiva si ha sido expresada estando consciente, parecería que también lo sería si, aun no

habiendo otorgado consentimiento informado en estado de consciencia, un representante puede atestiguar cuál hubiera sido su decisión, transmitiendo al facultativo la *voluntad anticipada del paciente, real o hipotética*.

– Sin embargo, y paradójicamente, la LAP no permite que los menores de 18 años firmen documentos de Instrucciones Previas, por lo que parecería que si su voluntad anticipada *por escrito* no es vinculante, tampoco lo es cuando se transmite *oralmente* (ni, mucho menos, cuando se intenta reconstruir mediante razonamiento hipotético) (60).

Este segundo argumento parece determinante, pues la regla que veta a los menores de edad la firma de Documentos de Instrucciones Previas es más taxativa. La progresiva capacitación del menor de edad permite que con 16 años y en estado de consciencia su consentimiento informado vincule al médico, pero no pueda emitir todavía *consentimientos anticipados vinculantes* (ni escritos, ni verbales). Sin embargo, y como se ha expuesto, se trata de una solución insatisfactoria, que incurre en importantes contradicciones. Máxime cuando algunas Comunidades Autónomas, como Andalucía (61) o Aragón (62), sí reconocen en su legislación la posibilidad de que las personas entre 16 y 18 años emitan esta clase de documentos anticipatorios.

(60) Critican esa paradoja, por todos, RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J.I., «La autonomía del menor: su capacidad para otorgar el documento de instrucciones previas», en *La Ley* 2005-2, pp. 1419-1424; BELTRÁN AGUIRRE, J.L., «La capacidad del menor de edad en el ámbito de la salud: dimensión jurídica», en *DS: Derecho y salud*, vol. 15, núm. extr. 1, 2007, pp. 9 ss., p. 16. BERROCAL LANZAROT, A.I.; en BERROCAL LANZAROT, A.I./ABELLÁN SALORT, J.C., *Autonomía, libertad y testamentos vitales (Régimen jurídico y publicidad)*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 179-180. PARRA LUCÁN («La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español», en *Aranzadi Civil* 1-2003, pp. 1901 ss.) entiende, por el contrario, que no es incoherente, pues considera que los «testamentos vitales» están más directamente vinculados a la «disposición sobre la propia vida», por lo que se exigiría un plus de capacidad. No obstante, esta conclusión exigiría considerar que «un paciente capaz de 16 años no puede rechazar tratamientos vitales», lo cual, como se ha dicho en el texto, no está claro.

(61) Así, José Luis Díez Ripollés («Deberes y responsabilidad de la Administración sanitaria ante rechazos de tratamiento vital por pacientes. A propósito del caso de Inmaculada Echevarría», *RECPC* 11-r1, 2009, pp. 12-13) subraya que en estas Comunidades debe aplicarse el criterio más respetuoso con la autonomía del paciente. Cabe añadir un argumento adicional: el artículo 2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor, en cuya virtud, si nos encontramos ante posibles varias soluciones, debe aplicarse la que reconozca más capacidad de decisión al menor.

(62) Artículo 11.3 de la Ley aragonesa 10/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte (*sic*).

8. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION: COUNCIL ON ETHICAL AND JUDICIAL AFFAIRS, *Surrogate Decision Making* (2001).
- ALÁEZ CORRAL, *Minoría de edad y Derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003.
- ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Derecho Penal Español. Parte Especial (I)*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011
- BARRIO CANTALEJO, I. M.^a; SIMÓN LORDA, P., «Criterios éticos para las decisiones sanitarias al final de la vida del paciente», en *Revista Española de Salud Pública* núm. 4, 2006, pp. 303 ss.
- BEAUCHAMP, T. L./CHILDRESS, J.F., *Principios de ética biomédica*, Masson, Barcelona, 1999
- BELTRÁN AGUIRRE, J. L., «La capacidad del menor de edad en el ámbito de la salud: dimensión jurídica», en *DS: Derecho y salud*, vol. 15, núm. extr. 1, 2007, pp. 9 ss.
- BERROCAL LANZAROT, A. I., «La autonomía del individuo en el ámbito sanitario. El deber de información y el consentimiento informado como derechos del paciente en la nueva Ley 41/2002, de 14 de noviembre», en *Revista Foro*, nueva época, núm. 0, 2004, pp. 227 ss.
- BERROCAL LANZAROT, A. I./ABELLÁN SALORT, J. C., *Autonomía, libertad y testamentos vitales* (Régimen jurídico y publicidad), Dykinson, Madrid, 2009.
- BESCHLÜSSE DES 63. *Deutschen Juristentages Leipzig*, 2000.
- BUCHANAN, ALLEN E.; BROCK, DAN W., *Deciding for Others: The Ethics of Surrogate Decision Making*, Cambridge: Cambridge University Press, 1990 (reimp. 1998).
- BUENO ARÚS, F., «El consentimiento del paciente», en MARTÍNEZ-CALCERRADA, L. (dir.), *Derecho Médico*, vol. primero, *Derecho Médico General y Especial*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 273 ss.
- CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*. Dykinson, Madrid, 2006.
- CAPLAN, A., «Denying autonomy in order to create it: the paradox of forcing treatment on addicts», en *Addiction*, núm. 103 (12), 2008, pp. 1919 ss.
- CAPLAN, A. L.; MCCARTNEY, J.; SISTI, D. A. (eds.), *The Case of Terri Schiavo. Ethics at the End of Life*, Prometheus, New York, 2006.
- CAÑIZO FERNÁNDEZ-ROLDÁN, A.; CAÑIZO LÓPEZ, A., «El consentimiento informado en asistencia pediátrica», en AA.VV., *Bioética. Perspectivas emergentes y nuevos problemas*. Tecnos, Madrid, 2005, pp. 273 ss.
- CASADO, M.; ROYES, A. (coords.), *Documento sobre la disposición de la propia vida en determinados supuestos: declaración sobre la eutanasia*, Observatori de Bioètica i Dret, Barcelona, 2003.
- CETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del C., «Protección del menor, consentimiento en el ámbito de las intervenciones sanitarias y libertad ideológica (a propósito de la STS, Sala de lo penal, de 27 de junio de 1997)», en *La Notaría*, noviembre-diciembre de 1998, núms. 11-12, bol. 1, pp. 17 ss.
- CORCOY BIDASOLO, M., «Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular: eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico», en AA.VV., *El nuevo Código*

- Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999, pp. 261 ss.
- DE LORA, P., «Autonomía personal, intervención médica y sujetos incapaces», en *Enraonar. Quaderns de filosofia*, 40/41, 2008, pp. 123 ss.
- DE LORENZO Y MONTERO, «El consentimiento informado y la información clínica en el Derecho español. Incidencia del Convenio Europeo de Bioética»; en AA.VV., *Derecho Médico. Tratado de Derecho Sanitario*, Tomo I. *Doctrina. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Colex, Madrid, 2001, pp. 195 ss.
- DE LORENZO Y MONTERO, R./SÁNCHEZ CARO, J., «El consentimiento informado», en DE LORENZO Y MONTERO (coord.), *Responsabilidad legal del profesional sanitario*, Madrid, 2000.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Deberes y responsabilidad de la Administración sanitaria ante rechazos de tratamiento vital por pacientes. A propósito del caso de Inmaculada Echevarría», *RECPC* 11-r1, 2009.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, Lex Nova, Valladolid, 2003.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Problemas del consentimiento informado por representación», en CORCOY BIDASOLO (coord.); GALLEGU LÓPEZ (relator), *Consentimiento informado por representación*, Fundació Víctor Grífols i Lucas, Barcelona, 2010, pp. 36-101.
- «La eutanasia pasiva es un derecho», en *Público*, 13 de junio de 2008.
- DOUKAS, D. J., MCCULLOUGH, L. B., «The values history: the evaluation of the patient's values and advance directives», en *Journal of Family Practice* 32 (2), febrero de 1991, pp. 145 ss.
- DWORKIN, G., «Law and Medical Experimentation: of Embryos, Children and Others with Limited Legal Capacity» (1987), *Monash University Law Rev.*, 1987, pp. 189-200.
- DWORKIN, R., *Life's dominion. An Argument about abortion, euthanasia, and individual freedom*. Knopf, Nueva York, 1993.
- FURROW, B. et al., *Health Law*, 2.^a ed., 2000.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., «El problema jurídico de la muerte y el dolor», en *Diario El Mundo*, 19 de abril de 2005.
- GÓMEZ RIVERO, M.^a del C., *La responsabilidad penal del médico*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- GÓMEZ PAVÓN, P., *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, Bosch, Barcelona, 1997.
- GUÉREZ TRICARICO, P., *Presupuestos de la licitud jurídico-penal del tratamiento médico curativo: el papel del consentimiento del paciente*, Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, 2011.
- GUERRERO ZAPLANA, J., *El consentimiento informado. Su valoración en la Jurisprudencia*, Lex Nova, Valladolid, 2004.
- HERRING, *Medical Law and Ethics*, Oxford University Press, Oxford, 2006.
- HUI, Edwin C., «The best interests of mentally incapacitated patients without a living will», en *Hong Kong Medical Journal*, vol. 14, núm. 1, febrero de 2008, pp. 78 ss.
- JORGE BARREIRO, A., «La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico», en *CPC* 1982, núm. 16, pp. 5 ss.

- *La imprudencia punible en al actividad médico-quirúrgica*, Tecnos, Madrid, 1990
- KENNEDY/GRUBB, *Medical Law*, 3.^a ed., Butterworths, London, 2000.
- LÓPEZ-CHAPA, S., *Autonomía del paciente y libertad terapéutica*, Bosch, Barcelona, 2007.
- MAUNZ/DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar*, tomo II, Beck, Múnich, 2010.
- MESTRE DELGADO, E., «El caso “Eluana Englaro” y el debate jurídico sobre el suicidio asistido», en *La Ley Penal* núm. 60, 2009, pp. 5 ss.
- MORILLAS CUEVA, L., «Relevancia penal del consentimiento del paciente en relación con la actividad médica», en *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 81 ss.
- NIETO CONESA, A., *El consentimiento informado y el menor maduro. Bases para la elaboración de un modelo ideal de consentimiento informado*, inédito, <<http://ow.ly/7qbTA>>.
- PARRA LUCÁN, M.^aÁ., «La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español», en *Aranzadi Civil 1-2003*, pp. 1901 ss.
- PRESIDENT’S COMMISSION FOR THE STUDY OF ETHICAL PROBLEMS IN MEDICINE AND BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH, *Deciding to Forego Life-Sustaining Treatment. Ethical, Medical, and Legal Issues in Treatment Decisions*. Washington DC: U.S. Gov. Printing Office, 1983, pp. 134-135.
- RAWLS, J., *A Theory of Justice. Revised edition*, 6th printing, Harvard Univ. Press, 2003.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Intervenciones corporales obligatorias y tratamientos sanitarios obligatorios», en AA.VV., *Internamientos involuntarios, intervenciones corporales y tratamientos sanitarios obligatorios*, CGPJ, Madrid, 2000, p. 207 ss.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J.I., «La autonomía del menor: su capacidad para otorgar el documento de instrucciones previas», en *La Ley 2005-2*, pp. 1419 ss.
- ROMEO CASABONA, C. M.^a, «¿Límites de la posición de garante de los padres respecto al hijo menor? (La negativa de los padres, por motivos religiosos, a una transfusión de sangre vital para el hijo menor)», en *Revista de Derecho Penal y Criminología* (UNED), núm. 2, 1998, pp. 327 ss.
- «El consentimiento informado en la relación entre el médico y el paciente: aspectos jurídicos», en AA.VV., *Problemas prácticos del consentimiento informado*, Barcelona: Fundació Víctor Grífols i Lucas, 2002, p. 63 ss.
- «Los derechos de los pacientes: información clínica y autonomía del paciente», en *Las transformaciones del Derecho Penal en un mundo en cambio*, Adros, Arequipa (Perú), 2004.
- ROMEO MALANDA, S., «El valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario», en *La Ley 2000-7*, pp. 1453 ss.
- «Un nuevo marco jurídico-sanitario: la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes», en *La Ley 2003-1*, pp. 1522 ss.
- SANTOS MORÓN, M. J., *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos, honor, intimidad e imagen*, Escuela libre editorial, Madrid, 2000.

- «Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la TC S 154/2002, de 18 de julio», en *La Ley* 2002-7, pp. 1632 ss.
- SHEPHERD, L., «Dignity and Autonomy after Washington v. Glucksberg: An Essay about Abortion, Death, and Crime», en *Cornell Journal of Law and Public Policy* 7, (1998), pp. 431 ss.
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M.: «Los “documentos de instrucciones previas” de los pacientes (art. 11.1 Ley 41/2002) en el contexto del debate sobre la (in) disponibilidad de la vida», en *La Ley* 2003-4, pp. 1663 ss.



Incendios forestales, zonas de alto riesgo y núcleos poblacionales. Sobre la necesaria reforma del catálogo de agravaciones previsto en el artículo 353 del Código Penal

FERNANDO VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS

Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Santiago de Compostela

RESUMEN

Las circunstancias que rodean al fenómeno de los incendios forestales en España aconsejan un reajuste de la respuesta penal. Tras apuntar diversas líneas de intervención, en el presente trabajo se defiende una reforma del catálogo de agravaciones del artículo 353 del Código penal. En concreto, se propone la incorporación al mismo de dos nuevas circunstancias: una por afección del incendio a una zona de alto riesgo y otra relativa a la gravedad de los perjuicios económicos causados a uno o varios núcleos poblacionales.

Palabras clave: *Incendios forestales, riesgo, daños forestales.*

ABSTRACT

The circumstances concurring in forest fires in Spain recommend a redesign of the criminal response. After pointing out possible intervention lines, this paper argues for a reform of the aggravating factors catalog described in the art. 353 of the Spanish Criminal Code. Specifically I propose the formulation of two new circumstances: one referred to the cases in which the fire affected zone was classified as a high risk area and another to be applied when local population suffers serious economic damages.

Keywords: *Forest fires, risk, forest damages.*

SUMARIO: I. Introducción: 1. Razones para acometer una Reforma de la Sección 2.^a, Capítulo II, Título XVI del Código penal («De los incendios forestales»): 1.1 El impacto de los grandes incendios sobre el desarrollo de la actividad humana en el medio rural. 1.2 La escasa cultura conservacionista de los bosques y masas forestales. 1.3 La necesaria coordinación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo en materia de prevención de incendios forestales.— II. El ámbito material de la reforma: 1. La reparación del daño y la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones. 2. El catálogo de agravaciones específicas del artículo 353 del Código penal. 2.1 Introducción de una agravación por afección del incendio forestal a una zona de alto riesgo de incendio (ZAR): A. Formulación de la propuesta y fundamento político-criminal. B. Fundamento técnico. C. Requisitos objetivos y subjetivos. D. Aplicación de la agravación en los casos de incendio causado por imprudencia. E. Compatibilidad con las otras agravaciones aplicables al delito de incendios forestales. F. Formulación técnica. 2.2 Introducción de una agravación por graves perjuicios económicos al entorno poblacional: A. Formulación de la propuesta y fundamento político-criminal. B. Fundamento técnico. C. Requisitos objetivos y subjetivos. D. Aplicación de la agravación en los casos de incendio causado por imprudencia. E. Compatibilidad con las otras agravaciones aplicables al delito de incendios forestales. F. Formulación técnica. 3. Introducción de una cláusula de exasperación de la pena. 4. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

1. Razones para acometer una reforma de la Sección 2.^a, Capítulo II, Título XVI del Código penal («De los incendios forestales»)

Los factores que tienen incidencia en la causa de destrucción de los bosques representada por los incendios forestales son muy diversos. De entre ellos, algunos escapan, clarísimamente, a la capacidad de interferencia del Derecho penal: las condiciones climáticas (largos períodos de sequía y elevadas temperaturas), la densidad demográfica, el mosaico agrícola-forestal propio del país, ciertas políticas de repoblación forestal que priman especies con mayores dificultades de adaptación al medio forestal... (1). No así las acciones humanas (dolo-

(1) Vid. MOLINA, D. M./BARDAJÍ, M., «Análisis comparativo interregional de los incendios forestales en la España peninsular», *Investigación Agraria. Sistemas y recursos forestales*, 8 (1), 1999, 154 ss.; ESTIRADO GÓMEZ, F./MOLINA VICENTE, P., *El problema de los incendios forestales en España*, Madrid, 2005, pp. 27 ss.; SERRADA HIERRO, R./MUÑOZ LINARES, I./MARTÍNEZ GARCÍA, J. (relatores), *Incendios forestales: tratamiento de superficies quemadas*. Documento preliminar presentado en el VIII Congreso Nacional de Medio Ambiente, Madrid, 27 de noviembre a 1 de diciembre de 2006, pp. 7 ss.

sas o imprudentes), que se encuentran en el origen de la mayor parte de los que se producen en España (2).

De esta manera, el Código penal de 1995 decidió prestar una atención especial, en primer lugar, a determinados supuestos de incendios dolosos: los que revistan especial gravedad (considerando la extensión de la superficie quemada, los efectos erosivos en los suelos, el impacto sobre las condiciones de vida animal o vegetal, la afección a algún espacio natural protegido o el deterioro o destrucción de los recursos afectados) (art. 353.1.1.º, 2.º, 3.º y 4.º) o los que se realicen con la finalidad de obtener un beneficio económico (art. 353.2).

Por su parte, el artículo 358 del texto punitivo da buena cuenta de la actividad incendiaria de carácter gravemente imprudente, pudiendo abarcar tanto ciertas prácticas agropecuarias (las costumbres de los pastores y labradores de ciertas regiones de eliminar o quemar matorrales o de quemar rastrojeras o pastos con finalidades extensivas o regenerativas y que, alcanzando al arbolado de forma incontrolada, terminan por incendiar el bosque), como con otras turísticas o comunes.

Las propuestas de reforma que se presentan en este trabajo parten de la convicción de que la realización de los incendios forestales se ve rodeada, en la actualidad, de nuevas circunstancias fácticas que expresan una mayor gravedad del delito y que obligan, cuando menos, a abrir un proceso de reflexión sobre los límites y técnicas de la intervención penal en el este ámbito (3). A su (breve) exposición se dedican los tres siguientes apartados.

(2) Vid. ESTIRADO GÓMEZ/MOLINA VICENTE (n. 1), p. 29; PRIEGO GONZÁLEZ DE CANALES, C./LAFUENTE, R., «La investigación social como una nueva herramienta de lucha contra los incendios forestales en Andalucía», Comunicación presentada al IX Congreso Español de Sociología, Barcelona, 13 a 15 de septiembre de 2007; MOLINERO, F./CASCO, C./GARCÍA, A./BARAJA, E., «Dinámica de los incendios forestales en Castilla y León», *Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles*, 48, 2008, pp. 65 y 66; PASTOR DÍAZ, S., «El delito de incendio forestal por imprudencia grave», *La Ley Penal*, 70, 2010, p. 66.

(3) Un representativo sector de opinión ha venido reclamando, desde hace años, la intervención del legislador penal en relación con determinados aspectos del delito (esencialmente, la figura atenuada del art. 354.1, la causa personal de exclusión de la punibilidad del art. 354.2 y el ámbito de aplicación y la factura técnica de las causas específicas de agravación del art. 353): *vid.*, por ejemplo, RUIZ RODRÍGUEZ, L.R., «Los incendios forestales», en TERRADILLOS BASOCO, J. (coord.), *Derecho penal del medio ambiente*, Madrid, 1997, pp. 89 ss.; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L., *Los delitos de incendio: técnicas de tipificación del peligro en el nuevo Código penal*, Madrid/Barcelona, 2000, pp. 129 ss.; COBO DEL ROSAL, M./QUINTANAR DÍEZ, en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, segunda época, Tomo X, vol. III, Madrid, 2007, pp. 149 y 159; DE MIGUEL PERALES, C., *Derecho Español del medio ambiente*, 3.ª ed., Madrid, 2009, p. 503; MARTÍNEZ VELA, J.A./RUEDA GUIZÁN, J., «El

1.1 EL IMPACTO DE LOS GRANDES INCENDIOS SOBRE EL DESARROLLO DE LA ACTIVIDAD HUMANA EN EL MEDIO RURAL

Si es que verdaderamente pretenden adaptarse a las necesidades de la sociedad actual, las previsiones del Código penal deberían reconsiderar, en primer lugar, el grado de impacto de los grandes incendios (los que abarcan una superficie superior a 500 hectáreas) sobre la economía y formas de vida de la población rural que depende directamente del monte, en ocasiones en consonancia con los principios del desarrollo sostenible (4). Hoy en día representan una amenaza que afecta, de modo general, no sólo al patrimonio de los propietarios forestales particulares y de comunidades de montes vecinales, sino también a los recursos naturales y al mantenimiento y desarrollo de la actividad humana en el medio rural (5).

Aspectos como el revés sufrido por la producción de madera cuando el fuego acaba con el bosque, la reducción de la cobertura arbórea del terreno, la predisposición de las masas forestales al ataque de las plagas y enfermedades, la disminución de su valor productivo, la alteración del crecimiento de los árboles, la invasión de especies indeseables, la degradación de los pastizales... no hallan fácil acomodo en las cláusulas agravatorias contenidas en el actual artículo 353 CP (6). El texto punitivo podría –y en algún caso debería, como se explicará posteriormente– hacerse eco, también, de los incendios que, afectando gravemente al valor económico del monte, se traducen, fundamentalmente, en una reducción de su calidad paisajística y de su

delito de incendio: su evolución desde el Derecho Romano hasta nuestro vigente Código Penal», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 48, 2010, pp. 51 ss.; DE LA CUESTA AGUADO, P., «Delitos de incendios», en ÁLVAREZ GARCÍA, J. (dir.), *Derecho penal Español. Parte Especial (II)*, Valencia, 2011, p. 1205; TAMARIT SUMALLA, J.M., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9.ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 1418.

(4) Sobre el impacto socioeconómico y sociocultural de los incendios en las zonas rurales pueden verse PLANA BACH, E., «Grandes incendios forestales y desarrollo rural. El incendio de la Catalunya central de 1998», *Revista de desarrollo rural y cooperativismo agrario*, 1999 (3), pp. 167 ss.; SERRADA HIERRO/MUÑOZ LINARES/MARTÍNEZ GARCÍA (n. 1), p. 46; OTERO SPAGNUOLO, M., «Consecuencias de los incendios forestales», <<http://suite101.net/article/consecuencias-de-los-incendios-forestales-a17947>> (consultado el 23 de mayo de 2012).

(5) *Vid.* VÉLEZ MUÑOZ, R., «Incendios forestales y su relación con el medio rural», *Revista de Estudios Agro-sociales*, 136, 1986, p. 218 195; PLANA BACH (n.4), *op. loc. cit.*

(6) *Vid.* ORTS BERENGUER, E./MORENO ALCÁZAR, M.A., en VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. II, Valencia, 1996, p. 1635; ESTIRADO GÓMEZ/MOLINA, V. (n. 1), p. 44; SERRADA HIERRO/MUÑOZ LINARES/MARTÍNEZ GARCÍA (n. 1), p. 52; OTERO SPAGNUOLO (n. 4).

valor recreativo (en muchos casos fuente de generación y mantenimiento de empleo y, en general, de recursos de ocio y turísticos que se pierden con el fuego) (7) o que llevan aparejado un ingente desembolso económico en forma de labores de extinción y regeneración (y que no siempre se ve compensado) (8).

1.2 LA ESCASA CULTURA CONSERVACIONISTA DE LOS BOSQUES Y MASAS FORESTALES

Una nueva actuación del legislador en este campo sería plenamente congruente, en segundo lugar, con la función de prevención general positiva de la norma jurídico-penal, es decir, con la necesidad de reforzar la vigencia de determinados valores en desuso o en retroceso. Me refiero, por supuesto, a la escasa cultura conservacionista de los bosques (en términos de adopción de todas las medidas preventivas posibles, en particular relacionadas con la poda y limpieza de los mismos) y de respeto medioambiental en general.

En este punto, quiero hacerme eco de tres de las principales conclusiones que arrojan los estudios sobre la percepción social de los incendios forestales, sus causas y sus motivaciones en España (9).

La primera de ellas guarda relación con el dato de que, en torno a la forma de vivir el monte, se aprecia una cierta ruptura generacional, en el sentido de que, mientras las personas de mayor edad lo valoran por lo que supone de forma de vida y por lo que tradicionalmente ha significado en términos económicos, los jóvenes lo hacen, fundamentalmente, por sus elementos estéticos y su función como espacio de esparcimiento (10).

(7) Vid. ORTS BERENGUER/MORENO ALCÁZAR, *op. loc. cit.*; PLANA BACH (n. 4), p. 170; ECOLOGISTAS EN ACCIÓN, *Incendios forestales: análisis y propuestas*, Madrid, 2007, pp. 17 y 22; TAMARIT SUMALLA (n. 3), p. 1416.

(8) Vid. VÉLEZ MUÑOZ, R., «4.ª Conferencia Internacional sobre incendios forestales», *Ambienta*, junio de 2007, pp. 64 y 66; OTERO SPAGNUOLO (n. 4). Sobre los fenómenos que inciden en la aparición de los grandes incendios forestales vid. PLANA, E./CARLOMAGNO, E./DE MIGUEL, S., «Gestión del riesgo de incendios, política forestal y planificación territorial: análisis comparado y propuestas para un modelo integrado». «Ponencia presentada en la II Conferencia Internacional sobre estrategias de prevención de incendios celebrada en Barcelona del 9 al 11 de mayo de 2005», pp. 1 y 2.

(9) Vid. SERRADA HIERRO/MUÑOZ LINARES/MARTÍNEZ GARCÍA (n. 1), pp. 43 ss.; MOLINERO/CASCOS/GARCÍA/BARAJA (n. 2), pp. 40 ss.; MOLINERO, F./GARCÍA, A./CASCOS, C./BARAJA, E./GUERRA, J. C., «La percepción local de los incendios forestales y sus motivaciones en Castilla y León», *Ería*, 76, 2008, pp. 214 ss.; PRIEGO GONZÁLEZ DE CANALES/LAFUENTE (n. 2), pp. 12 ss.

(10) Vid. PRIEGO GONZÁLEZ DE CANALES/LAFUENTE (n. 2), p. 18; MOLINERO/CASCOS/GARCÍA/BARAJA (n. 2), pp. 40 ss.; MOLINERO/GARCÍA/CASCOS/BARAJA/GUERRA (n. 9), p. 216.

La segunda apunta a que, si bien la opinión pública ha venido manifestando una creciente sensibilidad ante la proliferación de incendios forestales, dicha actitud no parece haber ido mucho más allá de lo que se ha denominado «indignación pasiva» (11). La creación de diversas asociaciones compuestas por vecinos de zonas asoladas por grandes incendios forestales, como el Comité de Defensa del Bosque Gallego (Ourense, 2002), Fuegos Nunca Más (Huelva, 2004), Sierra Verde (Albacete, 1994) y Queremos Futuro (Guadalajara, 2005), representa la excepción que confirma la regla.

La tercera conclusión posee una dimensión geográfico-espacial. Se ha constatado que son los residentes en poblaciones con menos de 5.000 habitantes (más vinculadas al ámbito rural y, por consiguiente, en mayor contacto con los incendios) los que apoyan más decididamente la implementación de medidas dirigidas a promover la participación social en la prevención y restauración forestal –y a potenciar las actividades económicas vinculadas al monte, para reducir el número de aquéllos– (12).

La introducción de una agravación que visibilice definitivamente y dé respuesta al problema de la repercusión de los incendios forestales en el entorno poblacional contribuiría a la puesta en valor del monte como soporte de actividades ganaderas y turísticas y, con ello, a la sensibilización de los habitantes del mundo rural con relación a la necesidad de implicarse en la conservación de la riqueza forestal de las comarcas (13).

1.3 LA NECESARIA COORDINACIÓN ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE INCENDIOS FORESTALES

En coherencia con los requerimientos propios de los principios de intervención mínima, *ultima ratio* y subsidiariedad, el Derecho penal aporta un sistema de tutela accesorio con respecto al proporcionado por el Derecho administrativo (14). Quiere decirse con ello que, en el

(11) Cfr. SERRADA HIERRO/MUÑOZ LINARES/MARTÍNEZ GARCÍA (n. 1), p. 53.

(12) Vid. PRIEGO GONZÁLEZ DE CANALES/LAFUENTE (n. 2), pp. 15 y 16.

(13) Reclama también la incorporación de esa agravación al Código penal J. QUERALT JIMÉNEZ, «El delito ecológico en España: situación actual y perspectivas de reforma», *Jueces para la Democracia*, 23, 1994, p. 63.

(14) A la hora de configurar los tipos de la Sección II, Capítulo II, del Título XVIII, el legislador penal ha recurrido a la técnica de los tipos penales en blanco, recortando su ámbito de aplicación con las expresiones «montes o masas forestales». Vid. COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DíEZ (n. 3), pp. 151 ss.; DELGADO GIL, A., «El delito imprudente de incendio forestal y en zonas de vegetación no forestales (art. 358 CP):

ámbito de los incendios forestales, debe ser aplicado accesoriamente con relación a las medidas de control y de aplicación negociadas y los poderes de autorización, regulación e imposición de sanciones establecidos por la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes (modificada por Ley de 28 de abril de 2006 y por RDL 6/2010, de 9 de abril).

Efectivamente, junto con un régimen sancionador y de reparación e indemnización del daño, esta última norma contempla diversas medidas de protección, investigación e incentivo para la conservación de los ecosistemas forestales, y se hace eco de la relevancia de la sociedad civil y de la coordinación de las Administraciones Públicas en la prevención de los incendios (15). En el terreno de la prevención recoge, en concreto, la posibilidad que sean declaradas zonas de alto riesgo de incendio, o de protección preferente, aquellas áreas en las que, por el alto peligro de incendio o por el interés de los valores amenazados, fuera ineludible implantar medidas especiales de protección (art. 48) (16). Prueba de la trascendencia de ese expediente legal –que garantiza el acopio de medios de prevención y extinción autonómicos– es que, en la medida en que se cuente con informes o dictámenes que aconsejen lo contrario, no recurrir a él supondrá una actuación arbitraria, que generará, en caso de incendio, la correspondiente responsabilidad administrativa (17).

una visión jurisprudencial», *La Ley Penal*, 64, 2009, p. 92; MESTRE DELGADO, E., en ALONSO DE ESCAMILLA, A./GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, I./MESTRE DELGADO, E./RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A./LAMARCA PÉREZ, C., *Derecho penal, Parte Especial*, 6.ª ed., Madrid, 2011, p. 498; TAMARIT SUMALLA (n. 3), pp. 1415 y 1416; PASTOR DÍAZ (n. 2), p. 66.

(15) Cfr. artículos 43 ss.

(16) *Vid.* PLANA/CARLOMAGNO/DE MIGUEL (n. 8), p. 5; DE MIGUEL PERALES (n. 3), p. 334.

(17) Cfr. SÁNCHEZ SÁEZ, A.J., «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por incendios forestales», *Revista de Administración Pública*, 179, 2009, p. 99. En Galicia, por ejemplo, ha sido la Orden de 18 de abril de 2007, de la Consellería de Medio Rural de la Xunta de Galicia, la que ha procedido a zonificar el territorio sobre la base del riesgo espacial de incendio forestal, componiendo las ZAR los ayuntamientos que se relacionan en su Anexo 9. Véanse también, entre otras normas, la Resolución de 29 de julio de 2005, de la Consejería de Medio Rural y Pesca del Principado de Asturias, por la que se declaran zonas de alto riesgo de incendio forestal (Boletín Oficial del Principado de Asturias de 4 de agosto de 2005); el Decreto 207/2005, de 30 de agosto, de la Junta de Extremadura, por el que se declaran zonas de alto riesgo de incendios o de protección preferente las hechas públicas por Resolución del Consejero de Desarrollo Rural, de 10 de agosto de 2005 (Diario Oficial de Extremadura de 6 de septiembre de 2005); la Orden 2507/2005, del Consejero de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, por la que se determinan las Zonas de Alto Riesgo de Incendios Forestales de la Comunidad de Madrid y se establece el régimen de tránsito de personas por dichas zonas; y la Resolución de 29 de julio de 2005, de la Consellería de Territorio y Vivienda, por la que se declaran los terrenos

El recurso al Derecho penal para reforzar la protección de esas zonas de alto riesgo resultaría procedente, al menos, por dos razones. En primer lugar, en la medida en que constituye un instrumento horizontal que permitiría apuntalar los esfuerzos desplegados por el legislador de 2003 a la hora de dotarlas de un estatuto especial (18). La segunda razón apela a la necesidad de evitar (cuando menos en este punto) la aparición de «refugios de inseguridad forestal», por consecuencia de las amplias competencias de desarrollo normativo y tutela que la propia Ley atribuye a las diversas Administraciones Públicas (19).

II. EL ÁMBITO MATERIAL DE LA REFORMA

1. La reparación del daño y la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones

A la hora de reajustar la respuesta penal a las (nuevas) circunstancias que acaban de mencionarse es fácil sucumbir a la tentación de incrementar las sanciones. Los factores que favorecen la multiplicación de los incendios forestales en época estival no tienen nada que ver, sin embargo, con la –mayor o menor– eficacia disuasoria de las penas previstas para estos delitos, sino, ante todo, con la ausencia de una verdadera cultura ambiental (basada en la poda y limpieza de los bosques) y con el deficiente control de instalaciones peligrosas y otros elementos de riesgo, como los tendidos eléctricos (20).

forestales de la Comunidad Valenciana zona de alto riesgo de incendio (DOGV núm. 5062, de 2 de agosto de 2005).

(18) La decisión de dotar de un estatuto penal a las ZAR, en el contexto de los delitos de incendios forestales, podría sostenerse, desde luego, con los mismos argumentos con que se defiende la necesidad de poner en conexión la normativa territorial y urbanística con las orientaciones de gestión político-forestal específicamente previstas para los asentamientos e infraestructuras que implican mayor riesgo de incendio: *vid.* PLANA/CARLOMAGNO/DE MIGUEL (n. 8), p. 11.

(19) *Vid.* DE MIGUEL PERALES (n. 3), pp. 334 y 335. La extensísima normativa autonómica en la materia sirve para determinar la infracción del deber de cuidado en el marco del tipo del artículo 358 (incendios forestales causados por imprudencia grave): *vid.* PASTOR DÍAZ (n. 2), p. 73; MESTRE DELGADO (n. 14), p. 498; SAP Burgos de 13 de septiembre de 2011 (Roj SAP BU 743/2011).

(20) *Vid.* PLANA BACH (n. 4), p. 9. Debe dársele la razón a MOLINERO/CASCOS/GARCÍA/BARAJA (n. 2), p. 42, cuando escriben que «la solución definitiva –de los incendios– exigiría un cambio de modelo socioeconómico en el que las sociedades rurales fueran dueñas y decisorias en la ordenación del espacio rural, en tanto que hoy se sienten marginadas y alienadas en un territorio que cada vez más perciben, muy a

Cualquier Código penal mínimamente serio debe responder, por otra parte, a una cierta arquitectura axiológica, basada en el respeto al principio de proporcionalidad entre la gravedad de la conducta y la gravedad de la pena; y no es bueno perder esa referencia, so pena de apostar por soluciones, simple y llanamente, cortoplacistas, difíciles de entender o justificar sobre el plano de la política criminal. Esto último es, justamente, lo que sucedería, en mi opinión, de apostarse por una reforma destinada a elevar los límites de las penas privativas de libertad y de multa con que se castigan, en la actualidad, estos delitos (21).

La comparación entre el régimen punitivo de los incendios forestales y el de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente –que atentan contra bienes jurídicos semejantes, teniendo en cuenta que la riqueza forestal de España es parte de su ecosistema– ilustra perfectamente este orden de ideas. En efecto, los límites inferior y superior de la pena de prisión y el inferior de la multa son más gravosos en los incendios, y aunque el superior lo es menos, la diferencia es poco significativa (dieciocho meses frente a veinticuatro). Por su parte, si bien la inhabilitación especial sólo es pena principal en el delito ecológico, en los incendios forestales también puede imponerse como pena accesoria (cuando el juez compruebe que los fuegos están relacionados directamente con la profesión u oficio del sujeto activo) por el mismo tiempo de duración de la prisión –entonces, por un mínimo de uno y un máximo de cinco años–.

Ahora bien, una cosa es desestimar la conveniencia y oportunidad de optar por soluciones punitivas extremas, y otra muy distinta desestimar cualquier contribución adicional desde el sistema de las consecuencias jurídicas del delito para contener el impresionante incremento del número de los incendios forestales (22).

su pesar, como un jardín del mundo urbano». En esa misma línea *vid.* PLANA/CARLOMAGNO/DE MIGUEL (n. 8), pp. 10 y 11.

(21) Comparto plenamente las reflexiones de RUIZ RODRÍGUEZ sobre el tema. *Vid.* n. 3, p. 106.

(22) Sobre la especial relevancia las funciones simbólicas e instrumentales del Derecho penal en este ámbito *vid.* NIETO GARCÍA, A.J., «Análisis penal de la quema de rastrojos», *Diario La Ley*, 7497, 2010, p. 1479; GARCÍA-GIRALDA RUIZ, A., «Las sanciones por causar incendios forestales», *Revista Foresta*, núm. 32, 2005, p. 96. Los técnicos medio-ambientales apuntan también a la conveniencia de adoptar medidas legales coercitivas dirigidas a la ciudadanía en general, así como a la difusión de las sentencias recaídas en esta materia: *vid.* CARBALLAS FERNÁNDEZ, T., «Los incendios forestales en Galicia», en CASARES LONG, J.J. (coord.), *Reflexiones sobre el medio ambiente*, Santiago de Compostela, 2003, p. 403.

En ocasiones, la perversión de las cifras se convierte en un poderoso incentivo para que los propietarios de terrenos forestales les prendan fuego (y puedan sacarles rendimiento a costa de subvenciones, indemnizaciones y demás clases de facilidades económicas) (23). La previsión de una consecuencia accesoria consistente en la pérdida temporal de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas a actividades agrarias desarrolladas en terrenos incendiados, por ejemplo, se alinearía perfectamente con un Derecho penal forestal preventivo –no meramente represivo– (24), orientado a propiciar un cierto equilibrio entre el abandono de aquellos a su suerte y esa perversión anteriormente aludida (25). La prohibición debería ceñirse, en todo caso, a los supuestos de incendios forestales dolosos (artículo 352 del Código penal), no sólo porque en los imprudentes no cabría sostener, ya, la existencia de una motivación económica en el autor (26), sino también porque en la recuperación de los terrenos incendiados confluyen los intereses individuales (los del propietario) y los sociales, y con la eliminación generalizada de las ayudas públicas se correría el riesgo

(23) Interesadamente pueden traerse a colación los resultados de ciertos estudios de campo, que sitúan la incertidumbre a la hora de recibir subvenciones a la vanguardia de las preocupaciones del mundo rural, dada la baja rentabilidad de actividades como la forestal. *Vid.* PLANA BACH (n. 4), pp. 4 y 5.

(24) Cfr. artículos 305.1.b) y 308.3 del Código penal. En definitiva, se trata de incidir, de nuevo, en uno de los «motores» de los incendios forestales: la motivación económica que mueve a muchos autores y que ya ha llevado al legislador a sancionar el tipo agravado del artículo 353.2 y las medidas previstas en el artículo 355. *Vid.* sobre ello SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO (n. 3), p. 125; TAMARIT SUMALLA (n. 3), p. 1418. Sobre la eficacia disuasoria de la imposición de sanciones económicas en el medio rural pueden verse, entre otros, NIETO GARCÍA (n. 22), p. 1474.

(25) Hasta la fecha, la aspiración de encontrar dicho equilibrio no ha accedido ni al Código penal (el actual artículo 355 del Código penal se limita a señalar que «en todos los casos previstos en esta sección, los Jueces o Tribunales podrán acordar que la calificación del suelo en las zonas afectadas por un incendio forestal no pueda modificarse en un plazo de hasta treinta años», pudiendo acordar igualmente «que se limiten o supriman los usos que se vinieran llevando a cabo en las zonas afectadas por el incendio, así como la intervención administrativa de la madera quemada procedente del incendio»), ni a la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, que convierte en objeto de subvención todas las actividades y los trabajos vinculados a la gestión forestal sostenible (arts. 64 y 65.3), sin más precisiones. NIETO GARCÍA (n. 22), pp. 1473 y 1478, apunta, con todo, que, al objeto de incentivar la adopción de medidas de prevención de los incendios forestales, las Administraciones Públicas han ido estableciendo en los últimos años un régimen de subvenciones a la agricultura y a la ganadería accesible únicamente a quienes cumplan la normativa en materia medioambiental.

(26) *Vid.*, en este sentido, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO (n. 3), p. 144. En cambio, no creo que la motivación económica del autor sea incompatible con los casos de comisión del incendio con dolo eventual.

de perjudicar significativamente iniciativas que podrían redundar en la recuperación del ecosistema.

Por otra parte, de muy sugerente, cuando menos, debe calificarse la propuesta de incluir, en el seno de la Sección 2.^a, Capítulo II, del Título XVII del Código penal, una cláusula del tenor de la prevista en el artículo 339 para los recursos naturales y el medio ambiente («Los Jueces o Tribunales ordenarán la adopción, a cargo del autor del hecho, de medidas encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como adoptar cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este Título»)(27). Esa cláusula permitiría la adopción de cualesquiera medidas cautelares reales –también de las consecuencias accesorias contempladas en el artículo 129–, dirigidas a anticipar y asegurar la satisfacción del contenido de la responsabilidad civil derivada del delito de incendios forestales, que incluye, por ejemplo, el monto de las medidas de tratamiento de los suelos quemados y de repoblación y restauración de la masa forestal que sea necesario adoptar, tanto durante la tramitación del proceso penal como una vez finalizado(28). Además, serviría para reforzar el sistema de reparación del daño descrito en la Ley 43/2003, en el que encontraría, al propio tiempo, su necesario complemento en uno de los aspectos, sin duda, más controvertidos en ese campo: el de la legitimación para reclamarla(29). Debe recordarse, al respecto, que

(27) Defiende también esta propuesta VERCHER NOGUERA, A., «Ponencia presentada en la Conferencia Sectorial celebrada en Mérida los días 22 y 23 de octubre de 2004», *Ambienta*, enero de 2005, p. 26.

(28) El principal objetivo de esa clase de medidas no es otro que el de obtener una fianza en garantía del cumplimiento de tales responsabilidades (que el incendiario deberá abonar, lógicamente, una vez que recayese sentencia condenatoria firme): *Vid.* SILVA SÁNCHEZ, J.M.^a, *Delitos contra el medio ambiente*, Valencia, 1999, pp. 172 ss. Conviene recordar que el proceso de recuperación de los terrenos quemados, por ejemplo, debe iniciarse inmediatamente o a corto plazo, al objeto de evitar la erosión post-incendio que traen consigo las lluvias, en particular las torrenciales. Según explica CARBALLAS FERNÁNDEZ (n. 22), p. 399, con carácter general, las primeras medidas post-incendio «han de ir orientadas hacia la recuperación de la cubierta vegetal, la fijación de la capa de cenizas y la retención de sus nutrientes, la mejora de la estructura del suelo y la regeneración de la microbiota del suelo y de su actividad». Esta misma autora expone algunos de los métodos ensayados para la recuperación de los suelos afectados. *Vid. op. cit.*, pp. 399 ss.

(29) La introducción de la reparación como elemento clave en el ámbito de los delitos de incendios forestales se coherencia perfectamente con lo dispuesto en otras disposiciones, como la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre –cuyo art. 37 sienta el principio de responsabilidad solidaria entre los copartícipes, para el caso de no poder establecerse su grado de participación– y el Real Decreto 875/1988, de 29 de junio, sobre Compensación de Gastos Derivados de la Extinción de Incendios Forestales.

los artículos 77 y 78 de aquella sientan la obligación del infractor de reparar el daño causado y facultan a la Administración para acordar la imposición de multas coercitivas o la ejecución subsidiaria, a su costa, en los casos de incumplimiento (arts. 78.1 y 78.3)(30).

2. El catálogo de agravaciones específicas del artículo 353 del Código penal

Asumiendo las anteriores, la línea de trabajo que planteo apunta principalmente, no obstante, a otra clase de instrumentos técnicos: las circunstancias agravantes específicas descritas en el artículo 353 del Código penal.

Percibido un grave problema de degradación del medio forestal y demostradas las dificultades para hacer efectiva una política de conservación activa, diversos argumentos abogan, en efecto, por el recurso a dichas circunstancias para cumplir las funciones preventivas del Derecho penal en este campo.

De esta forma, en las páginas que siguen se apostará por incorporar tres nuevas cláusulas al contenido del actual artículo 353: una agravación por afección a una ZAR, otra por grave perjuicio a un núcleo poblacional y, finalmente, una cláusula de exasperación de la pena para los incendios de especial intensidad y en que concurren, al tiempo, dos o más agravaciones.

Como es sabido, el catálogo en cuestión responde a un modelo casuístico, que propicia el solapamiento entre las distintas circunstancias en juego(31). Para evitar riesgos de reiteración y ulteriores problemas interpretativos, las propuestas que aquí se formulan van precedidas de un estudio sobre la necesidad de su introducción (en

(30) Es bien sabido que la cuestión de la responsabilidad civil derivada de los incendios forestales es especialmente compleja, toda vez que resulta difícil identificar a un perjudicado individualizado, al margen de la colectividad [*vid.* MARTÍNEZ VELA/RUEDA GUIZÁN (n. 3), p. 51] y, por lo tanto, poner en marcha los mecanismos reparatorios (incluida la adopción de medidas preventivas tendentes a evitar futuros daños). Al propio tiempo está claro que es al legislador procesal (y no al penal) al que le compete articular los mecanismos procesales adecuados para proteger la riqueza forestal de España, como interés colectivo (admitiendo la acción popular o la acción colectiva de determinadas asociaciones para pedir la restauración, a imagen y semejanza de lo dispuesto por el 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). El valor añadido que supone la Ley 43/2003 en este contexto estriba en que permite fundamentar la legitimación de la Administración Pública para exigir al autor del incendio el desarrollo de las actuaciones necesarias para restaurar el equilibrio ecológico perturbado y la responsabilidad civil por los perjuicios derivados del delito.

(31) Cfr. COBO DEL ROSAL/QUINTANAR Díez (n. 3), p. 159.

términos político-criminales) y su fundamentación dogmática (esto es, sobre las razones por las que convierten el hecho punible en más grave).

2.1 INTRODUCCIÓN DE UNA AGRAVACIÓN POR AFECCIÓN DEL INCENDIO FORESTAL A UNA ZONA DE ALTO RIESGO DE INCENDIO (ZAR)

A. *Formulación y fundamento político-criminal de la propuesta*

La primera de las reformas que aquí se defienden consiste en la creación, en el apartado 1.º del artículo 353.1. del Código penal, de una cláusula de agravación de la pena, aplicable en los supuestos en que se incendien montes o masas forestales situados en zonas de alto riesgo de incendio (en adelante ZAR).

El riesgo de incendio se define, en general, a partir de un conjunto de circunstancias socioeconómicas y forestales que condicionan la intensidad con que concurren los incendios forestales en una determinada zona (32). A juicio de los expertos, el minifundismo generalizado constituye, por ejemplo, y con gran diferencia respecto de cualquier otro factor, la estructura más grave de riesgo de incendio forestal en zonas como Galicia –en el sentido de que bastaría una pequeña parcela en estado de abandono para amenazar a una masa forestal bien cuidada– (33). Más allá de ese coeficiente común de riesgo es posible establecer, sin embargo, a partir de otros más específicos, zonas o ámbitos geográfico-espaciales diferenciados por su elevado nivel de vulnerabilidad (34). Entre ellos se incluyen, entre otros, los espacios caracterizados por la elevada densidad de montes vecinales –y por la conflictividad que estos llevan asociada–, así como por una considera-

(32) Cfr. PÉREZ VILARIÑO, J./DELGADO FERNÁNDEZ, J.L., «Análisis del riesgo de incendio forestal en Galicia», *Agricultura y Sociedad*, 7, 1995, p. 111.

(33) *Vid.* PÉREZ VILARIÑO/DELGADO FERNÁNDEZ (n. 32), p. 114.

(34) *Vid.* MOLINA/BARDAJÍ (n. 1), pp. 152, 163 y 164; BAEZA BERNA, M.J./LAIGHINAS, L.C./VALDECANTOS DEMA, A./VALLEJO CALZADA, V.R., «Diferentes técnicas de repoblación en matorrales con alto riesgo de incendio», *Cuadernos de la Sociedad Española de Ciencias Forestales*, núm. 17, 2004, p. 120; STS de 10 de marzo de 2009, F.J. 3.º (Roj 1494/2009); SAP Burgos de 13 de septiembre de 2011 (Roj SAP BU 743/2011); SAP Tarragona de 13 de marzo de 2012 (Roj SAP T 280/2012). MOLINERO/CASCOS/GARCÍA/BARAJA (n. 2), p. 40, insisten, en este sentido, en que, en términos de vulnerabilidad del territorio frente a los incendios, «las disparidades ecológicas, por un lado, y las culturales, por otro, se unen –a veces se suman y otras se contrarrestan– para dar resultados diversos». Para PLANA BACH (n. 4), p. 9, factores como la «mayor frecuentación de las zonas rurales por la población urbana (turismo, segundas residencias, etc.)» o la existencia de infraestructuras «deficitarias» contribuyen a hacer de los bosques mediterráneos «sistemas muy susceptibles a la aparición de llamas».

ble presión demográfica o intensa expansión urbana, que se traduce, a su vez, en una intensa degradación forestal (35).

En esta línea, y como ya se ha señalado, el artículo 48 de la Ley de Montes prevé la posibilidad de que las Comunidades Autónomas designen las llamadas «Zonas de alto riesgo de incendio» o de protección preferente. En los términos del legislador gallego, se trata de áreas en las que la frecuencia o la virulencia de los incendios forestales y la importancia de los valores amenazados hacen necesaria la aplicación de las medidas más rigurosas de protección contra los incendios forestales (36). Habrán de contar necesariamente, así, con un plan de defensa, en el que figuren los trabajos preventivos que vayan a realizarse, los medios de vigilancia y extinción necesarios, la regulación de los usos que puedan dar lugar a riesgo de incendios, etc. (37). Tanto la correspondiente declaración como la aprobación del preceptivo plan de defensa competen a las distintas Comunidades Autónomas.

Los ciclos de sequía altos, la irregularidad de los sistemas estacionales de lluvia y los veranos anómalamente secos agudizan la problemática de los incendios en toda clase de zonas forestales (38). La acción descontrolada del fuego en las ZAR supone, sin embargo, una realidad forestal y socio-económica cualitativamente distinta, en términos de pérdida de valor del «patrimonio natural» del conjunto de la sociedad. Parece razonable sugerir, por lo tanto, que el Derecho penal acuse sus necesidades especiales en materia de prevención (en términos de puesta a disposición y distribución de recursos económicos, humanos y administrativos) (39) y les atribuya a los fuegos perpetrados en ellas –dolosa o imprudentemente (por falta de cuidado en los usos autorizados en las mismas, por ejemplo)– efectos agravatorios, elevando la pena impuesta a su mitad superior.

En suma, la incorporación de dicha agravación al texto punitivo se justificaría (político-criminalmente hablando) en la necesidad de prevenir los enormes perjuicios que puede traer consigo la proliferación de fuegos en las ZAR, en concepto de pérdidas de valor económico

(35) Vid. PÉREZ VILARIÑO/DELGADO FERNÁNDEZ (n. 32), p. 115; CARBALLAS FERNÁNDEZ (n. 22), p. 408.

(36) Vid. art. 12.1 Ley 3 /2007, de Prevención y Defensa contra los Incendios Forestales de Galicia.

(37) Vid. artículo 48.3 Ley de Montes.

(38) Vid. ESTIRADO GÓMEZ/MOLINA VICENTE (n. 1), pp. 19 y 36; CARBALLAS FERNÁNDEZ (n. 22), p. 368.

(39) Vid. VÉLEZ MUÑOZ, R., «Los incendios forestales y la política forestal», *Revista de Estudios Agro-sociales*, 158, 1991, p. 102; CARBALLAS FERNÁNDEZ (n. 22), pp. 404 y 409.

(pérdida de recursos naturales y alteración de las economías locales) y de uso (pérdida de zonas de recreo y esparcimiento, mayor presión sobre las ya existentes) y, también, de beneficios ambientales (captación de CO₂, producción de O₂, detención de procesos erosivos, biodiversidad...).

B. *Fundamento técnico*

El tipo básico del delito de incendios forestales (art. 352.1 del Código penal) presenta una factura técnica muy sencilla: castiga incendiar montes o masas forestales, sin exigir ningún otro elemento o requisito normativo o descriptivo (40). Al contemplar una agravante como la que aquí se propone (afección a una ZAR), el legislador expresaría su voluntad de tutelar, de forma especial o cualificada, determinados espacios forestales de los que puede predicarse una situación de mayor vulnerabilidad (en clave de frecuencia y virulencia de los incendios) empíricamente acreditada –sobre la base de la información histórica y de datos estadísticos– (41).

El fundamento técnico de la agravación residiría, pues, en la vulnerabilidad objetiva que acusa el bien jurídico (la riqueza forestal de España) en ese marco geográfico, frente al riesgo de actuaciones incendiarias que pueda amenazarlo. La realización del incendio en el contexto geográfico de una ZAR incorpora, indudablemente, un mayor desvalor de acción, en la medida en que agrede un bien jurídico que se halla en una situación de especial desprotección, determinada a partir de criterios de frecuencia, vulnerabilidad poblacional, impacto en los ecosistemas y erosión del terreno (42).

Tomando prestada la terminología tradicional de la Jurisprudencia, diríamos que la agravación vendría a ahondar en la mayor antijuridicidad del hecho, y no en la mayor reprochabilidad o culpabilidad del autor. Su objetivo sería privilegiar la tutela penal de ciertas zonas forestales, no desvalorar el hecho de que hubieran sido elegidas o buscadas de propósito por el incendiario para garantizarse un mayor éxito en la propagación o extensión o en los daños derivados del incendio.

(40) Para algunos autores se trata de un tipo de peligro concreto: *vid.*, por ejemplo, COBO DEL ROSAL/QUINTANAR Díez (n. 3), p. 161. DE LA CUESTA AGUADO (n. 3), p. 1204 y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO (n. 3), p. 127, lo califican, en cambio, como un delito de lesión o daño, opinión a la que me sumo.

(41) Cfr. artículo 11.1 Ley 3 /2007, de Prevención y Defensa contra los Incendios Forestales de Galicia. Obviamente, la reiteración de los fuegos trae consigo una acumulación de sus efectos negativos: *vid.* CARBALLAS FERNÁNDEZ (n. 22), p. 370.

(42) *Vid.* artículo 11.1 Ley 3 /2007, de Prevención y Defensa contra los Incendios Forestales de Galicia.

La presencia de una actitud de especial perversidad o vileza en el autor sería ajena a su *ratio essendi*.

Por lo demás, la configuración de la circunstancia recurriendo a un término técnico bien acotado en la legislación extrapenal en la materia (*zona de alto riesgo de incendio*) permitiría afrontar el peligro de dar entrada en el tipo a reglamentaciones de diversa procedencia, que terminarían por generar confusión e inseguridad jurídica. Para su aplicación bastaría con la comprobación de que la conducta afecte a montes o masas forestales incluidos en los listados de ZAR elaborados por las Comunidades Autónomas (43).

C. *Requisitos objetivos y subjetivos*

Para la apreciación de esta agravación sería necesaria la concurrencia de un elemento de contenido eminentemente objetivo-funcional: la afección del incendio a zonas de alto riesgo de incendio, bien porque la ignición se hubiera producido directamente en ellas, bien porque se viesen afectadas como consecuencia de fuegos iniciados en zonas próximas o limítrofes. Ese dato (dinámico o instrumental) constituiría la base fáctica que permitiría dotarla de un sustrato material y hablar, en consecuencia, de un incendio más grave.

Lo que no se requeriría, en cambio, es la presencia de un elemento tendencial o intencional relativo a la finalidad de aprovecharse de la vulnerabilidad del medio forestal para alcanzar resultados erosivos o destructivos más intensos. Dicho con otras palabras: no sería necesario que esa vulnerabilidad se buscara de propósito. Bastaría –en los supuestos de realización dolosa– con que el incendiario tuviera conciencia de la particular situación (de alto riesgo de incendio) que caracteriza a la zona y con que se aprovechara de la misma (*como comportamiento momentáneo, en el acto*) para cometer el delito.

Dicho ello, es verdad que los casos en que el incendiario buscase y provocase resultados más graves o virulentos gracias a la mayor desprotección del medio –habiéndose procedido para ello a una suerte de excogitación o selección de la zona idónea– se situarían en una situación fronteriza, debiendo venir en aplicación, por una parte, la agravación aquí presentada (en la medida en que para su apreciación bastaría, como se ha indicado, con que la situación de vulnerabilidad objetiva le hubiese salido al encuentro y fuese captada por él) y, por otra, las

(43) *Vid. supra* nota 17.

relativas a la gravedad de los resultados materiales causados por el incendio, descritas en los apartados 1.º al 4.º del artículo 353 (44).

D. *Aplicación de la agravación en los casos de incendio causado por imprudencia*

El empleo de dinámicas delictivas que generan mayor capacidad de daño no debe considerarse automáticamente como el resultado de una tarea de preparación del hecho, es decir, de un previo y deliberado examen de conciencia incompatible, a todas luces, con las estructuras de la imprudencia. Si desde el punto de vista subjetivo la agravación por afectación a una ZAR no implica ninguna selección del espacio geográfico afectado con conciencia de su mayor vulnerabilidad y la intención de provocar graves o grandes perjuicios (esto es, ninguna suerte de *alevosía forestal*), nada impide que pueda imputársele al autor de un incendio imprudente (45).

La circunstancia podría cualificar, perfectamente, por consiguiente, supuestos subsumibles en el artículo 358 del Código penal y que afecten a una ZAR, por ejemplo un fuego provocado por la puesta en práctica de actividades de riesgo no reguladas o que contravienen lo previsto en el plan específico de defensa elaborado para la zona (46).

E. *Compatibilidad con las otras agravaciones aplicables al delito de incendios forestales*

Examinaré, a continuación, la cuestión relativa a si la introducción de esta agravación específica resultaría reiterativa en el contexto del actual artículo 353 del Código penal. Puede avanzarse, ya, que la respuesta es negativa.

Una vez determinado su fundamento (político-criminal y técnico), no debería resultar difícil deslindarla, en primer término, de las circunstancias incluidas en los apartados 1.º, 2.º, 3.º inciso primero y 4.º del número 1 de dicho precepto. Todas ellas se apoyan sobre la «gra-

(44) La concurrencia simultánea de dos o más de las circunstancias previstas en el artículo 353 ha sido expresamente contemplada por el legislador de 1995 en el encabezamiento de dicho precepto («cuando el hecho adquiriera especial gravedad atendida la concurrencia de alguna de las circunstancias siguientes»). *Vid.* GONZÁLEZ DE MURILLO (n. 3), p. 143.

(45) *Vid.* RUIZ RODRÍGUEZ (n. 3), p. 105; DELGADO GIL (n. 14), p. 90.

(46) Cfr. artículo 15.9.b) y d) de la Ley 3 /2007, de Prevención y Defensa contra los Incendios Forestales de Galicia. La SAP de Oviedo de 30 de septiembre de 2010 (Roj SAP O 2066/2010) pone en relación, justamente, la infracción de «las más elementales normas de cautela y reflexión, fácilmente asequibles a cualquiera y vulgarmente previsibles», entre otras actuaciones, con la no comprobación de que «el índice asignado de riesgo 3 se correspondía con el día de autos».

vedad» de determinados resultados materiales del incendio (47), desvalorando una vertiente del delito distinta a la que da sentido a la agravación aquí propuesta, que se consuma –recordemos– en el momento en que se prende fuego con riesgo de propagación a una clase especial de montes o masas forestales (los ubicados en una ZAR), al margen de la entidad de los resultados reales –y concretos– de aquél (en clave, entonces, de superficie quemada, erosión de suelos, alteración de condiciones de vida animal o vegetal o deterioro o destrucción de recursos) (48). Podría aplicarse, pues, conjuntamente con todas y cada una de ellas, sin riesgo de interferencia o solapamiento, en los casos en que los fuegos que afectan a una ZAR terminen por desembocar en resultados materiales tan intensos y destructivos como para darles vida.

Mayores complicaciones parece deparar la relación existente entre la afección a una ZAR y la agravación por afección a algún espacio natural protegido, descrita en el inciso segundo del apartado 3.º del artículo 352.1. La razón para ello es triple: la caracterización de las referencias geográfico-espaciales que sirven de base a ambas como contextos forestales especialmente vulnerables, su posible coincidencia –lo frecuente será que los espacios naturales protegidos se ubiquen, a su vez, en zonas de alto riesgo de incendio– y, por último, la semejanza de sus estructuras típicas (49). Creo, no obstante, que el elemento clave para tomar una decisión sobre su compatibilidad y sus posibilidades de aplicación conjunta son las razones que explican y justifican su eficacia agravatoria: la virulencia y frecuencia de los incendios, tratándose de las ZAR, y los valores propiamente ecológico-ambientales de los bienes forestales, en el segundo caso (50). Es ese dato (el del *bis*: la valoración jurídica que el Código penal pro-

(47) *Vid.* STS de 24 de octubre de 2003, F.J. 2.º (Roj 6577/2003).

(48) En el supuesto de hecho descrito en la SAP de Tarragona de 13 de marzo de 2012 (Roj SAP T 280/2012), por ejemplo, el fuego se inició en una finca perteneciente a un término municipal incluido en una ZAR, pero «la valoración de los daños en el dominio público forestal y el impacto ambiental producido» no superaron los 241,25 euros. Defienden el mayor desvalor del resultado como fundamento de todas las agravaciones del artículo 353.1 RUIZ RODRÍGUEZ (n. 3), pp. 98 y 99; DE LA CUESTA AGUADO (n. 3), p. 1205; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO (n. 3), p. 139.

(49) Tomando prestadas las palabras de RUIZ RODRÍGUEZ, diré aquí que en ambos casos bastaría con que ardiese algún elemento de un monte o masa forestal catalogados como «espacio natural protegido» o «zona de alto riesgo de incendio» para que se entendiese realizada la agravación, con independencia de la «gravedad material» de los resultados. *Vid.* RUIZ RODRÍGUEZ (n. 3), pp. 98 y 99. Sobre los criterios de aplicación de la agravante de afección a un espacio natural protegido *vid.* STS de 5 de mayo de 2005, F.J. 7.º (Roj 2849/2005).

(50) Sobre este extremo *vid.* RUIZ RODRÍGUEZ (n. 3), p. 98.

yecta, en este caso, sobre una determinada realidad geográfica) el que avalaría la solución de aplicar conjuntamente ambas circunstancias aunque sus sustratos fácticos (geográficos) sean los mismos (*idem*).

F. *Formulación técnica*

Teniendo en cuenta que las razones por las que se produce su relevancia típica no guardan relación con las que subyacen al resto de las agravaciones del artículo 353.1, lo correcto sería recoger la agravación por afección a una ZAR en un precepto diferenciado, adicionándole un nuevo apartado a dicho artículo (51).

2.2 INTRODUCCIÓN DE UNA AGRAVACIÓN POR GRAVES PERJUICIOS ECONÓMICOS AL ENTORNO POBLACIONAL

A. *Formulación de la propuesta y fundamento político-criminal*

La provocación de un incendio forestal ocasiona, siempre, y en mayor o menor medida, un daño al medio ambiente. Sus efectos sobre ese plano (el medioambiental) son bien conocidos: suponen la destrucción de los bosques y de sus funciones de producción –generando pérdidas de maderas, resinas, frutos, pastos...–; afectan a la flora, la caza y la pesca; precipitan los fenómenos de la erosión y desertización –facilitando el arrastre de materiales por las lluvias y alterando los ciclos hídricos y la fertilidad de los suelos–; contribuyen al desequilibrio de la estabilidad de la composición del aire y, con ello, al efecto invernadero... (52)

(51) El artículo recibiría, así, la siguiente redacción: «1. Las penas señaladas en el artículo anterior se impondrán en su mitad superior cuando el incendio alcance especial gravedad, atendida la concurrencia de alguna de las circunstancias siguientes...

Que afecte a montes o masas forestales situados en una zona de especial riesgo de incendio».

(52) *Vid.* SERRADA HIERRO/MUÑOZ LINARES/MARTÍNEZ GARCÍA (n. 1), pp. 9, 53 y 85; CARBALLAS FERNÁNDEZ (n. 22), pp. 370 ss.; ARMENTEROS LEÓN, M., «La respuesta penal a los incendios», <<http://www.derecho.com/articulos/2005/09/15/la-respuesta-penal-a-los-incendios/>> (consultado el 16.06.2012). Sobre el plano del bien jurídico protegido, tanto la Jurisprudencia como la doctrina ven en la tipificación de los incendios forestales un instrumento con que evitar daños medioambientales y alteraciones graves en el equilibrio ecológico. *Vid.* GONZÁLEZ GUTIÁN, L., «La nueva regulación del delito de incendios forestales», *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor*, Santiago de Compostela, 1989, p. 370; MESTRE DELGADO (n. 14), p. 498, con indicaciones jurisprudenciales; DE LA CUESTA AGUADO (n. 3), p. 1203; ORTS BERENGUER/MORENO ALCÁZAR (n. 6), pp. 1635 y 1636; RUIZ RODRÍGUEZ (n.3), pp. 85 y 86; TAMARIT SUMALLA (n. 3), p. 1416; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO (n. 3), pp. 122 y 123, poniendo en conexión ese criterio

No debe extrañar, por ello, que, a la hora de diseñar las agravaciones que le resultan aplicables, el legislador se haya concentrado fundamentalmente en las que guardan relación con los perjuicios que causan a los ecosistemas: por su afección a una superficie de considerable importancia; por sus efectos erosivos en los suelos; por la alteración de las condiciones de vida animal o vegetal (reducción de las posibilidades de reproducción de la fauna o la alteración del equilibrio entre las especies) o su afección a espacios naturales protegidos; o, en fin, por el deterioro o destrucción de los recursos afectados (destrucción de madera de las masas forestales, pérdidas de corcho, resinas, frutos, leñas y pastos...)(53).

Las consecuencias de los fuegos en el monte se proyectan también, sin embargo, sobre otras clases de intereses colectivos o difusos de carácter socio-económico, tal y como reconocen la Ley de Montes (54) o, a nivel autonómico, entre otras, la Ley 3/2007, de 9 de abril, de prevención y defensa contra los incendios forestales de Galicia (55), así como los diversos estudios que, desde los ámbitos de la economía, la sociología, la ecología y hasta la ingeniería forestal han venido abundando en la dialéctica daños forestales-desarrollo económico y social de los pueblos.

El que los incendios significativos a nivel comarcal inciden de forma negativa y apreciable en todos los sectores de la economía en la zona y en los intereses y modo de vida habitual de los habitantes del entorno parece estar, en suma, fuera de toda duda. De afectar a propiedades forestales en manos particulares (56), se traducen inmediatamente en la pérdida de rentas periódicas, la depreciación de la madera quemada y el cese de otros aprovechamientos como venta de

teleológico con los datos de que el legislador no haya distinguido entre los montes de titularidad pública y privada y de que resulte indiferente que los montes afectados pertenezcan al propio incendiario. Como explica Ruiz Rodríguez, lo correcto, por ello, habría sido ubicar estos delitos en el Capítulo III del Título XVI. *Vid.* (n. 3), p. 89.

(53) *Vid.* DE MIGUEL PERALES (n. 3), pp. 502 y 503; TAMARIT SUMALLA (n. 3), p. 1418; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO (n. 3), pp. 138 y 139.

(54) Ese reconocimiento es bien visible, por ejemplo, en la exposición de sus principios inspiradores o en la regulación de materias como la información y planificación forestal, la ordenación de los montes y gestión forestal sostenible o la declaración de zonas de alto riesgo de incendio. *Cfr.* artículos 3, 28 a 31 y 48.

(55) *Cfr.* artículo 1. Dicha agravación se alinearía perfectamente, por otra parte, con el Indicador 6.5 de la Norma UNE 162002: 2001, de Gestión Forestal Sostenible, que alude a la preservación de los valores paisajísticos, recreativos y culturales que deben ser considerados en la planificación de la gestión forestal para no perjudicar la economía rural.

(56) *Cfr.* SERRADA HIERRO/MUÑOZ LINARES/MARTÍNEZ GARCÍA (n. 1), p. 51.

leña o actividades cinegéticas (57). Tampoco pueden perderse de vista las posibles pérdidas en beneficios ambientales, como las derivadas de la no utilización del monte quemado con fines recreativos (58). A las alturas del año 2011 parecía razonable que todos esos *quebrantos* lleven aparejada una agravación específica de las penas (59).

B. *Fundamento técnico*

La *ratio essendi* de esta agravación tendría su razón de ser en el mayor desvalor del resultado que implican los efectos o repercusiones socio-económicas del incendio en el entorno poblacional. En línea de principio, y al igual que la de la mayoría de las comprendidas en el actual artículo 353, la agravación describiría, en consecuencia, una situación en la que se incrementa el daño o deterioro producido.

Junto con ese mayor desvalor de resultado, cabría identificar, no obstante, un significativo desvalor de acción, habida cuenta de la mayor indefensión del entorno poblacional. Como es sabido, la idea de *vulnerabilidad* hace referencia a los rasgos definitorios de una persona o grupo desde la óptica de su capacidad para anticipar, sobrevivir, resistir y recuperarse del impacto de una amenaza de origen natural o antrópico. Proyectando esa definición sobre la clase de fenómenos y de sujetos pasivos que aquí nos ocupan, diríamos que el entorno poblacional de una masa forestal incendiada acusa una mayor predisposición –física, económica, política o social– a sufrir graves daños socio-económicos y se enfrenta a (considerables) dificultades para recuperarse y reconstruir autónomamente su modo de vida y, en general, los elementos socio-económicos dañados (60).

Importa subrayar, también aquí, que la agravación no hace, en absoluto, hincapié en los móviles que puedan empujar al incendiario a delinquir. Desde el punto de vista de su desvalor de acción, no estamos en presencia de una *degradación del móvil delictivo* «normal», sino de una circunstancia con características propiamente objetivas.

(57) Vid. PLANA/BACH (n. 4), pp. 6 ss.; ESTIRADO GÓMEZ/MOLINA VICENTE (n. 1), pp. 14 ss.; SERRADA HIERRO/MUÑOZ LINARES/MARTÍNEZ GARCÍA (n. 1), pp. 52 ss.

(58) Vid. ECOLOGISTAS EN ACCIÓN (n. 7), p. 20.

(59) De esta misma opinión QUERALT JIMÉNEZ (n. 13), p. 63.

(60) Vid. OTERO SPAGNUOLO (n. 4).

C. *Requisitos objetivos y subjetivos*

Así formulada, la agravación se asienta sobre un elemento objetivo –el grave perjuicio económico al entorno poblacional–, cuya comprobación y análisis en sede jurídico-penal (hay que reconocerlo) no dejaría de suscitar problemas.

El primero y más evidente se deriva del hecho de que los efectos expansivos de ese elemento desestabilizador que es el incendio (y, en consecuencia, la medida en que pueda afectar a los intereses socio-económicos del entorno poblacional) dependerán de datos en buena medida ajenos al propio fuego (inclinación del terreno, características del suelo, accesibilidad del área afectada) y de factores en absoluto controlables por el sujeto (incidencia de la lluvia, intervención rápida de los retenes...) (61). En el caso de ciertas Comunidades Autónomas, tratándose de incendios de grandes proporciones, no parece posible, desde luego, que el incendiario pueda cerciorarse completamente de que «su fuego» no va a perjudicar gravemente al modo de vida o a los intereses del entorno poblacional, dada la magnitud del área que podría verse afectada y el grado de fraccionamiento y dispersión de los propios núcleos de población.

No soy partidario de salvar esa objeción recurriendo a la técnica de tipificación del peligro. Sustituir la redacción aquí propuesta («que se deriven graves perjuicios para el entorno poblacional») por otra alusiva a que del incendio «puedan derivarse graves perjuicios para el entorno poblacional» no supondría, según veo, una gran ganancia. Es cierto que solventaría buena parte de los problemas de prueba, pero implicaría menores certeza y seguridad jurídica y, desde luego, un menor respeto para con el principio de intervención mínima del Derecho penal (62).

Resulta preferible entender, por ello, que bastará con que al incendiario pueda imputársele objetivamente ese resultado (el de que el incendio haya perjudicado gravemente los intereses económicos del entorno poblacional), al haber realizado conscientemente todos los factores de riesgo esenciales y adecuados para causarlo (63). El hecho de que la exacta dimensión de los perjuicios sólo pueda concretarse

(61) Sobre todo ello *vid.* GONZÁLEZ GUTIÁN (n. 52), p. 371; MOLINERO/CASCOS/GARCÍA/BARAJA (n. 2), pp. 44 y 47; ECOLOGISTAS EN ACCIÓN (n. 7), p. 23; CARBALLAS FERNÁNDEZ (n. 22), p. 410.

(62) A esa disyuntiva entre agravaciones que implican un resultado lesivo y agravaciones que se traducen en un peligro alude RUIZ RODRÍGUEZ (n. 3), p. 99.

(63) Se trata de lo que SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO denomina «síndrome de riesgo», en punto al cual el juicio subjetivo de previsión «carece de relevancia, puesto que tal juicio incumbe al juzgador, mientras que lo que sí la tiene es la

a posteriori no será un impedimento, así, para dar por cumplido el aspecto subjetivo de la circunstancia una vez que el incendiario conozca suficientemente las circunstancias que rodean al fuego –incluyendo las geográficas y socio-económicas–.

Otra cuestión que debe ser examinada es la de la sujeción de la agravación a los postulados básicos de los principios de determinación y taxatividad de las normas penales. Una cláusula del estilo de la que aquí se describe podría merecer críticas por su carácter excesivamente abierto y por permitir, en esa medida, que la decisión sobre su aplicación se vea mediatizada por factores *difícilmente objetivables* (la trascendencia social del comportamiento, su repercusión en la opinión pública...).

En su descargo debe indicarse que las restantes agravaciones del artículo 353.1 incorporan referencias semejantes: «considerable importancia» de la superficie afectada (1.^a), «grandes o graves» efectos erosivos en los suelos (2.^a) o «alterar significativamente las condiciones de vida animal o vegetal» (3.^a) y «grave deterioro o destrucción de los recursos» (4.^a). Quiere decirse con ello que todas dejan un cierto margen de discrecionalidad al juez; un margen que no responde a la elección caprichosa del legislador penal, sino a la necesidad de garantizar su efectividad (64). Piénsese que todo incendio, en cuanto haya alcanzado un cierto grado de propagación, incide negativa o perjudicialmente sobre algunos o, incluso, todos los recursos y elementos que están en la base de dichas agravaciones (también, por supuesto, sobre el entorno poblacional). Si no se quiere caer en la necesidad de aplicarlas, prácticamente, en todos los supuestos de incendios forestales, los jueces deberán hacer uso de una escala técnica de intensidades, proporcionada por los peritos.

Ciertamente, la introducción de nuevas cláusulas agravatorias –en este o en cualquier otro ámbito delictivo– debe respetar las exigencias derivadas del principio de legalidad penal y cerrar el paso a posibles interpretaciones analógicas *in malam partem*, contrarias a la seguridad

realización *consciente* de factores de riesgo por parte del sujeto» (subrayados en el original). *Vid.* n. 3, p. 129.

(64) De esta opinión SERRANO GONZÁLEZ GUITIÁN (n. 52), p. 370; GONZÁLEZ DE MURILLO (n. 3), p. 142; COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ (n. 3), p. 157; ORTS BERENGUER/MORENO ALCÁZAR (n. 6), p. 1637; DE LA CUESTA AGUADO (n. 3), p. 1205. Para TAMARIT SUMALLA (n. 3), p. 1418, «el legislador se ha mostrado en este caso muy insensible a los riesgos de la indeterminación». No es el único aspecto de la regulación de los incendios en el Código penal español que pone en cuestión dichos axiomas. *Vid.* LORENZO SALGADO, J.M., «Las penas privativas de libertad en el nuevo Código Penal español (Especial referencia al arresto fin de semana)», *Estudios Penales y Criminológicos*, XX, 1997, p. 153, nota 2.

dad jurídica. No debe perderse de vista, sin embargo, que la atribución al órgano judicial de un razonable margen de apreciación de una agravación no vulnera, de por sí, las garantías que le asisten al reo en el momento de la aplicación concreta de los preceptos del texto punitivo: la gravedad de los perjuicios económicos causados al entorno poblacional y su imputación al autor (incendiario) deberán ser, por descontado, objeto de prueba y las dudas, ambigüedades y dificultades que puedan generarse habrán de resolverse trayendo en aplicación el principio *in dubio pro reo* (65).

Entraré a continuación en el tema de la clase y naturaleza de los efectos que deberían dar vida a la agravación.

So pena de incidir en obviedades, interesa subrayar, antes de nada, que su radio de acción no podría venir integrado por los incendios que provoquen riesgos para la vida o integridad física de los habitantes de ese entorno o daños materiales (concretos) en sus propiedades. El Código penal ya aporta soluciones para esas hipótesis: la aplicación, en el primer caso, de la disposición prevista en el artículo 352, inciso segundo (66); y del correspondiente concurso de delitos entre la figura básica del artículo 352, inciso primero, y el delito de daños, del artículo 266, en el segundo.

La referencia típica a la gravedad de los perjuicios económicos sufridos por el entorno poblacional dejaría también fuera de su ámbito de aplicación a los daños no cuantificables o, cuando menos, muy difíciles de cuantificar (la alarma social generada; la pérdida de competitividad, por consecuencia de la concentración de más propiedades forestales en menos propietarios; la percepción de inseguridad en el sector económico afectado y la consiguiente búsqueda de rentas complementarias que ofrezcan mayor seguridad), incluyendo los que puedan derivarse a largo plazo y estimarse únicamente a partir de proyecciones de futuro (el abandono de las actividades forestales por una alternativa más rentable; el favorecimiento de la despoblación y el éxodo rural), así como a los causados a la Administración Pública (movilización de costosos medios personales y materiales, inversiones necesarias en prevención y extinción de incendios) (67).

(65) *Vid.* en esa línea, por ejemplo, SAP A Coruña de 20 de octubre de 2011 (Roj SAP C 3158/2011).

(66) *Vid.* STS de 31 de enero de 2005, F.J. 1.º (Roj 472/2005), trayendo en aplicación la figura del párrafo segundo del artículo 352 en relación con un incendio que obligó a desalojar a «unas doscientas personas» de unas parcelas que se hallaban en las parcelas colindantes al lugar del incendio («a unos cien metros del punto donde se originó el incendio») y en que concurría, en consecuencia, el elemento del peligro personal «potencial o abstracto» que está en la base de dicho precepto.

(67) *Vid.* SERRADA HIERRO/MUÑOZ LINARES/MARTÍNEZ GARCÍA (n. 1), p. 51 ss.

El acento recae en magnitudes económicas, debiendo basarse el juez en los correspondientes informes técnicos para su apreciación (68).

A título de ejemplo, y por lo que se refiere al sector primario, podrán considerarse las repercusiones en las actividades de explotación ligadas al ámbito forestal. Hay que tener en cuenta que, pese a que tradicionalmente se ha venido empleando el fuego como herramienta para revalorizar los pastizales y aumentar su valor forrajero, sus efectos a largo plazo son tan devastadores que impiden que las zonas incendiadas puedan albergar carga ganadera alguna hasta transcurrido un tiempo considerable. En este apartado deberían computarse, también, el aplazamiento de las actividades cinegéticas hasta que la zona afectada sea restaurada.

Con relación al sector secundario, podrían ser significativas, a efectos de apreciar la agravante, las pérdidas en las industrias de explotación y transformación de la madera (incluida la pérdida de la cuota de mercado), así como el aumento de los costes de explotación, al deber recorrerse mayores distancias para llegar a la madera.

Finalmente, los incendios pueden perjudicar sensiblemente, asimismo, las actividades de servicios ligadas al turismo (sector terciario), principal fuente de ingresos de muchas zonas: el turismo rural –en auge en los últimos años–, las rutas en la naturaleza, las «vías verdes», la práctica de deportes de aventura (escalada, barranquismo, cicloturismo)...

La última de las cuestiones que afrontaré es la de la delimitación de la gravedad de los perjuicios económicos. De lo avanzado hasta el momento puede colegirse, ya, que se trata de un elemento que debe servir para calificar *la situación de marcada o acentuada degradación económica sufrida (por consecuencia del incendio) por una pluralidad de personas, cuya actividad económica y/o vital se desarrolle en su entorno geográfico*.

Dicho ello, debe añadirse ahora que, sin olvidar otros parámetros –como el de la densidad poblacional–, para medir la intensidad de esa degradación el juez podría tomar en consideración dos elementos: el tamaño del incendio –en los pequeños incendios forestales los perjuicios tienden a ser individuales y a estar mucho más localizados– y, sobre todo, las características de la zona, puesto que la vulnerabilidad del entorno poblacional está condicionada por una serie de elementos estructurales relacionados con su nivel de desarrollo, sus niveles de

(68) Vid. GONZÁLEZ GUITIÁN (n. 52), p. 371; ECOLOGISTAS EN ACCIÓN (n. 7) pp. 20 ss.; SERRADA HIERRO/MUÑOZ LINARES/MARTÍNEZ GARCÍA (n. 1) pp. 51 ss.; PLANA BACH (n. 4), pp. 5 ss.

densidad y, en particular, su grado de dependencia con el área forestal afectada, en tanto elemento de fijación de empleo y de la propia población en el territorio (69). Mientras los fuegos en zonas de elevado valor ecológico pero de escaso aprovechamiento forestal afectan en mayor grado a la sociedad en su conjunto, provocando daños más impersonales e indirectos y de menor incidencia económica (pérdida de zonas de recreo, pérdida de patrimonio natural...), los provocados en zonas *intensamente aprovechadas* tienen mayores implicaciones sociales a nivel individual, y, en lo que aquí interesa, comarcal (70).

D. *Aplicación de la agravación en los casos de incendio causado por imprudencia*

Conocida la finalidad de la agravación, su aplicación no debería vedarse cuando se comprobase que falta la intencionalidad, es decir, que se trata de un incendio forestal imprudente (incendios debidos a ignorancia, descuido, imprudencia o impericia, art. 358 del Código penal), independientemente de que, en estos casos, y por la vía del Derecho administrativo, se puedan adoptar otras medidas legales.

E. *Compatibilidad con las otras agravaciones aplicables al delito de incendios forestales*

La agravación no suscitaría cuestiones de solapamiento con las restantes del actual artículo 353, orientadas, como ya se ha indicado, a valorar la especial gravedad del daño en diversas dimensiones de carácter ecológico. Resulta evidente que el deseo de proteger directa e inmediatamente el medio ambiente no sería su objetivo básico.

En realidad, los únicos problemas de convergencia podrían plantearse con la circunstancia relativa al grave menoscabo de los recursos naturales, por su aparente voluntad omnicompreensiva –en la medida en que no precisa qué tipo de recursos van a ser los afectados por el deterioro o la destrucción– y su cierto trasfondo patrimonial (71). No deben confundirse, sin embargo, el ámbito de aplicación de una y otra. El deterioro o destrucción grave ha de estar referido de forma prioritaria a los recursos naturales, en tanto en cuanto que sean capaces de mantener el equilibrio ecológico de la zona afectada. De

(69) Cfr. SERRADA HIERRO/MUÑOZ LINARES/MARTÍNEZ GARCÍA (n. 1), pp. 50 ss.; PLANA BACH (n. 4), p. 6.

(70) Cfr. SERRADA HIERRO/MUÑOZ LINARES/MARTÍNEZ GARCÍA (n. 1), p. 51.

(71) Cfr. RUIZ RODRÍGUEZ (n. 3), p. 98; COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ (n. 3), p. 159; DE LA CUESTA AGUADO (n. 3), p. 1205; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO (n. 3), p. 143.

hecho, esta agravación se considera íntimamente vinculada con la idea de desarrollo sostenible, entendida como la administración y el uso del bosque y su suelo, de tal modo y en tal grado que mantengan su biodiversidad, productividad, capacidad de regeneración y vitalidad y puedan satisfacer, así, ahora y en el futuro, funciones de importancia ecológica, económica y social (72).

F. *Formulación técnica*

Una reforma continuista empujaría a incluir la nueva circunstancia en alguno de los actuales apartados del artículo 353.1 (por ejemplo, en el dedicado al grave deterioro o destrucción de los recursos afectados). Por las razones ya explicadas considero, sin embargo, que lo más correcto sería integrarla en un apartado de nueva creación (73).

3. **Introducción de una cláusula de exasperación de la pena**

En el delito de incendios forestales, la concurrencia de varias agravaciones no produce el efecto de exasperar las penas; y ello, como explica Serrano González de Murillo, en virtud de tres razones: a) en el encabezamiento del artículo 353.1 del Código penal se alude a cuando «el incendio alcance especial gravedad, atendida la concurrencia de alguna de las circunstancias siguientes», expresión que abarca, sin necesidad de forzar el tenor literal, los casos en que se producen simultáneamente varias de las circunstancias; b) la circunstancia del apartado 4.º («cuando se ocasione grave deterioro o destrucción de los recursos afectados»), de carácter genérico, concurrirá necesariamente con alguna de las incluidas en los apartados 1.º a 3.º, de manera que tendrán que apreciarse siempre conjuntamente; y c) cuando el legislador penal desea acumular los efectos de diversas agravaciones lo indica expresamente (véanse, por ejemplo, los artículos 250.2 –estafa– o 370. 3.º –tráfico de drogas–) (74).

Las consideraciones político-criminales que inspiran este trabajo me llevan a proponer la incorporación al artículo 353 de una cláusula que reconozca ese efecto sobreagravatorio o cualificante, permitiendo

(72) Sobre dicha idea *vid.* ESTIRADO GÓMEZ/MOLINA VICENTE (n. 1), pp. 13 ss.

(73) *Vid.* supra nota 52. El artículo ofrecería el siguiente tenor: «1. Las penas señaladas en el artículo anterior se impondrán en su mitad superior cuando el incendio alcance especial gravedad, atendida la concurrencia de alguna de las circunstancias siguientes: ...

Que se deriven graves perjuicios económicos para el entorno poblacional».

(74) Cfr. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO (n. 3), p. 143.

imponer la pena superior en grado en los casos de concurrencia de dos o más circunstancias de las referidas a la gravedad de los resultados materiales provocados por el incendio: la superficie quemada, los efectos erosivos de los suelos, la alteración de las condiciones de vida de la flora y fauna (y la causación de graves perjuicios económicos al entorno poblacional, de estimarse otra de las propuestas que he realizado) (75).

Al margen de esa cláusula debería quedar la agravación relativa al «grave deterioro o destrucción de los recursos afectados» (art. 353.1.4.º del Código penal). Se trata de una cláusula de cierre, destinada a superponerse (siquiera de forma parcial) con el contenido de las agravaciones de los actuales apartados 1.º a 3.º, puesto que su vocación parece ser, más bien, la de contemplar aspectos cualitativos (forestales o ecológico-ambientales) no incluidos o sólo tangencialmente incluidos en ellas (76). Su apreciación con cualquiera de ellas no debe modificar el régimen general previsto en el artículo 353. 1 (no implicará mayor agravación).

4. Bibliografía

- ARMENTEROS LEÓN, M., «La respuesta penal a los incendios», <http://www.derecho.com/articulos/2005/09/15/la-respuesta-penal-a-los-incendios/> (consultado el 16.06.2012).
- BAEZA BERNA, M.J./LAIGHINAS, L.C./VALDECANTOS DEMA, A./VALLEJO CALZADA, V.R., «Diferentes técnicas de repoblación en matorrales con alto riesgo de incendio», *Cuadernos de la Sociedad Española de Ciencias Forestales*, núm. 17, 2004, pp. 119 ss.
- CARBALLAS FERNÁNDEZ, T., «Los incendios forestales en Galicia», en CASARES LONG, J.J. (coord.), *Reflexiones sobre el medio ambiente*, Santiago de Compostela, 2003, pp. 361 ss.
- COBO DEL ROSAL, M./QUINTANAR DÍEZ, en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, segunda época, Tomo X, Vol. III, Madrid, 2007, pp. 147 ss.

(75) La expresión «terrorismo ambiental», relativamente habitual en los medios políticos y de comunicación social, es, por supuesto, ajena al lenguaje legal y jurídico, en general. En el texto punitivo español, la relación (instrumental) entre los incendios y el terrorismo se salda sobre un plano bien distinto (el de los delitos contra el orden público). *Vid.* GUINARTE CABADA, G., «El delito de terrorismo por actos individuales del artículo 577 del Código penal. Ámbito de aplicación y valoración crítica», en VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F./GUINARTE CABADA, G. (Dirs.), *Hacia un sistema penal orientado a las víctimas. El estatuto penal, procesal y asistencial de las víctimas del terrorismo en España*, Valencia, 2012, pp. 123 ss.

(76) *Vid.* GONZÁLEZ GUITIÁN (n. 52), p. 372; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO (n. 3), p. 143; DE LA CUESTA AGUADO (n. 3), p. 1205.

- DE LA CUESTA AGUADO, P., «Delitos de incendios», en ÁLVAREZ GARCÍA, J. (dir.), *Derecho penal Español. Parte Especial (II)*, Valencia, 2011, pp. 1.193 ss.
- DE MIGUEL PERALES, C., *Derecho Español del medio ambiente*, 3.^a ed., Madrid, 2009.
- DELGADO GIL, A., «El delito imprudente de incendio forestal y en zonas de vegetación no forestales (art. 358 CP): una visión jurisprudencial», *La Ley Penal*, 64, 2009, pp. 82 ss.
- ECOLOGISTAS EN ACCIÓN, *Incendios forestales: análisis y propuestas*, Madrid, 2007.
- ESTIRADO GÓMEZ, F./MOLINA VICENTE, P., *El problema de los incendios forestales en España*, Madrid, 2005.
- GARCÍA-GIRALDA RUIZ, A., «Las sanciones por causar incendios forestales», *Revista Foresta*, núm. 32, 2005, pp. 95 y s.
- GONZÁLEZ GUITIÁN, L., «La nueva regulación del delito de incendios forestales», *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor*, Santiago de Compostela, 1989, pp. 365 ss.
- GONZÁLEZ GUITIÁN, L., «La más alta preocupación del príncipe: notas para una introducción a “Dei delitti e delle pene”», *Estudios Penales y Criminológicos*, XXXI, 2011, pp. 129 ss.
- GUINARTE CABADA, G., «El delito de terrorismo por actos individuales del artículo 577 del Código penal. Ámbito de aplicación y valoración crítica», en VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F./GUINARTE CABADA, G. (dirs.), *Hacia un sistema penal orientado a las víctimas. El estatuto penal, procesal y asistencial de las víctimas del terrorismo en España*, Valencia, 2012, pp. 123 ss.
- LORENZO SALGADO, J.M., «Las penas privativas de libertad en el nuevo Código Penal español (Especial referencia al arresto fin de semana)», *Estudios Penales y Criminológicos*, XX, 1997, pp. 149 ss.
- MARTÍNEZ VELA, J.A./RUEDA GUIZÁN, J., «El delito de incendio: su evolución desde el Derecho Romano hasta nuestro vigente Código Penal», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 48, 2010, pp. 21 ss.
- MESTRE DELGADO, E., en ALONSO DE ESCAMILLA, A./GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, I./MESTRE DELGADO, E./RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A./LAMARCA PÉREZ, C., *Derecho penal, Parte Especial*, 6.^a ed., Madrid, 2011.
- MOLINA, D.M./BARDAJÍ, M., «Análisis comparativo interregional de los incendios forestales en la España peninsular», *Investigación Agraria. Sistemas y recursos forestales*, 8 (1), 1999, 151 ss.
- MOLINERO, F./CASCOS, C./GARCÍA, A./BARAJA, E., «Dinámica de los incendios forestales en Castilla y León», *Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles*, 48, 2000, pp. 39 ss.
- MOLINERO, F./GARCÍA, A./CASCOS, C./BARAJA, E./GUERRA, J.C., «La percepción local de los incendios forestales y sus motivaciones en Castilla y León», *Ería*, 76, 2008, pp. 213 ss.
- NIETO GARCÍA, A.J., «Análisis penal de la quema de rastrojos», *Diario La Ley*, 7497, 2010, pp. 1472 ss.
- ORTS BERENQUER, E./MORENO ALCÁZAR, M.A., en VIVES ANTÓN, T.S. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Vol. II, Valencia, 1996.
- OTERO SPAGNUOLO, M., «Consecuencias de los incendios forestales», <http://suite101.net/article/consecuencias-de-los-incendios-forestales-a17947> (consultado el 23.05.2012).

- PASTOR DÍAZ, S., «El delito de incendio forestal por imprudencia grave», *La Ley Penal*, 70, 2010, pp. 65 ss.
- PÉREZ RIVAS, N., «Las víctimas en Galicia. Análisis de las estadísticas oficiales relativas al trienio 2004-2006», *Estudios Penales y Criminológicos*, XXVIII, 2008, pp. 249 ss.
- PÉREZ VILARIÑO, J./DELGADO FERNÁNDEZ, J.L., «Análisis del riesgo de incendio forestal en Galicia», *Agricultura y Sociedad*, 7, 1995, pp. 109 ss.
- PLANA, E./CARLOMAGNO, E./DE MIGUEL, S., «Gestión del riesgo de incendios, política forestal y planificación territorial: análisis comparado y propuestas para un modelo integrado», Ponencia presentada en la II Conferencia Internacional sobre estrategias de prevención de incendios celebrada en Barcelona del 9 al 11 de mayo de 2005.
- PLANA BACH, E., «Grandes incendios forestales y desarrollo rural. El incendio de la Catalunya central de 1998», *Revista de desarrollo rural y cooperativismo agrario*, 1999 (3), pp. 163 ss.
- PRIEGO GONZÁLEZ DE CANALES, C./LAFUENTE, R., «La investigación social como una nueva herramienta de lucha contra los incendios forestales en Andalucía». Comunicación presentada al IX Congreso Español de Sociología, Barcelona, 13 a 15 de septiembre de 2007.
- QUERALT JIMÉNEZ, J., «El delito ecológico en España: situación actual y perspectivas de reforma», *Jueces para la Democracia*, 23, 1994, pp. 61 ss.
- RUIZ RODRÍGUEZ, L.R., «Los incendios forestales», en TERRADILLOS BASOCO, J. (coord.), *Derecho penal del medio ambiente*, Madrid, 1997, pp. 83 ss.
- SÁNCHEZ SÁEZ, A.J., «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por incendios forestales», *Revista de Administración Pública*, 179, 2009, pp. 87 ss.
- SERRADA HIERRO, R./MUÑOZ LINARES, I./MARTÍNEZ GARCÍA, J. (relatores), *Incendios forestales: tratamiento de superficies quemadas. Documento preliminar presentado en el VIII Congreso Nacional de Medio Ambiente*, Madrid, 27 de noviembre a 1 de diciembre de 2006.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., *Los delitos de incendio: técnicas de tipificación del peligro en el nuevo Código penal*, Madrid/Barcelona, 2000.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M.^a, *Delitos contra el medio ambiente*, Valencia, 1999, pp. 172 ss.
- TAMARIT SUMALLA, J.M., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9.^a ed., Cizur Menor (Navarra), 2011.
- VÉLEZ MUÑOZ, R., «Incendios forestales y su relación con el medio rural», *Revista de Estudios Agro-sociales*, 136, 1986, pp. 195 ss.
- «Los incendios forestales y la política forestal», *Revista de Estudios Agro-sociales*, 158, 1991, pp. 83 ss.
- «4.^a Conferencia Internacional sobre incendios forestales», *Ambienta*, Junio de 2007, pp. 63 ss.
- VERCHER NOGUERA, A., «Ponencia presentada en la Conferencia Sectorial celebrada en Mérida los días 22 y 23 de octubre de 2004», *Ambienta*, enero de 2005, p. 26.

La regulación española relativa a la punibilidad de las intervenciones en el suicidio en comparación con la situación en el Derecho alemán

MIRJA FELDMANN

Magistrada en la Audiencia Provincial [Landgericht] de Stuttgart.
Doctora en Derecho por las Universidades de Passau (Alemania)
y Complutense de Madrid

RESUMEN

Tras exponer, de la mano de tres supuestos, los vigentes regímenes jurídico-penales relativos a las intervenciones en la muerte querida por la víctima en España y en Alemania y las principales diferencias existentes entre ambos, se ahonda en la cuestión del origen y la evolución de sendas situaciones jurídicas, estableciendo dos hipótesis cuya corrección o no se va examinando para, finalmente, presentar una valoración de cuál es el régimen jurídico-penal más acertado.

Palabras clave: *Punibilidad de las intervenciones en el suicidio, eutanasia, regímenes alemán y español, Derecho comparado, política criminal.*

ABSTRACT

After an outline of the current legal situation in both Spain and Germany relating to the termination of life on request and participation in suicide and pointing out the main differences between each country's legal situation, the author approaches their origin and evolution and establishes two hypotheses that are scrutinized. Finally, an evaluation of which legal system proves to be better is presented.

Key Words: *Criminal responsibility for helping in suicide, euthanasia, Criminal policy in suicide, Comparative law.*

1. INTRODUCCIÓN

El tratamiento jurídico-penal en España de las intervenciones de terceros en el acortamiento no natural de la vida, deseado por la víc-

tima, presenta notables diferencias respecto del tratamiento otorgado en Derecho alemán a dichas conductas. Procederemos a exponerlas de la mano de un caso resuelto por la Audiencia Provincial de Almería, en 2002, así como a través de dos modificaciones ficticias del mismo.

Así, de una forma resumida, señalan los hechos probados de la sentencia 47/2002, de 20 de febrero, de dicha Audiencia Provincial:

Sobre las 23 horas del 21 de marzo de 2001, el procesado, Mustafa, se encontró con un conocido suyo, Jesús, nacional de Guinea Ecuatorial, quien le manifestó que le tenía que comentar un problema que tenía, introduciéndose ambos en un vehículo abandonado donde el procesado había pernoctado varios días, situándose el procesado en el asiento del conductor y su acompañante en el asiento contiguo. Entonces, Jesús manifestó a Mustafa que quería morir pues estaba pasando por una mala situación, pidiendo al procesado que le matara él y así solucionaba el problema de su estancia irregular en España y evitaba ser expulsado, insistiéndole en su voluntad de morir, convenciendo así al procesado, quien, utilizando un cinturón que llevaba puesto en la cintura, se lo puso alrededor del cuello y apretó fuertemente hasta causarle la muerte por asfixia.

La Audiencia Provincial de Almería condenó al procesado como autor de un delito de auxilio al suicidio (art. 143.3 CP) a la pena de seis años de prisión, con la accesoria inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena (1). La imposición del mínimo legal de la pena se debe a la concurrencia de la circunstancia atenuante 4.^a prevista en el artículo 21 CP, pues al día siguiente del crimen, y antes de saber que el procedimiento se dirigía contra él, el procesado, quien había pernoctado junto al cuerpo sin vida de Jesús (!), fue a la comisaría de policía y voluntariamente confesó su participación en los hechos.

Expuesta la resolución del caso por parte de la Audiencia Provincial de Almería, veremos cómo resolvería este caso el Derecho alemán. No hay duda de que Mustafa habría resultado igualmente condenado. La cuestión, empero, es si lo habría sido como autor de un delito de homicidio común o, antes bien, como autor del privilegiado delito que puede considerarse el equivalente alemán al artículo 143.3 CP y que el Código Penal alemán (Strafgesetzbuch, en adelante StGB) denomina «Tötung auf Verlangen» («homicidio a petición»). Tipificado en el § 216 StGB, castiga con pena privativa de libertad de 6 meses a 5

(1) Al margen de la condena por auxilio al suicidio lo condenó también por un delito de hurto cometido tras haber matado a la víctima, del que no nos ocuparemos por irrelevante.

años «al que hubiere sido llevado a matar a otro por la petición expresa y seria de la víctima».

Procederemos a examinar, para ello, si cabe subsumir los hechos antes reproducidos dentro del tipo. Así, analizaremos en primer lugar cuáles son los elementos típicos que lo integran para efectuar, en segundo término, el proceso de subsunción, es decir, la comprobación de si los distintos elementos de los hechos probados cumplen dichos requisitos.

Cabe aplicar este tipo, y no el del homicidio o asesinato, cuando –junto a los elementos básicos del homicidio– concurren las siguientes circunstancias: 1, una petición expresa y seria por parte de la víctima; y 2, que la misma haya llevado al autor a matar a su víctima.

Ahondando algo más en el primer requisito, para estimar que haya petición, según la doctrina mayoritaria, no basta con que la víctima simplemente consienta o tolere los actos del tercero, sino que es exigido que la víctima manifieste su voluntad de forma activa y con la intención de influir en la mente del destinatario de la declaración de voluntad (2). En el supuesto objeto de nuestro análisis no hay problemas para afirmar la concurrencia de semejante petición, dado que Jesús expresó su deseo de morir de modo activo a través de lo dicho a Mustafa, en quien quiso indudablemente hacer nacer la voluntad de cumplir su deseo. El carácter expreso de la petición tampoco ofrece dificultades. En cambio, es más discutible si la petición fue seria o no.

En cuanto a la caracterización de la seriedad, existe unanimidad en que deben ser estrictas las exigencias que ha de reunir la petición para poder afirmar tal carácter. Respecto de los criterios que suelen enumerarse a tal efecto y muchas veces sin mayor sistematización, cabe distinguir, a mi modo de ver, tres aspectos. El primero de ellos se cifra en la capacidad de formación de una decisión válida, encontrándose comúnmente aceptada la idea de que quien quiera morir debe poseer la capacidad natural de juicio y discernimiento para comprender el significado y la envergadura de su decisión, motivo por el cual no cabe estimar seriedad de la petición en personas que bien en general, bien en el momento de tomarla, no son capaces de autodeterminarse (3) –piénsese en personas de corta edad o (determinados) enfermos mentales–. El segundo aspecto se refiere al proceso de formación de voluntad: no puede ser viciado, por lo que no es considerada seria la petición cuando ha sido provocada por coerción, amenaza o engaño,

(2) Por todos, SCHÖNKE/SCHRÖDER-ESER, StGB § 216 Rn. 5.

(3) BGH NJW 1981, 932; BGH Urt. v. 7 de octubre de 2010, 3 StR 168/10.

así como cuando la víctima está incurso en un error de motivos (4). Por último y más allá de los presupuestos ya enumerados, el carácter serio de la petición implica asimismo, según una resolución muy reciente del BGH (5), firmeza y perseverancia interna, por lo que quedan excluidas del radio de acción del tipo peticiones «manifestadas de paso o de manera no meditada» (6). No se ha querido pronunciar, sin embargo, sobre la cuestión de si se debe requerir, tal y como requiere gran parte de la doctrina y algunas sentencias de instancia (7), que la petición no sea fruto de un momentáneo trance (estado de ánimo transitorio) o de un destempe depresivo (8). Ahora bien, parece cuestionable que este último criterio realmente posea autonomía propia y no sea, por el contrario, otra subespecie de los criterios ya citados; pues, en primer lugar, podría plantearse la cuestión de si tales destempes depresivos no ponen en entredicho la capacidad de juicio (actual); e, igualmente convendría reflexionar sobre si en caso de que la petición sea fruto de un mero trance no falta la firmeza de la petición, reflexiones ambas que por razones de espacio no emprendemos en este momento.

Sea como fuere, los hechos probados de la sentencia citada no contienen datos suficientes que permitan juzgar si la petición manifestada por Jesús fue seria o no, en particular no se sabe si se trataba de una petición meditada; ello obedece a que, a diferencia de lo que ocurre en Alemania, en España la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia manejan un concepto amplio de suicidio (9), en particular en lo que a las exigencias relativas a la voluntad de quien quiere morir se refiere. En este contexto conviene señalar que el «suicidio» no sólo constituye un elemento típico de los apartados primero y segundo del artículo 143 CP, sino también, tal y como implica el tenor literal del apartado 3.º,

(4) Véase p. ej. RENGIER, *Strafrecht* BT II, § 6 Rn. 6; EISELE, *Strafrecht* BT, 2008, Rn. 204; SCHÖNKE/SCHRÖDER-ESER Rn. 8; el BGH, en su sentencia de 7 de octubre de 2010- 3 StR 168/10, no se pronuncia acerca de la relevancia de errores de motivo, aunque sí afirma la falta de seriedad en caso de que quien mata haya obtenido la petición de matar por engañar sobre su propia intención, en realidad inexistente, de suicidarse tras matar al solicitante.

(5) BGH Urt. v. 7 de octubre de 2010, 3 StR 168/10.

(6) BGH Urt. v. 7 de octubre de 2010, 3 StR 168/10.

(7) En tal sentido, AG Tiergarten MedR 2006, 299.

(8) BGH Urt. v. 7 de octubre de 2010, 3 StR 168/10.

(9) Dentro del concepto amplio de suicidio, se pueden distinguir dos estándares –el criterio de la imputabilidad manejado por la jurisprudencia y un sector doctrinal, por un lado, y el criterio de la capacidad natural de juicio–; aunque estos dos criterios no se refieren a vicios de la voluntad tales como pueden ser el engaño, error, la coerción, que suelen ser tratados aparte por la doctrina española. Para más detalle, FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, p. 443 ss.

de este último (10). El manejo de un concepto amplio de suicidio se traduce en que solamente la existencia de graves vicios en la voluntad de la víctima lleva a la desestimación de la existencia de un suicidio en sentido jurídico y, por tanto (en función de la vertiente subjetiva del autor), a la consideración de quien interviene como autor (mediato, en caso de los apartados 1.º y 2.º) de homicidio o asesinato (11).

Realizadas estas puntualizaciones referentes a la situación jurídico-penal en España, que han puesto en evidencia que el ámbito de operatividad del artículo 143.3 CP es mayor con respecto a su «equivalente» alemán, gracias al manejo de un concepto amplio de suicidio, conviene llamar la atención sobre otro aspecto relacionado con la solución según el Derecho alemán del supuesto resuelto por la Audiencia Provincial: aun cuando objetivamente no concurriera una petición seria, cabría la aplicación del tipo privilegiado en virtud del § 216 ap. 2.º StGB, siempre que el autor partiera subjetivamente de que efectivamente existía una petición que contara con tal carácter.

Analizado el contenido del primer elemento típico que distingue el homicidio a petición del homicidio común, queda por examinar la cuestión de si Mustafa había sido determinado a matar por la petición de la propia víctima. En rigor, dos son los componentes que integran este segundo elemento típico. En primer lugar, ha de mediar una relación de causalidad entre la petición y la conducta del autor. Por consiguiente, la conducta del autor no puede ser subsumida dentro del tipo privilegiado cuando éste hubiera matado a la víctima con total independencia de la existencia de una petición de la misma (*omnimodo facturus*) o cuando fueran circunstancias diversas las que hicieron nacer en él la idea de matar (12), aunque hiciera depender su efectiva realización de una eventual petición de la víctima. En segundo lugar, se requiere que la petición fuera «el móvil determinante de la conducta» o leit motiv, por lo que, en caso de concurrir en el autor una pluralidad de móviles, el de la subordinación a la petición de la víc-

(10) Por todos, GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL *et al.*, PE, 2004, pp. 104 ss.; en contra DÍEZ RIPOLLÉS en el mismo/GRACIA MARTÍN, CPC PE I, 1997, pp. 185 ss., en particular p. 196: «Lo que da unidad al artículo 143 es el concepto de suicida, implícito en todos sus párrafos, pero no la noción de suicidio, que sólo está presente en el artículos 143. 1 y 2». Tal método ha de rechazarse por una dualidad de motivos: primero, parece evidente que la existencia de un suicida implique la correspondiente existencia de un suicidio y segundo, al no contener el tipo expresamente el elemento típico de «suicida», pero sí remite a través del uso del artículo determinado («la» cooperación) a la noción del suicidio, es lógico que se realice la interpretación a partir de este último.

(11) Véase, p. ej., la STS 7 de julio de 1948.

(12) SCHÖNKE/SCHRÖDER-ESER, Rn. 10; FISCHER Rn. 10.

tima ha de ser el predominante y que relegue a un segundo plano otros motivos en su caso concurrentes [como podría ser, por ejemplo, el de satisfacer el apetito sexual en el cadáver (13)] (14). Los hechos probados no ofrecen dudas de que la única intención del procesado a la hora de matar a su amigo fue precisamente cumplir el deseo de éste, máxime si tenemos en cuenta que antes de cometer el hecho había intentado disuadirlo.

Concluimos pues que también en Derecho alemán Mustafa habría sido condenado por un delito de homicidio a petición, aunque la pena habría sido inferior a la impuesta por la Audiencia de Almería ya que el § 216 StGB posee un máximo legal de pena que ni siguiera alcanza el mínimo legal de la pena prevista para su equivalente español, de seis a diez años.

Pues bien, una vez examinado el respectivo tratamiento jurídico en Alemania y España del caso resuelto por la Audiencia de Almería, hagamos el ejercicio de modificar ciertos elementos del supuesto de hecho, a saber, los relativos a la conducta del tercero, para comprobar si ello conduce a un trato jurídico penal diferenciado en un país y otro.

Primera modificación

La situación inicial es la misma que la expuesta *supra*, pero esta vez Jesús, desprovisto de medios, pide al procesado Mustafa que le proporcione cianuro letal para que él –Jesús– pueda tomarlo, solucionando así el problema de su estancia irregular y evitando la expulsión. Aunque reticente en un principio, Mustafa acaba por conseguir el veneno a Jesús, quien marcha y muere tras su ingesta.

Segunda modificación

Ante su inminente expulsión de España, Jesús llama, desesperado, a su hermano Ignacio, residente en España, para comentarle la situación. Éste le regaña, tachándole de inútil y fracasado, pues la familia, sumergida en la pobreza, había gastado todo el dinero que le quedaba para costearle el pasaje a España, país donde debería haberse asentado y encontrado trabajo para poder así apoyar a los suyos a través del envío de remesas de dinero. Y ahora, dice el hermano, resulta que no ha conseguido nada de todo esto. Ignacio advierte a Jesús que como vuelva a aparecer en su pueblo en África sentirá todo el desdén y rechazo que merece por semejante fracaso. Y agrega que si no puede quedarse en España, su única salida sería extinguir su inútil vida. Tras esta conversación, Jesús toma la decisión de arro-

(13) Un supuesto de hecho similar fue resuelto por BGHSt 50, 80, 91 (caso del caníbal de Rotenburgo).

(14) SCHÖNKE/SCHRÖDER-ESER, Rn. 10.

jarse al Metro, plan que poco después pone en práctica, falleciendo a resultas del mortal atropello.

Y es que, efectivamente, hay una diferencia abismal entre el tratamiento jurídico de estos otros dos supuestos en Derecho español, por un lado, y en Derecho alemán, por otro. En Derecho español, las conductas de M e I resultan punibles, existiendo en el primer supuesto un delito de cooperación necesaria al suicidio castigado con pena de 2 a 5 años (art. 143.2 CP) y en el segundo uno de inducción al suicidio castigado con pena de 4 a 8 años (art. 143.1 CP). Frente a ello, en Derecho alemán las conductas de los intervinientes M e I resultan no punibles, ya que, a diferencia de lo que ocurre en España y en otros muchos países (15), el Derecho alemán se caracteriza por una dicotomía. Mientras que castiga el homicidio a petición, no hay un precepto que penalice la participación (inducción y cooperación) en el suicidio, de manera que estas últimas conductas *en calidad de tales* no son punibles.

Pero las cosas no son tan fáciles como a primera vista parecen, y ello es así en una dualidad de aspectos. En primer lugar, la delimitación entre el homicidio a petición –punible– y el auxilio al suicidio –no punible– ofrece serias dificultades (16). En segundo término, y con independencia de los problemas de delimitación aludidos, hay que advertir de que la circunstancia cierta de que no exista un tipo de participación en el suicidio no significa necesariamente que toda intervención en el suicidio quede impune. Antes al contrario, existe unanimidad doctrinal en que en todo caso puede haber responsabilidad penal si estamos ante un suicidio que no sea libre y responsable, existiendo polémica sobre cuál es el baremo jurídico (17) de dicha libre responsabilidad. Dejando de lado dicha cuestión que centra uno de los debates más encendidos de cuantos existen en la dogmática de

(15) § 78 CP austríaco, artículo 294 CP holandés, artículo 580 CP italiano, artículo 202 CP japonés, artículo 312 CP federal de Méjico, artículo 135 CP portugués, Section 2 del Suicide Act del Reino Unido, artículo 115 CP suizo (únicamente en caso de mediar móviles egoístas), etc.

(16) Para más detalle, FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 236 ss.

(17) Antes de entrar en dicha discusión, parece imprescindible analizar el fenómeno del suicidio desde el punto de vista médico-empírico para sentar las bases para un tratamiento jurídico, sea *de lege lata*, sea *de lege ferenda*, que se ajuste a la realidad; pues no se debe olvidar que el derecho sirve a la solución de problemas de la vida real. Una panorámica sobre la epidemiología, las relaciones entre suicidio y enfermedades (mentales y somáticas), la cuestión de la libertad del mismo desde la perspectiva médica y las particularidades de esta perspectiva respecto de la jurídico-penal se ofrece en FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 168 ss.

la Parte Especial (18), conviene puntualizar que en caso de un suicidio no libre y responsable, a quien intervenga de modo activo puede serle imputado, en función de las circunstancias que entren en juego (móviles, *modus operandi*, etc.), un delito de homicidio o asesinato. Cuando se trate de una omisión consistente en no impedir bien sea el acto suicida como tal, o bien el resultado del mismo, cabrá imputar estos mismos delitos en la modalidad de comisión por omisión (§§ 211, 212, 13)(19), si ostenta una posición de garante. De lo contrario, en todo caso, incurriría en responsabilidad por un delito de omisión del deber de socorro (§ 323 c StGB)(20).

Ahora bien, el Tribunal Supremo alemán (en adelante, BGH) y cierto sector doctrinal no limitan la punibilidad de quien intervenga a los supuestos de un suicidio no libre y responsable, sino que van más allá. Inspirado por consideraciones, en principio acertadas, en torno a la necesidad de proteger la vida y pese a la falta de un precepto incriminador de la participación en el suicidio, el BGH ha encontrado diversas vías para castigar a quien interviene en un suicidio, aunque éste cumpla los requisitos de la libre voluntad del suicida.

En efecto, en primer lugar, admite la posibilidad de que quien permanece pasivo ante un suicidio libre, y aunque sea de acuerdo con el deseo del suicida, pueda incurrir en un delito de homicidio a petición en comisión por omisión (§§ 216, 13 StGB) en caso de ostentar una posición de garante (21) y, en su defecto, en un delito de omisión del deber de socorro (22). Responsabilidad que, sin embargo, no nace hasta el momento en el que el suicida pierda la conciencia (23). Dicha

(18) Cfr., p. ej., MK- SCHNEIDER, vor §§ 211 ff, Rn. 54 ss.

(19) Cfr. SCHÖNKE/SCHRÖDER-ESER, vor §§ 211 ss. Rn. 40; MK- *Schneider*, vor §§ 211 ss. Rn. 66.

(20) Cfr. NK-NEUMANN, vor § 211 Rn. 84; SCHÖNKE/SCHRÖDER- ESER, vor §§ 211 ss. Rn. 40.

(21) BGHSt 2, 150 ss.; BGHSt 13, 162 ss.; BGHSt 32, 367 ss.; en contra, p. ej. SCHÖNKE/SCHRÖDER-STREE, § 13 Rn. 22, RENGIER, BT II, § 8 Rn. 14; INGELFINGER, *Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots*, 2004, p. 235.

(22) BGHSt 6, 147 ss.; BGHSt 13, 162 ss.; BGHSt 32, 367 ss.; en contra la teoría dominante (LK- SPENDEL § 323 c Rn. 50; SK-RUDOLPHI, § 323 c Rn. 8; SCHÖNKE/SCHRÖDER-CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, § 323 c Rn. 7; MK-SCHNEIDER, vor §§ 211 ff. Rn. 84; GEPPERT, JURA 2005, 44; NK1-SEELMANN, § 323 c Rn. 26; SCHÖNKE/SCHRÖDER-ESER, vor §§ 211 ff.; NK-WOHLERS, § 323c Rn. 5; ARZT/WEBER, BT, 2000, § 3 Rn. 33; SOWADA, JURA 1985, 86.

(23) En cuanto al homicidio a petición tal restricción fue introducida ya hace tiempo (cfr. BGHSt 32, 367 ss.); por lo que respecta al tipo previsto en el § 323c StGB, en cambio, el alto tribunal solía considerar que el deber de actuar del tercero nacía ya antes de que el suicida perdiera la capacidad de actuar o conciencia, aunque las sentencias suscitan dudas sobre el momento exacto en que dicho deber nace (para más detalle, véase FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Sui-*

jurisprudencia ha venido siendo objeto de acerba crítica por parte de la abrumadora mayoría de los autores que se han ocupado de la materia (24). Estiman que castigar las conductas omisivas ante un suicidio libre es contrario, ante todo, al principio de la no punibilidad de la participación en el suicidio, lo mismo que al derecho del paciente a rechazar el tratamiento médico (25). A la vista de que, pese a tanta crítica, el BGH no pretendía cambiar de criterio, se han llegado a hacer, como veremos más adelante, varios intentos infructuosos para combatir dicha jurisprudencia con un precepto a medida, siendo el más reciente el realizado en el marco de la Propuesta alternativa de 2005. Cosa que dejó totalmente indiferente al Tribunal Supremo alemán puesto que éste, con ocasión de una reciente resolución en la que admitió la licitud de la interrupción de un tratamiento médico, aunque éste se llevara a cabo de manera activa, estableció que «una omisión que infrinja un deber también puede verificar el tipo del § 216» y remite a estos efectos a las sentencias tan polémicas BGHSt 13, 162, 166; 32, 367, 371 (Wittig) (26).

Además –y este aspecto parece poseer aún más relevancia a efectos de la materia aquí estudiada que en relación con la punibilidad de ciertas conductas omisivas– el BGH estima que aunque no quepa castigar los comportamientos *activos* que, desde un punto de vista material, constituyen un auxilio al suicidio como tales, ello no necesariamente quiere decir que queden impunes, siempre y cuando sean subsumibles dentro de otros tipos tales como pueden ser los de la legislación penal especial. Valga como ejemplo el supuesto de hecho objeto de la sentencia de Exit (27), donde el BGH estableció que la conducta de quien facilita una sustancia estupefaciente a otro para que éste pueda suicidarse por su ingesta da lugar a un delito previsto en la Ley de Estupefacientes, si bien es cierto que desestimó la aplicación del subtipo cualificado por el resultado (28). Asimismo, y en función del tipo de ayuda que se preste, cabe la posibilidad de que la conducta

zid, 2009, p. 261 ss.). La reciente sentencia de Exit tampoco está muy clara, pero parece haber asimilado el trato del § 323c al del § 216, de modo que el deber de actuación sólo nazca cuando el suicida haya perdido la capacidad de actuar (cfr. BGH 5 StR 474/ 00 = BGHSt 46, 290 ff).

(24) Véanse las notas al pie anteriores.

(25) Véase la crítica de ESER en MedR 1985, 6 ss.

(26) BGH Urt. v. 25.06.2010 2 StR 454/09 Rn. 29.

(27) BGH 5 StR 474/ 00 = BGHSt 46, 290 ss.

(28) Más detalle, en FELDMANN, *Suicidio y narcotráfico*, en LH-GIMBERNAT, 2008, 1984 ss.

dé lugar a un delito tipificado en la Ley Federal de Armas (29) o la Ley de Fármacos (30). Dicho recurso a la legislación penal especial, que durante mucho tiempo se había ignorado por completo por la bibliografía especializada en la materia que tratamos, así como su alcance, ha suscitado viva polémica (31). En efecto, no han faltado voces críticas opuestas a aplicar dichas normas del Derecho penal especial a estos supuestos, y así, Krey reprocha al BGH que mediante el recurso a la legislación relativa a los estupefacientes, «reduzca de manera masiva, no pertinente e insensible las posibilidades de cooperación al suicidio impune» (32). Afirmación con la que pretende hacer creer que existe un «principio de la impunidad de la participación en el suicidio» que tiene prevalencia absoluta sobre toda norma que entre en concurso con tal principio.

En conclusión, cabe decir que si bien es cierto que existe una dicotomía entre el homicidio a petición punible y la participación en el suicidio –en principio, impune–, también lo es que hay ciertas conductas de auxilio que pueden resultar punibles, aunque no sea como delito de auxilio al suicidio, sino por estar las mismas incluidas en el ámbito de operatividad de otro delito distinto. Sin perjuicio de ello, son numerosas las conductas activas de auxilio y –lo que es peor– de inducción, que en Derecho alemán no son susceptibles de subsunción en otro delito y que, por consiguiente, quedan impunes, mientras que en España las intervenciones activas, exceptuando la mera complicidad, sí son punibles.

Una vez realizada esta panorámica comparada sobre la situación jurídica relativa a las intervenciones en la muerte querida por la víctima, así como desgranadas las diferencias entre las regulaciones española y alemana, surge la ineludible pregunta, ciertamente, del porqué de tan grandes diferencias. En las próximas páginas vamos a profundizar en esta cuestión, formulando a estos efectos dos hipótesis:

1. ¿Es la dicotomía existente en Alemania el fruto de una decisión meditada a favor de la libertad por parte del legislador histórico alemán, tal y como inducen a pensar algunas de las citas anteriormente

(29) FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 319 ss.

(30) Cfr. el caso resuelto por la Audiencia de Wuppertal, Urt. v. 24.01.2007 – 23 KLS 1052/05.

(31) Expone las distintas opiniones defendidas acerca de la operatividad de la Ley de Estupefacientes y toma postura, FELDMANN, *Suicidio y narcotráfico*, en LH-GIMBERNAT, 2008, 1992 ss.

(32) KREY/HEINRICH, BT I, 13. Aufl., 2005, Rn. 102; en parecido sentido, también STERNBERG-LIEBEN, JZ 2002, 154, 156.

reproducidas y el socorrido recurso a un supuesto principio de impunidad de la participación en el suicidio?

2. ¿Y es que en España, hasta hace poco (?) país católico por antonomasia, el régimen jurídico-penal vigente constituye, a la inversa, un vestigio de tiempos pasados en los que no existía una separación entre religión y Estado, moral y Derecho?

Para dar una respuesta a las cuestiones que acaban de ser planteadas emprenderemos un viaje en el tiempo, con el punto de salida en el Derecho romano, y seguiremos los pasos de la evolución de la punibilidad del suicidio y de las intervenciones en él (inclusive del delito de homicidio a petición), tanto en España como en Alemania.

2. TRATAMIENTO JURÍDICO EN DERECHO ROMANO

El Derecho romano, cuya repercusión en los derechos penales español y alemán ha sido enorme, no preveía penalización alguna del suicidio en sí mismo. En contra de una interpretación errónea y posteriormente muy extendida en la ciencia penal alemana (33), los preceptos introducidos en el siglo II d.c., relativos a la tentativa de suicidio de los soldados (34) y a la imposición de la confiscación de bienes contra quien fuere perseguido por un delito que conllevara dicha consecuencia jurídica y, antes de recaer la sentencia condenatoria, se matara a sí mismo por miedo a la pena (35) –preceptos que, además, no eran aplicables si el suicida había obrado por cansancio de la vida, enfermedad o locura (36)–, no pretendieron reprobado, con carácter general, el suicidio, sino que persiguieron salvaguardar, respectivamente, intereses militares (37) y fiscales (38). En correspondencia con ello, en el Derecho romano tampoco se conocía la penalización generalizada de la participación en el suicidio. De un precepto, según el cual los esclavos que no impidieren el suicidio de su dueño incurrirían en delito (39), no puede ser inferido tampoco, y en contra de lo que sostenía Momm-

(33) Véase, con más detalle, FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, p. 16.

(34) *Digesto* 49, 16, 6, § 7.

(35) *Digesto* 48, 21, 3, 1 ff.

(36) *Digesto* 40, 16, 6, 7.

(37) Cfr. CZINCZOLL, *Solidaritätspflichten bei der Selbsttötung*, 1984, p. 12.

(38) Cfr. REIN, *Das Kriminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinian* (1844), 1962, p. 883.

(39) *Digesto* 29, 5, 1, 22; cfr. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery*, 1908, p. 96.

sen (40), la punibilidad generalizada del auxilio al suicidio, dado su fundamento en esta relación de lealtad especial (41).

3. LA EDAD MEDIA Y LA TEMPRANA EDAD MODERNA

En la Edad Media y durante la temprana Edad Moderna, fue disputada al Derecho romano su influencia en el tratamiento jurídico del suicidio por las iglesias cristianas, cuya postura frente al suicidio fue de condena total; postura que en el contexto de la –en aquel entonces reinante– concepción teocrática del Derecho debía también traducirse en la normativa no religiosa. Desde que San Agustín declarase, reaccionando frente a la radicalización de tendencias negativistas entre los primitivos cristianos, la reprobación absoluta y sin excepciones del suicidio, los Concilios eclesiásticos de los siglos posteriores fueron estableciendo sanciones cada vez más rigurosas para el suicidio, que acabaron por pasar al Derecho canónico (42). Hubo que esperar hasta 1983 para que se aboliera, formalmente, la más característica de entre ellas –la privación de sepultura eclesiástica (43)– que, por otra parte, estaba dotada de una serie de excepciones (44).

Pero no olvidemos que el catolicismo no fue la única religión que tachaba de pecado al suicidio. La misma postura fue defendida por el protestantismo (45), si bien hay que matizar que, a diferencia de lo que sucedía en la Iglesia católica, en la época de la Ilustración en círculos académicos se llegó a plantear la cuestión de si podía ser defendido el suicidio, desde la perspectiva de la moral cristiana (46) y aunque el principio de la prohibición del suicidio no fue controvertido ni siquiera por los teólogos evangélicos de corte más liberal, éstos sí abogaron por la abolición de las sanciones sepulturales. El mantenimiento de éstas, sin embargo, fue defendido con fervor por parte del

(40) MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, 1899, p. 614, 1043.

(41) Véase, con más detalle, FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, p. 17.

(42) Véase con más detalle, FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 19-20.

(43) CANON 1240 § 1.3 del *Código de Derecho Canónico* de 1917.

(44) En caso de duda sobre los verdaderos motivos, debía procederse a la sepultura eclesiástica, evitando el posible escándalo entre los fieles (Código de Derecho Canónico, 1917, canon 1240 § 2). Para más detalle véase CARON, «Suicidio» (*Diritto canonico*) en AZARA/EULA (Hrsg.), *Novissimo Digesto Italiano*, XVIII, 1957, p. 924.

(45) Vid. BAUMANN, *Vom Recht auf den eigenen Tod*, 2001, p. 53.

(46) Cfr. AMELUNXEN, *Der Selbstmord*, 1962, p. 21.

clero y los sectores más cercanos a la Iglesia evangélica (47). Tanto es así que hasta los tiempos de la República de Weimar en muchas iglesias estatales no era concedida al suicida sino la llamada sepultura silenciosa, es decir, sepultura en camposanto, pero sin misa ni intervención de un clérigo (48).

3.1 Alemania

Es sobre todo en Alemania, donde la evolución del Derecho secular se caracteriza por esta oposición entre la no reprobación del suicidio reductible a la tradición romana, pero también propia del Derecho germano (49), y su estricta condena derivada de la doctrina cristiana: por un lado, ni el Espéculo de Sajonia ni el de Suabia, ambos del siglo XIII, contemplaban sanciones para el suicidio (50); por otro lado, existen relatos sobre crueles castigos infligidos al cadáver del suicida o a su patrimonio (51). Si bien es cierto que dichos relatos muchas veces carecen de especificaciones relativas al lugar y al momento histórico en que habrían sido llevadas a cabo tales prácticas, la existencia efectiva, aunque de alcance desconocido (52), de estas últimas se ve avalada por el hecho de que la *Constitutio Criminalis Carolina* (1532), máxima encarnación de la recepción del Derecho común en Alemania, derogó, de modo expreso, las usanzas, costumbres y reglamentos contrarios a su propia regulación del suicidio (art. 135 CCC). Regulación que no permitía la confiscación de bienes sino cuando el acusado de un «yerro» castigado con pena capital y confiscación de bienes se quitare la vida por miedo a dichas penas (no, en cambio, cuando obrare por enfermedad, melancolía, etc.) (53). Por consiguiente, únicamente pretendió, en buena tradición romana, impe-

(47) BAUMANN, *vom recht auf den eigenen tod*, 2001, p. 42.

(48) Hay que advertir que tales sanciones no se imponían si mediaba inimputabilidad notoria del suicida, en cuyo caso se le concedía la sepultura eclesiástica solemne. Para más detalle, véase BAUMANN, *Vom Recht auf den eigenen Tod*, 2001, pp. 32 ss.

(49) Véase CZINCZOLL, *Solidaritätspflichten bei der Selbsttötung*, 1984, p. 15.

(50) Véase con más detalle FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, p. 23.

(51) Cfr. p. ej. HIS, *Das Strafrecht des deutschen Mittelalters*, Teil 1, 1920, pp. 401 ss.

(52) Para más detalle, véase FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, p. 26 ss.

(53) La norma se reproduce en FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, p. citando a BUSCHMANN, A., *Textbuch zur Strafrechtsgeschichte der Neuzeit: Die klassischen Gesetze*, München, 1998.

dir que el acusado se sustrajera a la pena de confiscación, y no castigar el suicidio en sí mismo.

De acuerdo con los límites establecidos por la CCC, la gran mayoría de las normativas particulares de los siglos XVI y XVII no preveía, con carácter general, penas corporales ni patrimoniales para los suicidas, aunque, eso sí, algunas de ellas contemplaban sanciones graduadas relativas a la sepultura (54). En cambio, son escasas las legislaciones particulares –procedentes, sobre todo, del ámbito austríaco– que contenían preceptos que mandaban infligir un trato infamante al cadáver del suicida, fuera echándolo a las corrientes de agua, fuera quemándolo, o que contemplaban la confiscación más allá de los límites establecidos por la CCC (55). De ahí que parezca aconsejable tratar con cierta reserva relatos que generalizan en exceso, representando ese tipo de sanciones como práctica universalizada.

Frente a la moderación por la que se había caracterizado el trato jurídico del suicida en la gran mayoría de los territorios alemanes en los siglos anteriores, el siglo XVIII constituye un punto de inflexión en algunos territorios donde hasta aquel momento no habían existido sanciones para el suicidio que sobrepasaran los límites establecidos por la CCC. Así pues, en Prusia el rey calvinista Federico Guillermo I, en 1721, estrenó una regulación que preveía sanciones cuya gravedad se graduaba en función del móvil que subyaciera al suicidio o a la tentativa del mismo. A saber, si el suicida antes de matarse a sí mismo hubiere sido condenado a muerte, se ejecutaba la pena en el cadáver. En cambio, le era proporcionada una sepultura infamante, enterrándole debajo de la horca, si se trataba de lo que se ha dado en llamar «suicidio premeditado» (*fürsetzlicher Selbstmord*), es decir si el acto se debiere a impaciencia, pérdida de haber y honra de este mundo, desesperación por tener que seguir viviendo, etc. Por último, le era concedida la ya vista sepultura silenciosa en caso de haber obrado por enfermedad corporal o mental, o bien por melancolía. En cuanto a la tentativa de suicidio, fue conminada con «pena extraordinaria y dura» si se trataba de un suicidio premeditado, imponiéndose, en los demás casos, una especie de medida de corrección (56). Dicha regulación se

(54) Para más detalle, véase FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 29-34.

(55) A estos efectos cabe citar las siguientes recopilaciones: Landordnung del Condado de Henneberg (1539); la Landordnung de Tirolia (1526); la Land- und Peinliche Gerichtsordnung de Styria; Landrecht de Dithmarschen (1567), cuyas normas relativas al suicidio se citan en FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 33 ss.

(56) Para más detalle, véase FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 31 ss.

vio endurecida en 1728 al suprimirse las sanciones atenuadas para el suicidio no premeditado (57).

En la misma línea, el *Codex Iuris Bavarici Criminalis*, de 1751, estableció para el suicidio premeditado las penas de confiscación parcial de bienes y de sepultura infamante (*Eselsbegräbnis*) (58).

En cuanto a la existencia de preceptos que castigaran la intervención en la muerte querida por la víctima, son muy pocas las legislaciones que prevían preceptos específicos reguladores de esta materia. Cabe citar, a tal efecto, las normas establecidas por el Ordenamiento de Policía de Nassau (1616) y el *Wendisch-Rügiänische Landgebrauch* (1530), respectivamente, que imponían ciertos deberes de vigilancia a determinados sujetos respecto de, entre otras, las personas que sufrieran melancolía, castigando con pena severa o incluso capital la infracción de dichos deberes en caso de que la misma desembocara en una «desgracia» (59), es decir, estamos ante normas que castigan conductas omisivas. En cambio y exceptuando otra disposición de la *Wendisch-Rügiänische Landgebrauch*, según la cual quien genere la causa de la melancolía, sería castigado con pena de muerte (60), no existían preceptos que castigasen la intervención activa en el suicidio. Dicha falta de preceptos relativos a la intervención en el suicidio ha sido atribuida por algunos autores a los miedos supersticiosos al contacto con los cadáveres de delincuentes y suicidas (61): del hecho de que, por tal motivo, no existiera predisposición alguna para socorrer a los suicidas, deducen que tampoco existía predisposición alguna para cooperar activamente en el suicidio, por lo que no sería necesario prohibir semejantes conductas (62). A nuestro parecer, tal explicación presenta no pocos problemas. En primer lugar resulta dudoso que aquellos miedos al contacto con el cadáver se extendieran también a actos cuya realización se efectuaría en un momento antes de la muerte. En segundo lugar, no son capaces de explicar la no existencia de preceptos relativos a la inducción. Pues lo mismo que semejantes creencias supersticiosas no son, a nuestro entender, capaces de disuadir a un homicida de su plan delictivo, tampoco lo serán con respecto a una

(57) Cfr. BAUMANN, *Vom Recht auf den eigenen Tod*, 2001, p. 19.

(58) § 25 del *Codex Iuris Bavarici Criminalis*.

(59) Vid. BERNSTEIN, *Die Bestrafung des Selbstmords und ihr Ende*, 1907, p. 11.

(60) Cit. en BERNSTEIN, *Die Bestrafung des Selbstmords und ihr Ende*, 1907.

(61) Para más detalle sobre las creencias supersticiosas en torno a los suicidas, BERNSTEIN, *Die Bestrafung des Selbstmords und ihr Ende*, 1907, p. 51 nota 14 y p. 53 nota 23.

(62) En este sentido, CZINCZOLL, *Solidaritätspflichten bei der Selbsttötung*, 1984, p. 27, BAUMGARTEN, *The right to die*, 1998, pp. 112, 108.

persona cuyo objetivo es precisamente hacer nacer, en otra, la idea de quitarse la vida.

Con independencia de ello, resultaría de interés indagar en una cuestión que no se ha llegado a plantear por los autores que se han ocupado de la materia. Se trata de si en el seno de las escasas legislaciones que ya contemplaban unas reglas generales relativas a la participación (y siempre, está claro, sólo en la medida en que se castigara el suicidio), procedía el castigo de los partícipes con arreglo a dichas reglas (63).

3.2 España

La evolución del Derecho secular español desde la Edad Media hasta la Ilustración presenta algunos paralelismos, pero también notables diferencias con respecto a la que se produjo en Alemania. No existían preceptos relativos a la punibilidad del suicidio, ni en el derecho visigodo y alto-medieval, ni en las primeras obras legislativas (Espéculo, Fuero Real) elaboradas bajo el reinado de Alfonso X el Sabio (64). En las siete Partidas redactadas entre 1256 y 1263 y que marcan el apogeo de la recepción del Derecho Común en España (65), que le valieron a Alfonso X el título de segundo Justiniano (66), si bien los suicidas se describen, con mucho detalle, como desesperados, sin expectativa de ser perdonados por Dios, y son equiparados, a nivel moral, con los asesinos, es establecida de modo expreso la regla general de que eran eximidos de pena (secular) (P. VII, Tít. XXVII, Leyes 1-3). La única excepción a esta regla se refiere, siguiendo la tradición romana, a los suicidas que hubieren estado acusados de un «yerro» castigado con pena de muerte y confiscación de bienes, o que hubieren cometido un delito susceptible de persecución penal *post mortem*, imponiéndoseles la confiscación de bienes, a no ser que se diera cualesquiera de los supuestos de exención previstos por la ley como haber obrado por locura, dolor o enfermedad, etc. (P. VII, Tít. I, Ley 24). En conclusión, aun declarando, con carácter general, pecado el suicidio, plasmando así la visión eclesiástica del mismo, las Parti-

(63) Véase para más detalle FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 36 ss.

(64) Véase para más detalle, FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, 37 ss.

(65) QUINTANO RIPOLLÉS/GIMBERNAT ORDEIG, *Tratado de la PE del DP I*, 2.^a ed., 1972, p. 372; en el mismo sentido, VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, 1, Bd., 1925, p. 409.

(66) GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Examen Histórico del Derecho Penal*, 1866, p. 163.

das no establecieron su punición generalizada, distinguiendo, de esta manera, magistralmente entre pena secular, por un lado, y pecado religioso, por otro. Tampoco se castigaba la tentativa de suicidio (67). Al rastrear las Partidas en busca de preceptos relativos a la intervención en el suicidio, nos tropezamos con aquél, de raíz romana, que impone, so pena de muerte, a los sirvientes y esclavos la obligación de prevenir, entre otras cosas, el suicidio de su amo (Séptima Partida, Tít. VIII, Ley XVI). Aparte, llama la atención una norma que castiga una suerte de autoría mediata, equiparando con un homicida al que facilitare a una persona que se halle en un estado anormal, como la embriaguez o sandez, a petición de ésta, la comisión de un suicidio u homicidio, dándole los medios necesarios para conseguir su fin (Séptima Partida, Tít. VIII, Ley X) (68).

Poco más tarde fue abandonada la tradición romana de no castigar el suicidio como tal. Y así, en las Ordenanzas Reales (1484) se recoge una norma que extiende la sanción de confiscación de bienes a cualquier suicidio (69), siempre que –y éste es el límite que se establece, por lo menos, a partir de un decreto de Enrique III (70)– el suicida no tuviera herederos. Este precepto pasó a formar parte de la Nueva Recopilación (1567) (71) y su sucesora, la Novísima Recopilación (1805) (72) y –obviando una breve interrupción– estuvo en vigor hasta 1848, aunque parece que, en la práctica, dejó de aplicarse ya a partir de la época de la Ilustración (73).

Exceptuando una práctica consistente en colgar el cadáver del suicida preso y acusado por delito digno de muerte (74), no hay indicios de la existencia de penas corporales infligidas al cadáver del suicida.

(67) Véase FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, p. 45.

(68) En contra de lo que sostiene GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Examen Histórico del Derecho Penal*, 1866, p. 171. La Ley VII del Tít. VIII, por el contrario, no constituye un tipo relativo al auxilio al suicidio, para más detalle: FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 45 ss.

(69) Libro VIII, Título XIX, Ley XIX.

(70) Libro VIII, Título XIII, Ley IX; para más detalle, véase FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 36 ss.

(71) Libro VIII, Título XXIII, Ley VIII.

(72) Libro VII, Título XXI, Ley XV.

(73) ESCRICHE, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, 1876, «Suicidio» (p. 1055. T. 4); para la primera edición «española», de 1838, consulte www.bibliojurídica.org/libros/1/364/33.pdf.

(74) Cf. MARCOS GUTIÉRREZ, *Práctica Criminal de España*, T. III, 5.ª ed., 1828, p. 65, quien postulaba ceñir la imposición de aquella pena a los supuestos en que se hubiera cometido un delito infamante; ESCRICHE por su parte pretendía sólo aplicarla en caso de que ya se hubiere dictado el fallo.

Antes al contrario, las prácticas observadas, entre otros países en Inglaterra, de enjuiciar al cadáver del suicida e imponerle castigos corporales y patrimoniales causaban estupor entre los autores españoles (75).

A modo de conclusión, cabe decir que si bien es cierto que sí existen, como es natural, fuertes paralelismos entre las legislaciones creadas en ambos países en el espíritu de la recepción, no lo es menos que, a diferencia de lo que ocurrió en Alemania, en España no se produjo ni la lucha contra las costumbres supersticiosas que hemos podido apreciar –aunque de alcance desconocido– en la historia del suicidio en Alemania, ni la exacerbación de la punición secular del suicidio en sí mismo o de su tentativa a lo largo del siglo XVIII. Pues únicamente existía, a lo largo de varios siglos, un precepto relativamente limitado sobre la confiscación de bienes, que dejó de ser aplicado en la medida en la que el pensamiento ilustrado iba ganando terreno en España.

4. EL PENSAMIENTO ILUSTRADO Y LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO MODERNO

4.1 Alemania

4.1.1 LA DESPENALIZACIÓN DEL SUICIDIO

En el siglo XVIII, nada más alcanzar la punición del suicidio su máximo nivel en algunas partes de Alemania, sin embargo, y como consecuencia del pensamiento ilustrado, fue iniciada la despenalización completa del suicidio en sí mismo. Despenalización en cuyo favor los representantes principales de la Ilustración francesa (76) e italiana (77) adujeron, sobre todo, el principio del carácter personalísimo de la pena, la falta de un efecto disuasivo de la misma frente al suicida, así como un argumento *de maiore ad minus* con relación a las reivindicaciones de despenalizar la emigración. Sostenían que si quedaba impune la emigración, conducta mucho más perjudicial para el Estado que el suicidio, con mayor razón tendría que despenalizarse

(75) MARCOS GUTIÉRREZ, *Práctica Criminal de España*, T. III, 5.ª ed., 1828, p. 65.

(76) MONTESQUIEU (1689-1755), VOLTAIRE (1694-1778), D'HOLBACH (1723-1789), ROUSSEAU (1712-1778), DIDEROT (1713-1784), MARAT (1744-1793), PASTORET, etc., para más detalles sobre sus obras y posturas véase BERNSTEIN, *Bestrafung des Selbstmords*, 1907, pp. 20 ss.

(77) Cesare BECCARIA (1738-1794), Gaetano FILANGIERI (1752-1788).

este último (78). Por otra parte, es de advertir que pese a semejantes reivindicaciones de despenalización la valoración ética del suicidio permaneció muy polémica.

Aun antes de calar las ideas ilustradas y en un momento histórico, en el que otros territorios de habla alemana acababan de instaurar nuevas sanciones contra el suicidio (79), en Prusia, el filósofo de Sanssouci, el Príncipe heredero Federico el Grande, había desarrollado por su cuenta la idea de despenalizar el suicidio (80), para luego, una vez ascendido al trono, ponerla en práctica derogando gradualmente a partir de 1747 las sanciones poco antes introducidas por su padre el Rey Federico Guillermo I (81). Y por si esto fuera poco, en 1775 Federico el Grande puso en marcha una política de prevención del suicidio, aunque ésta probablemente no fuera inspirada en motivos humanitarios sino más bien en la doctrina mercantilista (82). A tal efecto emitió un edicto, posteriormente copiado por otros gobernantes, que obligaba, so pena de severas sanciones, a socorrer a los accidentados, entre los que se incluía explícitamente a los suicidas, socorro a cuya prestación la población se había venido negando en razón de creencias supersticiosas (83).

Si bien es cierto que el trato que recibieron los suicidas por parte del Landrecht prusiano de 1794 supone cierto retroceso con respecto al que había decretado Federico el Grande, también lo es que esta codificación, impulsada por el citado Rey que, sin embargo, falleció antes de su entrada en vigor, hizo gala de una actitud relativamente indulgente con los suicidas. Pues, dejando al lado las penas corporales que preveía para los suicidas delincuentes (84), se cionó a establecer la sanción de «sepultura silenciosa» para los demás suicidas. En otros

(78) Véase BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), XXXV.

(79) Véase *supra*.

(80) Cfr. MEHRING, *Strafrechtliche Tätigkeit Friedrichs des Großen*, 1927, p. 47 y p. 5; en el mismo sentido VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, 1. Bd., 1925, p. 272.

(81) *Kabinetts-Ordre* de 1747 y *Rescript* de 1751 que abolió toda sanción relativa al suicidio. Véase el texto íntegro del *Rescript* en FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, p. 686, citando a WILLENBÜCHER F., *Die strafrechtsphilosophischen Anschauungen Friedrichs des Grossen, Strafrechtliche Abhandlungen*, Heft 56, Breslau, 1904, Nachdruck, Tokyo-Frankfurt, 1977, p. 44, Fn. 2 ss.

(82) BAUMANN, *Vom Recht auf den eigenen Tod*, 2001, pp. 84 ss.

(83) Para más detalle véase FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 36 ss.

(84) § 805 PrALR.

lares –piénsese en las codificaciones de Baviera (85) y Austria (86)–, en cambio, el suicidio premeditado seguía siendo tratado como infracción penal castigándolo con sepultura infamante y confiscación de bienes, hasta que la entrada en vigor del CP bávaro de Feuerbach de 1813, que se sitúa en el origen del derecho penal moderno en Alemania (87), y del *Gesetzbuch über Verbrechen* de Francisco II (1803) en Austria, respectivamente, pusieron fin a esa situación (88).

Los Códigos penales de los demás territorios del antiguo Sacro Imperio Romano Germánico, que poco a poco se fueron elaborando hasta mitades del siglo XIX, ya no establecieron castigo alguno para el suicidio (89). Acto que, aunque no punible, se seguía considerando, eso sí, contrario a la moral (90). El fundamento sobre el que la ciencia penal contemporánea asentaba su despenalización variaba. Algunos autores –como el propio Feuerbach– sostenían que el suicidio sí suponía una lesión de derechos (propios del Estado), debiéndose su impunidad a meras razones de política criminal (91). Otros, por el contrario, negaban la existencia de una lesión de derechos. Postura que conducía directamente al juicio de la impunidad, desde el punto de vista de quienes sostenían que la lesión de un derecho era un requisito imprescindible para el uso del derecho penal (92). Desde el punto de vista de quienes admitían que era legítimo usar el derecho penal aun frente a conductas de carácter meramente inmoral, por el contrario, sólo se llegaba a esta misma conclusión –de impunidad– trayendo a colación bien la inimputabilidad presuntiva de quien se mataba a sí mismo (93), bien razones de política criminal (94).

(85) § 25 *Codex Juris Bavarici Criminalis*.

(86) Para la *Constitutio Criminalis Theresiana*, véase REHBACH, DRiZ 1986, 243. Código penal josefiniano (17) §§ 89 y 123 a 125.

(87) VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, 1. Bd., 1925, p. 295.

(88) Véase BERNSTEIN, *Die Bestrafung des Selbstmords und ihr Ende*, 1907, p. 16.

(89) Cfr. los Códigos de Sajonia (1838), Wurttemberg (1839), Braunschweig (1840), Baden (1845) y del Reino de Prusia (1851).

(90) BERNER, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 5.^a ed., 1871, p. 133; GUDERIAN, *Die Beihilfe zum Selbstmord und die Tötung des Einwilligenden*, 1899, p. 22.

(91) Véase VON FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, ed. por MITTERMAIER, 14. Ausgabe, 1847, p. 404.

(92) Véase HÄLSCHNER, *Das gemeine deutsche Strafrecht I*, 1881, p. 468.

(93) LION, GA, 6 (1858), p. 460; asimismo advirtiendo del estado psíquico BERNER, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 5. Aufl., 1871, p. 134.

(94) Para más detalle GUDERIAN, *Die Beihilfe zum Selbstmord und die Tötung des Einwilligenden*, 1899, p. 23.

4.1.2 LA GÉNESIS DE LA PENALIZACIÓN AUTÓNOMA DE LAS INTERVENCIÓNES EN EL SUICIDIO Y DEL HOMICIDIO A PETICIÓN

Con la derogación de la punibilidad del suicidio emergió, sin embargo, un fenómeno nuevo: la penalización autónoma de las intervenciones de un tercero en la muerte no natural querida por la propia víctima. Y una vez más, Prusia desempeñó un papel de vanguardia, incluso a nivel internacional. El § 834 ALR fue la primera normativa (95) en tipificar como tales el homicidio a petición (96) y el auxilio al suicidio, conminando ambas conductas con la misma pena, a saber: pena de reclusión de seis a diez años. Este trato igual viene a significar que el legislador de 1794 no percibía una diferencia en cuanto al juicio de desvalor entre las conductas en cuestión, cuyo trato en el Derecho alemán vigente, por el contrario, no podía ser más desigual: mientras que se castiga la primera, la segunda queda impune. Además, es preciso señalar que el propio § 834 ALR preveía una agravante. En caso de sospecha muy fundada de que la voluntad de morir hubiese sido provocada por el propio tercero que interviniera, la pena de reclusión temporal se convertiría en perpetua. A la vista del gran desvalor que a través de esta agravante el legislador atribuía a quien hiciere nacer (supuestamente) en otro la voluntad de morir a cuya realización luego interviniera, no deja de sorprender que no incriminara la inducción (aislada) al suicidio como tal.

Siguiendo el ejemplo del ALR prusiano, la abrumadora mayoría de los códigos penales alemanes (97) que se fueron creando a lo largo de la primera mitad del siglo XIX estableció tipos especiales, de configuración muy desigual, que castigaban la intervención de un tercero en la muerte no natural querida por la propia víctima. Dichos códigos penales solían contener, al menos, un tipo específico de homicidio a petición (98), cuya aplicación salvaba al autor de la condena por asesi-

(95) BERTOLINO, *Suicidio (istigazione o aiuto al) in Digesto delle discipline penalistiche*, XIV, 1999.

(96) La cuestión del efecto del consentimiento fue también discutida en la ciencia penal común, negándole los autores, en un principio, todo efecto atenuante. Es en los albores de la Ilustración cuando algunos autores empezaron a exigir un trato privilegiado del homicidio a petición, postura por la que, como es obvio, optó el ALR (cfr. SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen*, 1930, pp. 91 ss.) .

(97) Los textos íntegros están recompilados en STENGLEIN, Melchior, *Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher*, Bändchen 1-3, 1858.

(98) Se trata de los CCPP de Sajonia, Nassau, Hesse, Baden, Wurttemberg, Turingia y Braunschweig; cfr. la tabla en FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 689 y 690.

nato y, por tanto, de la pena de muerte (99). Dicho tipo atenuado se veía complementado, en algunos de ellos –piénsese en los de Baden, Württemberg, Turingia y Braunschweig– por otro tipo que, a su vez, atenuaba la pena respecto de la prevista para el homicidio a petición cuando la víctima fuere un enfermo o herido de muerte. No son pocos los códigos penales que junto al homicidio a petición (acompañado, en su caso, por otro tipo atenuado) tipificaron la participación en el suicidio. Cabe citar los de Sajonia, Baden, Braunschweig y Turingia (100). Ahondando en el contenido concreto de los tipos en cuestión, solían abarcar la inducción y el auxilio, aunque la terminología empleada para designar a estas conductas variaba (101). De entre los códigos penales que tipificaban la participación en el suicidio, el de Braunschweig resulta de especial interés, y ello por varios motivos. Para empezar, es el único código que, además de contemplar la punición de la inducción y el auxilio al suicidio, estableció un tipo atenuado relativo a esta última conducta –el auxilio–, en caso de que el suicida fuere un enfermo de muerte. Pues para la penalidad del auxilio al suicidio remitía al tipo de homicidio a petición que integraba lo mismo el tipo base que el atenuado con sus respectivas penalidades. Remisión por la que más allá de establecer una graduación paralela a la que media entre el homicidio a petición base, por un lado, y el correspondiente supuesto atenuado, por otro, se consigue un trato exactamente igual del homicidio a petición y del auxilio al suicidio tanto en los supuestos base como en los supuestos de enfermos de muerte. Dicha graduación paralela entre supuestos base y eutanásicos presenta una interesante similitud con la regulación prevista en el vigente artículo 143.2-4 CP español, aunque la regulación de Braunschweig se distingue de ésta por no hacer ninguna diferencia en cuanto a la gravedad de la sanción prevista entre el auxilio simple y el auxilio ejecutivo al suicidio.

Sólo una minoría de los códigos decimonónicos estaban totalmente desprovistos de esta clase de tipos. A diferencia del derecho vigente ni siguiera contemplaban un tipo de homicidio a petición. Se trata de los CCPP bávaros, lo mismo el de 1813 que el de 1861, oldenburgés (de 1814), hanoveriano, austríaco y prusiano de 1851.

(99) Para más detalle, véase FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 57 ss.

(100) Cfr. la tabla en FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, p. 689.

(101) Para más detalle véase FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 60 ss.

4.1.3 LA GÉNESIS DE LA DICOTOMÍA

4.1.3.1 *La derogación completa de la penalización autónoma de las intervenciones en la muerte querida por la víctima por el CP prusiano de 1851 o: más simplicidad a cambio de menos justicia*

El que fuera precisamente en Prusia, cuna de la penalización de la participación en el suicidio, donde, en 1851, se llegó a su derogación completa, es fruto de un giro brusco y de última hora en los debates relativos a la reforma del Derecho penal prusiano. Así pues, todos los proyectos desde 1828 hasta 1838 habían previsto, siguiendo en mayor o menor medida el modelo del ALR, un tipo combinado de participación en el suicidio y homicidio a petición con una penalidad atenuada respecto de la prevista para el asesinato (pena de muerte). Iba precedido por otro tipo también inspirado en un artículo del ALR, el § 833, y que conminaba con una pena aún menos grave el homicidio piadoso de un enfermo de muerte, no siempre siendo la petición del enfermo un requisito necesario (102). En 1838 la *Immediat-Kommission*, aun manteniendo el tipo de auxilio al suicidio, de repente eliminó tanto el tipo de homicidio a petición como el del homicidio piadoso, ya que «desde un punto de vista objetivo el acto era tan grande y punible como cualquier otro asesinato» (103), por lo que el autor merecía ser castigado con la pena prevista para el asesinato.

Es obvio que fueron dudas sobre si semejante sanción era justa respecto de quien mataba por motivos de piedad las que en 1843 llevaron al Consejo de Estado a volver a introducir un tipo de homicidio atenuado que ostentaba el carácter de una especie de híbrido entre el homicidio a petición y el homicidio piadoso, con una penalidad, esta vez, inferior a la prevista para la participación en el suicidio. No obstante, la introducción de dichos tipos terminó fracasando en 1845 a causa de la oposición de los Estamentos y de la ciencia penal (104), la cual los tachaba de «restos de la vituperable casuística del Landrecht» (105), pretendiendo con rigidez prusiana su eliminación

(102) Para más detalle véase FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 61 ss., y la tabla en p. 692.

(103) GOLTDAMMER, *Die Materialien zum Strafgesetzbuche für die Preussischen Staaten*, 1852, Theil II, p. 364.

(104) ABEGG, GA 13, p. 388; vd. también GROSSE-VEHNE, *Tötung auf Verlangen*, 2005, p. 26.

(105) VON STRAMPFF, *Über den Entwurf eines Strafgesetzbuchs für die preussischen Staaten*, Nachdr. der Ausg., Berlín, 1844, p. 247 ss.

para «reconducir todo a los principios correctos» (106). Cuáles fueron estos principios no quedaba, sin embargo, nada claro.

En efecto, Strampff y otros autores utilizaban los términos «suicidio» o «suicida» cuando se referían no sólo a la participación en el suicidio, sino también al homicidio a petición. De ahí que quepa decir que, parecido a lo que ocurre en el artículo 143.3. CP y sus antecedentes, para el concepto de suicidio lo realmente decisivo parecía ser, siempre según estos autores, la voluntad de morir de la «víctima» y no la cuestión de si ésta ejecutaba la muerte por su propia mano. Se podría aventurar, por consiguiente, que según los autores ambas conductas deberían merecer el mismo trato jurídico. Y de hecho Strampff, si bien es cierto que abogaba por la eliminación de los tipos especiales de participación en el suicidio y homicidio a petición recogidos en el ALR y mantenidos en casi todos los proyectos prusianos, no lo es menos que pretendía que ambas conductas se subsumieran en el tipo del asesinato (107).

Continuemos nuestro análisis. De los documentos legislativos se desprende que fueron sobre todo razones de practicabilidad las que llevaron al legislador a eliminar los tipos especiales de intervención en la muerte de quien quisiera morir, siendo una de las principales finalidades de aquel código simplificar en la mayor medida posible las normas penales. En efecto, se aducían obstáculos para constatar, en la práctica, la concurrencia del requisito «enfermedad mortal» para abogar por no recoger un tipo especial de «homicidio a petición del enfermo de muerte» o «homicidio piadoso a petición» y simplemente castigar dichas conductas como asesinato, y ello a sabiendas de lo injustas que pudieran resultar las consecuencias que eso conllevaba, a saber: la obligatoria imposición de la pena de muerte; injusticia que se pretendía remediar recurriendo al indulto en los supuestos realmente dignos de compasión. De lo anterior, es decir de la eliminación del tipo de «homicidio piadoso a petición», seguía para el legislador la «plena punibilidad de quien matare a un suicida a petición del mismo» (108), cuando no mediaran –hablando en términos modernos– circunstancias eutanásicas. Se agregaba que «no sería punible el

(106) ABEGG, GA, 13, p. 388.

(107) Esta opinión también fue defendida por VON JAGEMANN, *Criminallexikon*, 1854, p. 490 (*Stichwort Mord*), quien sostenía que los preceptos especiales relativos al homicidio a petición y al auxilio al suicido eran supuestos privilegiados del asesinato.

(108) GOLTDAMMER, *Die Materialien zum Strafgesetzbuche für die Preussischen Staaten*, 1852, Theil II, p. 364.

mero auxilio en caso de un hecho no consumado, es decir en caso del intento, puesto que el propio autor (el suicida) quedaría impune» (109).

Resumiendo, la eliminación del tipo de homicidio a petición era apoyada en un argumento *a fortiori*: si no hacía falta prever un tipo de homicidio piadoso a petición, con mayor razón podía prescindirse de un tipo de homicidio a petición. En cambio, no parece tan claro cuál sería el trato del auxilio al suicidio. ¿Pretendía el legislador su impunidad?; o ¿creía acaso, por el contrario, que el auxilio al suicidio era una subespecie del homicidio a petición, que, por lo tanto, se castigaba como este último? En mi opinión, es esta última interpretación la que la frase reproducida arriba sugiere, al limitarse a constatar la impunidad del «mero auxilio», «en caso de un hecho no consumado», de lo que se sigue *a contrario sensu* que sí se partía de la punibilidad en caso de un hecho consumado, sin que parezca razonable pensar que con *mero* auxilio se refería a la ejecución de la muerte.

Por muy sorprendente que tal punto de vista –también defendido por Strampff– pueda resultar hoy en día a la mayoría de los juristas alemanes acostumbrados al régimen jurídico vigente, en aquella época no era tan extraño. Basta echar un vistazo al proceso legislativo württembergense que se produjo casi simultáneamente al de Prusia, desembocando en el CP del Reino de Württemberg, de 1 de marzo de 1839. Bajo el subtítulo «Del asesinato», y tras el propio tipo de asesinato y otro relativo al mero acto de acechar con intención asesina, dicho Código contenía el artículo 239: «Si resulta que el autor hubiere sido impulsado a matar por la petición expresa y seria de la persona a la que hubiere matado, será castigado con la pena de trabajos. Si quien emitiera tal petición fuera un enfermo o un herido de muerte, la pena será la de prisión de seis meses a seis años». Pues bien, a primera vista, podría pensarse que el CP de Württemberg no pretendía castigar sino el homicidio a petición, variando la penalidad en función de la concurrencia o no de circunstancias eutanásicas. Pero la situación fue mucho más compleja: ya en la Exposición de Motivos del Proyecto de Código Penal de Württemberg, de 1836, se aludía al autor del delito en cuestión utilizando los términos «cooperador del suicida» o persona «de la que se sirve el suicida para la ejecución (del suicidio)» (110). Y el informe de la Cámara de los Diputados de Württemberg, aun criticando el uso del término «auxilio al suicidio» para denominar al delito previsto en el artículo 226 y razonando que se trataba de un «delito autónomo», niega la necesidad de establecer, complementariamente y siguiendo el ejemplo del artículo 181 CP de Baden, un tipo autónomo del auxilio al suicidio, y

(109) GOLTDAMMER, *Die Materialien zum Strafgesetzbuche für die Preussischen Staaten*, 1852, Theil II, p. 364.

(110) *Entwurf eines Strafgesetzbuches für das Königreich Württemberg mit Motiven*, 1836, p. 209.

así: «Creemos que de considerarse aquella infracción un delito autónomo, no hace falta establecer otro artículo a modo del badense, ni una penalidad especial; es natural que la propia intervención de quien quiera morir haga que la conducta del otro tenga menos trascendencia, y no hay obstáculos para medir la menor punibilidad de este último en atención a los principios generales» (111). Es decir, el legislador de Württemberg partía de la idea de que la conducta consistente en auxiliar al suicida resultaba punible por ser susceptible de subsumirse en el tipo de homicidio a petición, aunque consideraba, eso sí, que la pena a imponer tendría que ser menos grave en razón de la mayor contribución de quien quería morir respecto de aquella del auxiliador. Al mismo tiempo, ello viene a significar que para el legislador württembergense la diferencia entre el homicidio a petición en sentido estricto y el auxilio al suicidio era meramente gradual y no radical.

Sea como fuere, en la doctrina científica y jurisprudencial acabó imponiéndose otra visión de las cosas apoyada en los principios relativos a la autoría y la participación y no en una perspectiva material: 1. La falta de una incriminación explícita de la participación conduciría a la impunidad de esta conducta por no existir un hecho principal punible (112). 2. Por el contrario, la falta de un tipo de homicidio a petición desembocaría en la conclusión diametralmente opuesta, castigándose la conducta correspondiente como asesinato (113).

Ahora bien, esta última obligación de condenar por un delito de asesinato suscitó, especialmente, en los supuestos de doble suicidio por amor (imposible) (114), conflictos manifiestos entre ley y justicia, conduciendo a la paradójica situación de que el Jurado, nada más dictar la sentencia condenatoria a muerte y aduciendo que ésta iba contra justicia y razón, solía pedir el indulto (115). Mas en una época en la cual el indulto ya no era considerado un remedio adecuado contra

(111) *Bericht der von der Württembergischen Kammer der Abgeordneten zur Begutachtung des Entwurfs eines Strafgesetzbuches für das Königreich Württemberg niedergesetzten Commission*, 1837, p. 297.

(112) MITTERMAIER, GA 9 (1861), p. 438; LION, GA 6 (1858), p. 460; con relación al CP prusiano OPPENHOFF, *Das StGB f. die Preußischen Staaten*, 5a. ed., 1867, § 175 Rn. 16.

(113) Cfr. OPPENHOFF, *Das StGB f die Preußischen Staaten*, 5. Aufl., 1867, § 175 Rn. 15 con relación al CP prusiano; en el mismo sentido HAHN, *StGB für die Preußischen Staaten*, 6. Aufl., 1868, § 175 Anm. 472; MITTERMAIER, GA 9 (1861), S. 439.

(114) Siempre y cuando, claro está, que el llamado «doble suicidio» consistiera en una combinación de como mínimo un homicidio a petición más un suicidio frustrado o otro homicidio a petición fallido.

(115) GA 5, p. 326 ss.

leyes que llevaban a sentencias injustas (116), era inevitable que dicha salida, a la que el propio legislador había apuntado para dar solución a los casos en que la pena absoluta (de muerte) (117) parecía injusta, recibiera durísimas críticas. Y lo que fue peor, suscitó simpatías por una interpretación defendida por una opinión minoritaria en Francia (donde la legislación se correspondía, a estos efectos, a la vigente en Prusia), según la cual el homicidio a petición, en realidad, sería un auxilio al suicidio, dado que el autor del homicidio no sería sino un instrumento de quien deseaba morir y le había inducido a realizar el acto (118). Construcción dogmática que, sobre la base del principio de accesoria de la participación, llevó a la impunidad del reo y que, por tanto, amenazaba con traicionar las intenciones del legislador.

4.1.3.2 *El nacimiento del § 216 StGB*

Esta situación compleja acabó repercutiendo en la configuración de los delitos contra la vida del Código penal de la Confederación Norte-alemana, de 1871, la cual, con la adhesión de los Estados del Sur, pasó a ser el Código penal del Imperio. Pese a haberse elaborado, esencialmente, sobre la base del celeberrimo CP prusiano de 1851 (119), se incluyó en el nuevo StGB un tipo de homicidio a petición (el futuro § 216), sirviendo de modelo el artículo homólogo del CP de Sajonia (120). Con ello el legislador pretendía, por una parte, soslayar la condena por asesinato contraria a justicia y razón, máxime cuando se trataba de supuestos conmovedores como aquel de quien, en el campo de batalla, propiciaba el anhelado golpe de gracia a su camarada de contienda (121). Por otra parte –y éste es un aspecto que suele quedar totalmente obviado en las fundamentaciones actuales relativas al § 216– pretendía contrarrestar una eventual calificación de esta conducta como impune. Pero, en contra de lo que puede inducir a pensar la hoy muy socorrida alusión a su función como la lla-

(116) Véase MITTERMAIER, GA 9, p. 441.

(117) *Vid. supra*.

(118) CHAUVEAU/HÉLIE, *Théorie du Code pénal*, 1844, chap. 43 § 4, p. 72; DORN, GA 1, p. 333; ROEDENBECK, *Zweikampf*, 1883, p. 34.

(119) Para más detalle RÜPING/JEROUSCHEK, *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, 5.^a ed., 2007, nota marginal 232 ss.

(120) Cfr. v. SCHWARZE, *Commentar zum StGB für das Deutsche Reich*, 3. Aufl., 1873, zu § 216 (p. 539).

(121) Véase la Exposición de Motivos reproducida en HÖINGHAUS, *Das neue deutsche Strafgesetzbuch für den norddeutschen Bund*, 1870, zu § 216 (p. 153 f.); en el mismo sentido con respecto a una propuesta de ley propia, de 1869, JOHN, *Entwurf mit Motiven zu einem Strafgesetzbuche für den Norddeutschen Bund*, 1868, pp. 143 y 432.

mada *Einwilligungssperre*, no es que se temiera que, de no establecer norma alguna, la conducta pudiera quedar justificada por el consentimiento de la víctima. Ello es así porque entonces existía prácticamente unanimidad en que el *volenti non fit iniuria* no operaba respecto del bien jurídico de la vida (122). La preocupación consistía más bien en que se pudiese llegar a calificar la conducta, desde un punto de vista formal, de participación en el suicidio, y por ende quedar ésta impune (123).

En resumen, el propósito de la tipificación expresa fue cerrar el paso a dos opciones de interpretación extremadamente opuestas, las cuales, por otra parte, estaban conexas en el sentido de que se temía que precisamente la calificación de la conducta de asesinato con la consecuencia de la pena de muerte, excesiva en muchos supuestos, pudiera favorecer la imposición de la teoría diametralmente contraria que consideraba la conducta una mera participación en el suicidio y por tanto impune.

Así es como nació el § 216 StGB, cuya redacción típica [no, en cambio, la penalidad (124)] no ha sido objeto de modificación alguna hasta la actualidad.

4.1.3.3 *La no recogida de un tipo de participación en el suicidio*

A diferencia del tipo de homicidio a petición, el tipo de participación en el suicidio, contemplado por no pocos códigos penales de aquella época, y en particular por el de Sajonia, no fue acogido por el

(122) Vid. p. ej. GUDERIAN, *Die Beihilfe zum Selbstmord und die Tötung des Einwilligenden*, 1899, p. 60; BERNER, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 5. Aufl., 1871, p. 133.

(123) Ello se desprende, sobre todo, de las intervenciones de EVELT Y SCHWARZE en los debates parlamentarios [SCHUBERT (Hrsg.), «Kodifikationsgeschichte Strafrecht- Quellen zum Strafgesetzbuch von 1870», Band 3, *Verhandlungen des Bundesrats und des Reichstags*, Frankfurt a.M., 1992, pp. 354 y 355]. Son de destacar las siguientes afirmaciones de EVELT: «Si eliminan este artículo, existe el riesgo de que dichos supuestos queden impunes (...). Y ello es así, mis Señorías, porque como no construyan dicha conducta como delito autónomo, suscitarán de nuevo la antigua controversia tan frecuentemente discutida por los penalistas, la controversia sobre si acaso procede considerar dicha conducta un mero auxilio al suicidio», insistiendo el diputado sobre la relevancia de dicha controversia «recientemente discutida muy seriamente por parte de uno de los penalistas más famosos de cuantos haya en Francia» por llevar a la impunidad de aquella conducta en los sistemas que no prevean un tipo autónomo de participación en el suicidio y por tanto también en el de Prusia: «Nuestra propuesta no castiga el suicidio. Por lo tanto y de no establecer un tipo penal autónomo para el homicidio de quien consienta, cabría la posibilidad de calificar dicho acto como un mero auxilio al suicidio, que como tal quedaría impune».

(124) Véase *infra*.

StGB unificado (125). Y ello a pesar de que fueran numerosos los autores que habían abogado por su mantenimiento –en las legislaciones particulares donde ya existía– o por su introducción *de lege ferenda* –donde no existía todavía– (126). Razonaban que al constituir el suicidio una falta contra la moral contraria a la voluntad general, a la que el partícipe contribuía induciéndola o facilitándola, la participación también suponía una falta contra lo moral igual de grave, cuando no más grave que el propio suicidio. Y como respecto del partícipe no operaban las causas por las que el propio suicida quedaba impune (127), aquél sí merecía ser castigado al igual que el autor de un homicidio a petición, delito que compartía todos esos rasgos con el auxilio al suicidio, constituyendo ambos la misma infracción (128).

En todo caso, y con independencia de si, desde una perspectiva moderna, dicho razonamiento que fundamenta la punibilidad en una infracción contra la moral pueda o no convencer, los argumentos de los detractores de la penalización de la participación en el suicidio fueron más que débiles. Lejos de acudir a argumentos de carácter material, por no hablar de una supuesta libertad para suicidarse, los adversarios –quienes dicho sea de paso compartían la idea de que cabía el uso del Derecho penal con la finalidad de proteger la moral y la religión– no pasaron de apoyarse en argumentos formales más que discutibles. Así, afirmaron que la penalización de la participación en el suicidio supondría una infracción del principio de accesorie-

(125) Parece que esta vez, y a diferencia de lo que sucedía con el CP prusiano, el legislador era consciente de que, al no recogerse un tipo específico la participación en el suicidio quedaría impune (véase EVELT, Dr. SCHWARZE, *loc. cit.*, pp. 354 y 355 respectivamente; en contra de dicha interpretación se manifiesta el diputado LASKER, *loc. cit.*, p. 355), aunque curiosamente entre los miembros de la Comisión Federal hubiera quien seguía creyendo, cuando ya había entrado en vigor el nuevo CP de la Confederación norte-alemana, que el auxilio al suicidio era punible por ser subsumible dentro del novedoso tipo de homicidio a petición (así VON KIRCHMANN, *Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund*, 1870, p. 134).

(126) Véase la enumeración de los muchos valedores de semejante tipo en GUDERIAN, *Die Beihilfe zum Selbstmord und die Tötung des Einwilligenden*, 1899, p. 36. En el debate acerca del proyecto de StGB para la Confederación norte-alemana se pronuncia a favor de la penalización de la participación LASKER, *loc. cit.*, p. 355: «No me pronunciaré sobre la corrección de la teoría de que de acuerdo con la doctrina resulta impune la persona que preste auxilio al suicidio. No creo justificada dicha doctrina y en caso de semejante doctrina se imponga en la ciencia, les invito a eliminarla a través de la creación de una norma positiva».

(127) Vid. GUDERIAN, *Die Beihilfe zum Selbstmord und die Tötung des Einwilligenden*, 1899, p. 33 quien menciona el estado de desesperación y desahucio del suicida así mismo como el efecto contraproducente del castigo frente al suicida cuyo intento había fallido y la imposibilidad de castigar a un muerto.

(128) LION, GA 6 (1858), p. 465.

dad (129), a lo que fue objetado, desde sus propias filas, que aquel principio sólo tenía que ser observado por parte de los operadores jurídicos, y no por parte del propio legislador (130). Asimismo trajeron a colación las dificultades de acreditar debidamente que el suicidio se debiera, únicamente, a la provocación del tercero (131).

Ante tan vivo debate es aún más sorprendente que apenas se cuestionara la no tipificación de la participación en el suicidio en los debates legislativos.

4.1.3.4 *Conclusión*

Analizadas estas circunstancias cabe la siguiente conclusión: El hecho de que, pese al amplio apoyo científico del que gozaba y a la debilidad de los argumentos en su contra, no se acogiera un tipo de participación en el suicidio en el StGB del Imperio, dando lugar a la todavía vigente dicotomía consistente en la impunidad de la participación en el suicidio y la punibilidad del homicidio a petición, se debe a que el StGB del Imperio fue elaborado sobre la base del prestigioso CP prusiano, cuyo carácter quería preservar lo más intacto posible el legislador de 1871. Carácter éste que suponía también una gran rigidez y abstracción cuyo anhelo de desmarcarse de la casuística del ALR resultaba, en ocasiones, excesivo, conduciendo a soluciones insostenibles que el legislador no estaba dispuesto a corregir más allá de en sus consecuencias prácticas más nefastas. Así pues, la regulación expresa del homicidio a petición parecía al legislador insoslayable más que nada, porque, de lo contrario, se producirían injusticias de lo más devastadoras. Por el contrario, y en vista de que la simple *no punición* de una conducta (que dicho sea de paso podía explicarse de la mano de un principio formal de maravillosa lógica como es el principio de accesoriedad) no iba tanto contra justicia y razón como una pena de muerte injustamente impuesta, el legislador se desentendió de eventuales injusticias que de la impunidad de la participación en el suicidio pudiesen resultar, lo mismo que no le importaba la coherencia interna o no de la regulación.

(129) JOHN, *Entwurf mit Motiven zu einem Strafgesetzbuche für den Norddeutschen Bund*, 1868, p. 430.

(130) MITTERMAIER, GA 9 (1861), p. 437.

(131) MITTERMAIER, GA 9 (1861), p. 437; en contra GUDERIAN, *Die Beihilfe zum Selbstmord und die Tötung des Einwilligenden*, 1899, pp. 38 ss.

4.1.4 LA EVOLUCIÓN DEL DEBATE POLÍTICO-CRIMINAL EN LA PRIMERA MITAD DEL SIGLO XX: REITERADOS INTENTOS DE PENALIZACIÓN

4.1.4.1 *Las primeras reacciones críticas frente a la impunidad de la participación en el suicidio*

Nada más entrar en vigor el StGB del Imperio, la crítica al Legislador, de modo implícito, realizada por penalistas de la talla de von Liszt, efectivamente reprochó haberse dejado llevar por «aspectos marginales» y exigió la penalización de la participación en el suicidio tal y como existía en la abrumadora mayoría de las legislaciones extranjeras de aquella época (132), apoyándose, ante todo, en el *parentesco interno* existente entre ésta y el homicidio a petición (133). Según los autores, dicho parentesco interno radicaba en que ambas conductas iban en contra de la moral (lo que venía a significar una infracción de la ley religiosa) y de la voluntad general que prohibía la disposición sobre la propia vida (134), siendo la diferencia entre el auxilio al suicidio y el homicidio a petición, meramente gradual, y no esencial (135). De ahí que solicitaran que el trato punitivo que recibirían fuera esencialmente igual (136).

Repárese en la similitud que tal razonamiento presenta con la postura de los legisladores de Württemberg y algunos autores prusianos que, sobre la base de la diferencia meramente gradual entre ambas conductas, habían sostenido –y es en este punto donde dejan de coincidir– la punibilidad ya *de lege lata* del auxilio al suicidio al tratarse de una subespecie de la conducta denominada homicidio a petición.

(132) VON LISZT, *Tötung und Lebensgefährdung* en BIRKMEYER, VON LISZT ET AL. (Coord.), *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil, V. BAND (Verbrechen und Vergehen wider das Leben – Körperverletzung- Freiheitsdelikte)*, 1905, p. 135.

(133) Vid. GUDERIAN, *Die Beihilfe zum Selbstmord und die Tötung des Einwilligenden*, 1899, p. 78.

(134) LION, GA 6 (1858), p. 465.

(135) Vid. GUDERIAN, *Die Beihilfe zum Selbstmord und die Tötung des Einwilligenden*, 1899, p. 79 («De ahí que el auxilio al suicidio debe castigarse, aunque con una pena más leve, en virtud de la misma norma que se aplica para el homicidio consentido. Ahora bien, para ello sería necesario, tal y como se ha demostrado *supra*, la creación de una disposición legal especial»).

(136) LION, GA 6 (1858), p. 465; En cuanto a la incriminación de la inducción al suicidio, ésta se construía sobre la base de un argumento *a fortiori*: si se castigara el auxilio, con más razón habría de castigarse la inducción, dado su carácter de forma más grave de participación (cf. V. LISZT, *Tötung und Lebensgefährdung*, 1905, p. 138).

Los argumentos en defensa de la dicotomía resultaban, por el contrario, superficiales, cuando no contradictorios (137).

No obstante, la impunidad de la participación en el suicidio ha persistido contra viento y marea hasta la actualidad, a pesar de haber sido puesta en tela de juicio en el curso de todas las grandes reformas hasta mitad del siglo xx y de haberse emprendido varios intentos de penalización en diversas circunstancias y de alcance desigual.

4.1.4.2 *La Gran Reforma Penal (1902-1927)* (138)

Otra vez más, fue, entre otros numerosos valedores (139), Von Liszt, quien se pronunció, ya en el seno de los trabajos preliminares para la Gran Reforma Penal (1902-1927), concretamente en sus estudios de Derecho comparado, de 1905, a favor de la introducción de un tipo de participación en el suicidio, cuya penalidad sería idéntica a la prevista para el homicidio a petición (140). Cabe subrayar que este autor rechazó, por otra parte, condicionar dicha penalización a la concurrencia de móviles egoístas, restricción ésta que se estaba imponiendo en aquel momento en el proceso de unificación del Derecho penal suizo (141). Y es que, para él, el merecimiento de pena resultaba del «menosprecio de la vida humana» inherente a las conductas en cuestión y que ni siquiera la presencia de los móviles más nobles podía hacer desaparecer (142).

Aun así, el Anteproyecto de 1909 optó por no incluir un tipo de participación en el suicidio, basándose, una vez más, en argumentos muy cuestionables. En lo tocante a la tentativa del suicidio, sostenía, sin dar más explicaciones, que las mismas razones que desaconsejaban el castigo del autor desaconsejarían aquella del partícipe. Con respecto al suicidio consumado, en cambio, traía a colación la práctica imposibilidad de probar la intervención del tercero (143). Pese a que la abrumadora mayoría de los expertos que informaron sobre el Ante-

(137) Para más detalle FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 78 ss.

(138) Para una panorámica de las distintas propuestas relativas a la materia en cuestión véase las tablas en FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, p. 697 y p. 698.

(139) Entre otros, MEYER/ALLFELD, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 6.^a ed., 1907, p. 223. Cfr. también la bibliografía citada en VON LISZT, *Tötung und Lebensgefährdung*, 1905, p. 139.

(140) VON LISZT, *Tötung und Lebensgefährdung*, 1905, pp. 131 y 141.

(141) Y se convirtió en ley, cfr. el artículo 115 del CP suizo vigente.

(142) VON LISZT, *Tötung und Lebensgefährdung*, 1905, p. 139.

(143) *Reichsjustizamt, Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch – Begründung*, 1909, p. 644.

proyecto (144) así como los autores del proyecto alternativo, de 1911 (145), se pronunciaran a favor de la incriminación, los proyectos oficiales que fueron elaborados a continuación no presentaron ninguna modificación al respecto.

El panorama sólo cambió a consecuencia de los esfuerzos por asimilar las legislaciones de Austria y Alemania, siendo el llamado «proyecto de Radbruch», de 1922, el primer proyecto oficial en prever un tipo de inducción al suicidio (*Verleitung zum Selbstmord*), situado sistemáticamente detrás del tipo de homicidio a petición (146). Dicho tipo novedoso pasó a la «Reichsratsvorlage» (1924/25) (147), cuya exposición de motivos destacaba que con él se pretendía responder a las peticiones de la sociedad que venía reclamando desde hacía tiempo el castigo del inductor (148).

Es digno de mención que en el sistema de aquel proyecto el tipo de inducción al suicidio suponía una extensión de la punibilidad al castigar conductas que antes habían quedado impunes (inducción de una persona capaz), por un lado, pero, por otro, también pretendía mantener la punición de supuestos que hasta entonces habían dado lugar a un delito de asesinato en autoría mediata, pero que dada la nueva configuración del sistema de la codelincuencia establecida por el proyecto habrían dejado de castigarse (inducción de una persona inimputable) (149).

Aunque la *Reichstagsvorlage*, de 1927, hubiera vuelto a la configuración tradicional del sistema de codelincuencia, mantuvo el tipo de inducción (§ 248), al que agregó un apartado segundo que permitía la imposición de una pena de reclusión de hasta 10 años en supuestos de especial gravedad (*besonders schwerer Fall*); variante agravada que poco después volvió a ser eliminada en el último proyecto de la Gran Reforma, el denominado proyecto Kahl, de 1930.

(144) Vid. *Reichsjustizamt, Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen über den Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch*, 1911, p. 320.

(145) Hay que advertir que en el proyecto alternativo dicha punibilidad queda ceñida a la inducción; para más detalle FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 82 ss.

(146) § 221 del Proyecto, cfr. el texto en GUSTAV RADBRUCHS, *Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches (1922)*, Tübingen, 1952.

(147) § 224 del *Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung*, 1. Teil Entwurf, Berlín, 1925 en: *Materialien zu Strafrechtsreform*, 3. Bd. Bonn, 1954.

(148) *Reichsjustizministerium, Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung*, 1925, p. 116.

(149) FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 85 ss.

Por más que algunos autores abogaran también por el castigo del auxilio al suicidio, aduciendo, sobre todo, su proximidad con el homicidio a petición (150) y determinadas formas, aunque polémicas, de inducción, ninguno de los proyectos citados lo incluyó. Aun admitiendo lo sumamente amoral de la conducta, el porqué de su impunidad se explicó aludiendo a una supuesta falta de necesidad de castigo (151).

Finalmente, la radicalización del Parlamento y la toma del poder por los nazis en 1933 llevaron al fracaso definitivo de la Gran Reforma Penal. Empero (152), los proyectos fruto de ella seguirían influyendo los sucesivos debates de reforma penal, en particular, el de la época nacionalsocialista, de la que nos ocuparemos a continuación.

4.1.4.3 *La reforma penal nacionalsocialista* (153)

Las propuestas de norma elaboradas en el seno de lo que sería uno de los más importantes proyectos de reforma legislativa de la oscura época nacionalsocialista, presentan, a efectos de la materia objeto de este estudio, rasgos muy parecidos a sus homólogas de los años 20. Así pues siguió suscitando unanimidad la necesidad de incriminar la inducción al suicidio, por lo que todos los proyectos de la época contemplaron un tipo correspondiente, recurriendo, básicamente, a los de los proyectos de la Gran Reforma. En cambio, la cuestión de la acogida de un tipo relativo al auxilio al suicidio permaneció polémica. Aun incluido en la *Preußische Denkschrift*, de 1933, su inclusión en los proyectos posteriores de entre 1933-1939 volvió a fracasar por completo. El porqué de dicho nuevo fracaso no tiene explicación satisfactoria.

Propuesta por el propio ponente von Gleispach (154), la inclusión de un tipo de auxilio al suicidio había quedado avalada por la mayoría de los catedráticos miembros de la Ponencia. Se apoyaron tanto en argumentos muy socorridos, como el de la imposibilidad de trazar una

(150) En este sentido RADBRUCH, G., Abschnitt 17-20, p. 306 en ASCHROTT, P.F./KOHLEAUSCH, Ed., *Reform des Strafrechts*, 1926.

(151) *Reichsjustizministerium, Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung*, 1925, p. 116.

(152) STAMMBERGER, *Geschichte der Strafrechtsreform bis zum Strafgesetzbuchentwurf 1962* in ERBE u.a., *Probleme der Strafrechtsreform*, 1962, p. 24.

(153) Una panorámica sobre las distintas propuestas ofrece la tabla C 1.2 en FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, p. 699.

(154) Véase la enmienda núm. 39 de 12 de abril de 1934 de este autor en SCHUBERT/REGGE (Hrsg.), *Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts*, II. Abteilung, NS-Zeit (1933-1939)- StGB, Bd. 2, Protokolle der Strafrechtskommission des Reichsjustizministeriums, I. Teil, 1988.

línea fronteriza clara entre el auxilio al suicidio y el homicidio a petición (155), como en argumentos inéditos derivados del nuevo sistema de codelinuencia que la reforma pretendía implantar (156). Aun así, fue otra vez más por infundados reparos de carácter emocional e intuitivo en la necesidad de castigar el auxilio al suicidio (157) que no se acogió dicho tipo. Esto resulta aún más absurdo si se tiene en cuenta que quienes se pronunciaron en contra de la penalización del auxilio, al mismo tiempo, aludieron a la futura posibilidad de sancionar los supuestos de auxilio merecedores de pena por vía de la analogía (permitida por el futuro § 2) (158) (159), lo que viene a significar que en el fondo sí reconocieron el merecimiento de pena de la conducta.

Como peculiaridad del debate político-criminal de la época nazi, que, por otra parte, tenía sus orígenes ya en la república de Weimar, cabe destacar el debate sobre la conveniencia de dejar impune al inductor que hubiere actuado por móviles honorables. En efecto, llevó a la inserción en el proyecto de 1936 de un apartado segundo en el tipo de inducción, de conformidad con el cual se concedía la facultad de o bien atenuar la pena o bien prescindir de ella, siempre que a la inducción tipificada en el apartado primero subyacieren móviles honorables (160). Inspirada en el caso Redl, militar considerado traidor co-responsable de la derrota de Austria en la Primera Guerra Mundial, a quien dos camaradas habían inducido a matarse, esta propuesta reflejaba un sistema de valores que seguía situando, por lo

(155) Vid. la intervención de KLEE en la XX sesión en SCHUBERT/REGGE (Hrsg.), *Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts*, II. Abteilung, NS-Zeit (1933-1939)- Strafgesetzbuch, Bd. 2, Protokolle der Strafrechtskommission des Reichsjustizministeriums, I. Teil, 1988, p. 12, 26; vid. GLEISPACH, *loc. cit.*, p. 4. tampoco encuentra «razones suficientes para limitar el castigo a la inducción sin extenderlo al auxilio».

(156) Cfr. la intervención de NAGLER en la XX, sesión, *loc. cit.*, p. 24.

(157) MEZGER en la XX. sesión, *loc. cit.*, p. 13.

(158) Vid. La intervención de FREISLER en la XX sesión, *loc. cit.*, p. 7.

(159) Hay que destacar que, al margen de los problemas de carácter fundamental que la figura de la analogía plantea en el ámbito del Derecho penal, no pocos penalistas negaban la posibilidad de castigar las conductas no tipificadas de cooperación al suicidio por esta vía aduciendo la falta de una laguna «imprevista» [cfr. en el mismo sentido, ya bajo la vigencia del § 2, MÜLLER, *Selbstmord und Amerikanisches Duell*, 1940, pp. 24 ss.; por el contrario, afirma la punibilidad recurriendo a la aplicación analógica del § 142 (automutilación con la finalidad de quedar exento de servicio militar) WEIMAR, DJZ 1936, 174]. Y de hecho, una vez entrado en vigor el § 2, el Tribunal Imperial confirmó una sentencia absolutoria del Tribunal de Jurado en un caso de auxilio al suicidio, razonando que no cabía la aplicación de la analogía, RG 70, 313 ss., si bien es cierto que para ello no se apoyaba en la falta de una laguna imprevista, sino en las diferencias entre matar a un tercero y matarse a sí mismo.

(160) Para más detalle acerca de este debate FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, p. 92.

menos, en determinados supuestos el valor del honor por encima de la vida, elevando a deber moral el suicidio (161); y eso a pesar de que, con la ideología nazi, la calificación general de este mismo había pasado de simple amoralidad e infracción de la voluntad general a cobardía e infracción del deber de todo miembro de servir a la misma (162).

Es también por esta última idea –de infracción de un deber– que fue negada eficacia al consentimiento de la víctima, de modo que los proyectos de la época nazi mantuvieron casi permanentemente el tipo de homicidio a petición. En cuanto a la penalidad, desde la Gran Reforma weimariana se había venido apostando por la eliminación o al menos reducción del mínimo elevado de la penalidad (que había quedado fijado en 3 años en el RStGB); tendencia que también marcó el debate de reforma nacionalsocialista, si bien hubo quien temía que cualquier trato privilegiado de aquella conducta respecto del asesinato pudiera llevar a debilitar la vigencia de la prohibición de matar (163). Por cierto, fueron estos mismos reparos los que también sirvieron de fundamento para rechazar tanto un precepto especial relativo al homicidio en caso de que la víctima fuere un enfermo de muerte (164), como otro que autorizara exterminar las vidas sin valor vital (165). Huelga decir que mediaba todo un abismo entre estas nobles ideas pronunciadas en el curso de los debates legislativos y la realidad nacionalsocialista (166).

Al final, el proyecto de Código penal no se convirtió en ley por la reticencia de Hitler a promulgar leyes de carácter fundamental en tiempos de guerra (167). Sin embargo, de entre los preceptos penales que fueron promulgados, de forma puntual, con anterioridad y poste-

(161) Valgan de ejemplo las manifestaciones de FREISLER en la XX sesión, *loc. cit.*, p. 8.

(162) VON GLEISPACH, «Tötung» en GÜRTNER (Hrsg.), *Das kommende deutsche Strafrecht*, 1936, p. 375.

(163) En este sentido VON GLEISPACH, «Tötung» en GÜRTNER (Hrsg.), *Das kommende deutsche Strafrecht*, 1936, p. 386.

(164) Propuesto por FREISLER, en la XX sesión, *loc. cit.*, p. 7, y que preveía la exoneración de pena del médico que matare a un enfermo que sufra una enfermedad incurable a la petición seria y reiterada de éste, habiéndose cumplido una serie de presupuestos formales.

(165) Sobre los orígenes de esta idea *vid.* BECKERT, *Strafrechtliche Probleme um Suizidbeteiligung und Sterbehilfe*, 1996, pp. 96 ss.

(166) Para más detalle FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 93 ss.

(167) SCHUBERT/REGGE (Hrsg.), «Einleitung», p. 11 en *Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts, II. Abt., NS- Zeit (1933-1939) - StGB, Bd.1, Entwürfe eines StGB, I. Teil*, Berlín, 1988.

rrioridad al rechazo de la reforma, y que, una vez depuradas de vestigios de la ideología nazi, pasaron a formar parte de la legislación de la República Federal de Alemania, es digno de especial mención el § 330 c (hoy § 323 c). Dicho precepto, con el que el legislador pretendía abarcar, explícitamente, la omisión del deber de socorro en los supuestos de suicidio (168), sería de influencia decisiva en la evolución de la problemática objeto del presente estudio (169). Otras reformas de interés son la penalización explícita de la tentativa del homicidio a petición (170), así como la creación, en 1953, de una variante atenuada del mismo, de conformidad con la cual el límite mínimo de la penalidad era de 6 meses cuando concurrieren circunstancias atenuantes (171); atenuante que respondió a las antiguas pretensiones de asimilar el § 216 al tipo atenuado de homicidio (*minderschwerer Fall des Totschlags*) y que en 1969 fue suprimida al haberse reducido el límite mínimo de la penalidad del homicidio a petición «base» al mismo nivel de 6 meses (172).

4.1.4.4 *La Gran Reforma Penal de los años 1950/60* (173)

El hasta hoy (174) último intento de penalizar la participación en el suicidio se produjo en el seno de la Gran Reforma Penal puesta en marcha en 1952.

Una vez más, inicialmente, las circunstancias fueron favorables. Pues, de nuevo, en los trabajos preliminares los ponentes se pronunciaron a favor de la penalización de la inducción y/o auxilio (175). Merece especial mención la postura de quien estaba a cargo de la exposición del Derecho comparado en el seno de dichas labores pre-

(168) *Die Strafrechtsnovellen vom 28. Juni 1935 und die amtlichen Begründungen*, Berlín, 1935, ad art. 9, p. 42; cf. también CZINCZOLL, *Solidaritätspflichten bei der Selbsttötung*, 1984, p. 38.

(169) Por ser una de las vías por las que el BGH castiga a quien intervenga en un suicidio (véase *supra*).

(170) Introducida por la *Verordnung zur Angleichung des Strafrechts des Altreichs und der Alpen- und Donau-Reichsgaue (StrafrechtsangleichungsVO)* de 28 de mayo de 1943.

(171) Por la *I. Strafrechtsreformgesetz*.

(172) *Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts* vdn 25.06.1969; para más detalle FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, p. 98.

(173) Una panorámica sobre las distintas propuestas ofrece la tabla C 1.3 en FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 700 ss.

(174) Sobre las infructuosas propuestas recientes de tipificar ciertas formas de promoción del suicidio, véase *infra*.

(175) SCHRÖDER, *Die künftige Gestaltung der Tötungsdelikte*, 1954, pp. 289 s., 292 s.; KÖNIG, *Die Tötungsdelikten: Materialien zur Strafrechtsreform*, 2. Band, Rechtsvergleichende Arbeiten, II, Besonderer Teil, 1955, p. 218.

parativas para la Reforma. De su estudio relativo al tratamiento del homicidio a petición y la participación en el suicidio en Derecho comparado se desprende que König favorecía un trato jurídico-penal idéntico de dichas conductas lo mismo en cuanto a la punibilidad que a la penalidad, puesto que cuestionaba si realmente cabía distinguir claramente la una de la otra dada la íntima conexión entre ambas en razón de su naturaleza y el grado de energía delictiva plasmado en ellas (176). Parte de la teoría también compartió la idea de la necesidad de castigar las intervenciones en el suicidio (177), cuya impunidad fue considerada una auténtica laguna de punibilidad (178), si bien algunos autores pretendían supeditar su castigo a la concurrencia de móviles egoístas en el interviniente (179).

Pues bien, los ponentes del Ministerio de Justicia también se hicieron eco de esas pretensiones al presentar una propuesta de tipo de participación en el suicidio a la Gran Comisión de Derecho Penal (180). El que, otra vez más, y a pesar de que en un principio no fueran pocos los miembros de la Gran Comisión de Derecho Penal valedores de la incriminación (181), acabaran imponiéndose los detractores de la misma, no se debe ni mucho menos a la solidez de los argumentos de estos últimos. Pues aparte de cuestionar el merecimiento de pena de toda conducta que no llegara a constituir un homicidio en autoría mediata, los adversarios apuntaron, entre otros argumentos, las dificultades para probar la causalidad de la inducción para el suicidio y las vergüenzas que pasarían los familiares ante la instrucción que tendría que llevarse a cabo, de existir semejante tipo (182). Antes al contrario, el nuevo fracaso se debe, según creo, en primer lugar a lo poco meditada y coherente que resultaba la propuesta de tipo que en su primer apartado tipificaba el «apremio al suicidio» (*Treiben zum Selbstmord*) conminado con pena de hasta 5 años, mientras que en el segundo se castigaba con pena de prisión de hasta 2 años «al que, por

(176) KÖNIG, *loc. cit.*, p. 218.

(177) Así WEBER, NJW 1959, 134; FRIEBE, GA 1959, pp. 163 ss.

(178) WEBER, NJW 1959, 134; laguna que según estos autores, y a diferencia de lo que acababa de sugerir el BGH, no debía colmarse mediante el recurso al delito de omisión del deber de socorro.

(179) En este sentido, FRIEBE, GA 1959, pp. 163 ss.

(180) *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, 7. Bd., BT, 67-75. Sitzung, Bonn, 1959, Anhang Nr. 3, Umdruck J 68.

(181) Prof. Dr. GALLAS, 69. Sesión, *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, 7. Bd., Besonderer Teil, 1959, p. 88; Magistrada del BGH Dr. KOFFKA, *loc. cit.*, p. 87, Presidente del KG Dr. SKOTT, *loc. cit.*, p. 88.

(182) Con más detalle FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, p. 100 ss.

móviles egoístas auxiliare a otro a suicidarse». Y es que, en cuanto al primer apartado, simplemente no hubo quien entendiera el significado exacto de lo que según los ponentes supondría una «forma agravada de la inducción», es decir, en definitiva, el apremio al suicidio (183); conducta que además planteaba problemas de delimitación con los supuestos de autoría mediata de asesinato, por una parte, y la inducción «normal» por móviles egoístas que, según manifestaban sus autores sobre no se sabe qué base, también habría quedado tipificada en el segundo apartado (184), cuando el tenor literal de éste únicamente se refería al auxilio, lo que fue motivo de confusión aún mayor. Dicho esto, no puede sorprender que incluso los partidarios de la incriminación votaran en contra de esta engorrosa propuesta.

Fallido este desafortunado intento de penalización, quedó silenciado todo debate sobre el tema y consolidada, definitivamente, hasta la actualidad, la dicotomía entre participación en el suicidio –impune– y el homicidio a petición –punible–.

4.1.4.5 Punto de inflexión del debate y su evolución hasta la actualidad

Durante 40 años, no se volvió a abordar el tema de la punibilidad de la intervención en el suicidio, a nivel legislativo y gubernamental. Ahora bien, gremios privados como el Círculo Alternativo (*Alternativkreis*), nacido como respuesta a la Gran Reforma Penal, y el Congreso de los Juristas Alemanes, sí se ocuparon en varias ocasiones del tema, aunque el sentido del debate había cambiado por completo. En lo que a las intervenciones en el suicidio hace, las pretensiones político-criminales se dirigían, principalmente, contra la jurisprudencia del BGH relativa a las conductas omisivas ante un suicidio. Así pues, el *Alternativkreis* presentó, en su «Propuesta parcial relativa a la Parte especial» de 1970 (185) un tipo peculiar –el § 103– que regulaba, de manera expresa, en qué supuestos se castigaría el no impedir un suicidio ajeno, sin determinar, sin embargo, la pena. Al parecer se trataba de una especie de regla de interpretación establecida en vigor de la propia ley penal y que daría solución a la cuestión de cuándo la omisión, fuera propia o impropia, era o no punible. En vista de que la sentencia del BGH en el caso Wittig, de 1984, acababa de segar las

(183) Con mucha contundencia FRITZ, 69. sesión, *loc. cit.*, p. 89; BOCKELMANN, DIEMER-NICOLAUS y GALLAS, p. 88; muy tajantemente también BOCKELMANN en *Anhang J 68* (Anlage 7), p. 348 en *Niederschriften*, 7. Band, BT, 1959.

(184) Dr. SCHWALM en la Sesión 69, *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, tomo 7, BT, Bonn, 1959, p. 89.

(185) BAUMANN, J. u.a., «Alternativ- Entwurf eines Strafgesetzbuches», BT, *Straftaten gegen die Person*, 1. Halbband, Tübingen, 1970.

esperanzas de la teoría de que dicho alto tribunal abandonaría su doctrina relativa a la omisión, los autores de la «Propuesta alternativa relativa a la Eutanasia» de 1986 (186) continuaron persiguiendo la meta de hacer «entrar en razón» al BGH por fuerza de ley. En cuanto a la técnica adoptada, se puede comprobar cierta mejora con respecto a su precursora, al establecer esta propuesta que «el no impedimento de un suicidio libre y responsable no será antijurídico», fórmula por la que optó también la muy reciente «Propuesta alternativa» de 2005 (187) (188).

En todo caso, puede ser constatado que el eje del debate se fue desplazando de una discusión sobre la pertinencia o no del castigo generalizado de las intervenciones en el suicidio a una sobre los supuestos eutanásicos u otros límite, fuera de manera consciente o inconsciente, a una que no enfocaba sino los supuestos eutanásicos u otros supuestos límite, fuera de manera consciente o inconsciente.

En cuanto al precepto de homicidio a petición, a pesar de las reiteradas críticas en torno a su legitimación siempre se ha mantenido, si bien hubo cierta tendencia de prever excepciones al castigo de dicha conducta, pero nunca lo fue en el sentido de una causa de justificación. Así pues, en la «Propuesta alternativa relativa a la Eutanasia» de 1986 que, en esencia, giraba en torno a la problemática aludida por su título, se proponía conceder al juez la facultad de renunciar a la pena en los supuestos en que el homicidio a petición se hubiere ejecutado para terminar con gravísimos sufrimientos que el afectado ya no pudiera soportar y que no pudieran ser eliminados ni mitigados de otra manera. Y en efecto, esta última propuesta fue la única de las múltiples proposiciones incluidas en ella que obtuvo el apoyo del 56.º Congreso de los Juristas Alemanes, cuya mayoría coincidió en la necesidad de una regulación expresa en este sentido, haciendo un llamamiento al legislador para que actuara (189). Éste, sin embargo, ha venido rehusando, hasta hace poco, cualquier actividad legislativa en el ámbito del suicidio y de la eutanasia.

(186) BAUMANN, J. u.a., «Alternativentwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe (AE-Sterbehilfe)», *Entwurf eines Arbeitskreises von Professoren des Strafrechts und der Medizin sowie ihrer Mitarbeiter*, Stuttgart, 1986.

(187) SCHÖCH/VERRE, *Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung*, AE-StB, GA 2005, 553 ss.

(188) § 215 del *Alternativentwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe* (AE-Sterbehilfe), 1986 y § 215 del *Alternativentwurf Sterbebegleitung*, GA 2005.

(189) Cfr. STÄNDIGE DIPUTATION DES DJT (Hrsg.), *Sitzungsbericht M zum 56. DJT in Berlin 1986*, Beschlüsse, M 193.

4.2 España

Volvamos la mirada a la evolución española de la punibilidad del suicidio y las intervenciones en la muerte querida por la propia víctima desde la Ilustración hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995.

4.2.1 LA DEROGACIÓN DEL CASTIGO DEL SUICIDIO Y EL NACIMIENTO DEL TIPO DE INTERVENCIÓN EN EL SUICIDIO

Al igual que en muchos territorios alemanes, en España las ideas de la Ilustración no condujeron, inmediatamente, a la codificación penal. Por otra parte, sí contribuyeron a que juristas de la talla de Lardizábal tomaran una postura crítica frente al sistema penal contemporáneo, que se caracterizaba por una caótica convivencia entre la Novísima Recopilación, las Siete Partidas y otras normas no derogadas, cuyos delitos y penas habían quedado totalmente desfasados (190). Si bien es cierto que este último problema fue mitigado mediante un intenso uso del arbitrio judicial, también lo es que precisamente dicha práctica de amplio uso del arbitrio judicial contribuyó a reforzar los llamamientos a una codificación, al no ser compatible con el emergente principio de legalidad.

En el ámbito del suicidio, la incongruencia entre lo establecido por las leyes, por un lado, y la práctica judicial, por otro, se proyectó en el hecho de que ya antes de la abolición de la pena de confiscación de bienes por la Constitución de Cádiz (191), de 1812, y en contra del tenor literal de la Ley 15 del Tít. 21 del Libro 12 de la Novísima Recopilación, se había dejado de imponer dicha sanción, aun cuando no existieran herederos descendientes, por la «piadosa presunción» (192) de que antes de actuar el suicida había perdido el juicio (193).

Suprimida de hecho la punición del suicidio en sí mismo, no puede sorprender que poco después también quedara abolido el tipo de manera formal. Pese a las críticas de sectores conservadores y a que tal acto siguiera siendo tachado de pecado y falta a la moral por mucho

(190) Cfr. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La Codificación penal en España: Los Códigos de 1848 y 1850*, 2004, pp. 22 ss.

(191) Artículo 304 de la Constitución de Cádiz.

(192) GARCÍA GOYENA, *Código Criminal Español según la práctica y leyes vigentes*, T. II, 1843, p. 81.

(193) ESCRICHE, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, 1876, «Suicidio» (p. 1055. Tomo 4); en el mismo sentido, PINO ABAD, *La pena de confiscación de bienes en el derecho histórico español*, 1999, p. 244.

tiempo (194), el primer Código penal español, el CP de 1822 (195) y sus sucesores ya no contemplaron punición alguna del suicidio. Tal impunidad se apoyaba, en esencia, en argumentos de corte político-criminal tales como la inutilidad de la pena en caso del suicidio consumado (196) y el riesgo de un eventual efecto contraproducente de la misma en el supuesto de un mero intento de suicidio (197). Además hubo quien señalaba que el suicidio constituía un síntoma de enfermedades cerebrales (198).

Fue el Código Penal de 1848 el que por primera vez, y a diferencia del CP de 1822 –que había guardado silencio al respecto–, estableció un tipo penal específico relativo a las intervenciones en la muerte no natural querida por la propia víctima. Reza:

Libro II, Título IX (Delitos contra las personas) Cap I. Artículo 326 (199): «El que prestare auxilio a otro para que se suicide, será castigado con la pena de prisión mayor; si le prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, será castigado con la pena de reclusión temporal en su grado mínimo».

En cuanto al fundamento del castigo de dichas conductas, en aquella época y al igual que en Alemania, solía sostenerse que el suicidio

(194) Véase, por ejemplo, MARCOS GUTIÉRREZ, *Práctica Criminal de España*, T. III, 5.ª ed., 1828, p. 64 («que nuestra santa y venerable religión justamente condena»); GARCÍA GOYENA, *Código Criminal Español según la práctica y leyes vigentes*, T. II, 1843, pp. 81 ss.; VIADA Y VILASECA, *CP reformado de 1870*, 4.ª ed., III, 1890, p. 46 («El suicidio es indudablemente un enorme crimen contra Dios, único dispensador de la vida y de la muerte del hombre»).

(195) Cfr. GARCÍA GOYENA, *Código Criminal Español según la práctica y leyes vigentes*, T. II, 1843, p. 81. Hay que advertir que nada más entrar en vigor, el CP de 1822 tuvo que ceder, en virtud de la restauración del Antiguo Régimen, a las antiguas leyes, pero eso ya no pudo afectar a la impunidad fáctica del suicidio. Para más detalle FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 112 ss.

(196) MARCOS GUTIÉRREZ, *Práctica Criminal de España*, T. III, 5.ª ed., 1828, p. 65

(197) PACHECO, *El CP concordado y comentado*, 2.ª ed., III, 1856, núm. 6 al artículo 335 (CP 1850) p. 32. CASTRO Y OROZCO/ORTIZ DE ZUÑIGA, *CP explicado*, II, 1848, p. 278; ARAMBURU Y ARREGUI, *Instituciones de Derecho Penal español arregladas al Código reformado en 30 de junio de 1850*, 1860, p. 247 s., citado por JUANATEY DORADO, *Derecho, suicidio y eutanasia*, 1994, p. 65; DÍAZ ARANDA, *Dogmática*, 1995, pp. 29 ss.

(198) En este sentido LASO, *Elementos del derecho penal de España*, 1849, p. 173, cfr. las referencias bibliográficas en NÚÑEZ PAZ, *Historia del Derecho a Morir*, p. 125.

(199) Reproducido en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS/RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, *Códigos Penales Españoles 1822-1848-1850-1870-1928-1932-1944, Recopilación y concordancias*, Madrid, 1988.

era una «falta a la moral» y un pecado contra la religión, y que las razones político-criminales que impedían castigar al propio suicida (200) no eran aplicables a los terceros que interviniesen, por lo que no había obstáculos para castigar a los partícipes.

Con independencia de que pueda o no seguir teniendo validez el fundamento en el que entonces se apoyaba el castigo, este primer tipo relativo a las intervenciones en el suicidio resulta de enorme trascendencia. Pues, sin perjuicio de las modificaciones que iba a sufrir, formaría la base fundamental de todos los futuros tipos relativos a las intervenciones en el suicidio, en particular al mantenerse, en esencia y hasta la actualidad, la configuración del segundo inciso que tan insólito resulta desde el punto de vista del Derecho comparado. Su peculiaridad reside en situar la conducta que en otros lares se denomina homicidio a petición u homicidio consentido justo detrás de la circunscripción típica del auxilio al suicidio, optando por la fórmula «si le prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte», de modo que parece calificar esta última conducta como una variante agravada del auxilio al suicidio. Dado que dicha configuración no tiene parecido ni en los códigos penales que le sirvieron de modelo al CP de 1848 (201), ni en otro de aquella época, cabe decir que estamos ante una disposición que merece ser calificada de genuinamente española.

La idea subyacente a esta regulación consiste, a mi modo de ver, en que la diferencia entre el auxilio en sentido estricto y la ejecución de la muerte por parte del tercero es meramente gradual y no radical, lo que significa al mismo tiempo que el legislador consideraba que en el fondo de ambas conductas era la misma, siendo lo característico de sendas conductas la voluntad de la víctima respecto de la lesión de su vida y no la cuestión de quien ejecutaba la muerte. Como hemos podido apreciar de la mano de la evolución legislativa wurtembergense y prusiana y de las posturas político-criminales defendidas por, entre otros, Von Liszt, esa idea no había sido del todo ajena al pensamiento alemán, pero nunca fue plasmada en una norma, y encima de forma tan tajante, como lo hizo el legislador español del 1848. Antes al contrario, en Alemania acabó vencida por razonamientos de corte formalista que se centraban en las estructuras externas, en vez de atender a la esencia del supuesto de hecho de la vida real.

(200) Cfr. DÍAZ ARANDA, *Dogmática del suicidio y del homicidio consentido*, 1995, pp. 29 ss.

(201) A saber, los CCPP brasileño, napolitano, austríaco y –aunque desmentido con frecuencia (para más detalle ANTÓN ONECA, *ADPCP* 1965, 482, 488)– francés. De entre ellos, el brasileño era el único en prever al menos un tipo que castigaba el auxilio simple al suicidio.

Por muy fructífero que el Derecho comparado sea por lo general, en lo que al artículo 326 CP de 1848 se refiere no se puede sino lamentar que dichas ideas también trascendieran las fronteras españolas. Pues por culpa de autores obstinados en la importación de ideas extranjeras se suscitaba una polémica sobre la naturaleza de aquella conducta –participación en el suicidio (202) o autoría de homicidio (203)– que ha perdurado hasta la actualidad sin dar más frutos que generar una multitud de términos distintos para denominar la conducta del inciso segundo –hoy apartado 3.º– del artículo 143 CP (auxilio ejecutivo; homicidio-suicidio; homicidio consentido o a petición), en función de, claro está, la postura que se defiende. Es más, en vez de contribuir efectivamente a solucionar los problemas dogmáticos que surjan en relación con dicha norma –tales como la cuestión de la punibilidad de la tentativa o de la participación en dichas conductas– (204), tal importación de ideas no ha hecho más que nublar la vista para lo que es la esencia de lo regulado en el artículo 143 CP y sus antecesores; esencia que, a mi modo de ver y desde un enfoque moderno centrado en el fin (paternalista) de la norma, es la misma para todos los supuestos regulados en ella, de modo que las soluciones para los problemas dogmáticos aludidos deberían ser las mismas, se trate del primer, segundo o tercer apartado (205). Sin embargo, por cuestiones de espacio, éste no puede ser el lugar para discutir sobre cuál es esta esencia o naturaleza (206).

(202) En este sentido se pronuncia la jurisprudencia, véase STS 2031/1994 de 23 de noviembre; SAP Almería núm. 47/2002 (Sección 2.ª) de 20 de febrero; en el mismo sentido MUÑOZ CONDE, *PE*, 16.ª ed., 2007, p. 72; JORGE BARREIRO en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir), *CCP*, 1997, p. 415; VALLE MUÑOZ en QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al NCP*, 4.ª ed., 2005, p. 762; QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, 4.ª ed., 2002, p. 25.

(203) Defienden esta postura CARBONELL MATEU en VIVES ANTÓN *et al.*, *PE*, 2004, pp. 102 s.; GONZÁLEZ RUS en COBO DEL ROSAL *et al.*, *PE*, 2004, p. 109; JUANATEY DORADO, *Derecho, Suicidio y Eutanasia*, 1994, p. 279; GARCÍA ARÁN en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN, *CCP PE*, 2004, p. 56; Díez RIPOLLÉS en el mismo/GRACIA MARTÍN, *CCP PE I*, 1997, pp. 201, 221; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Contestaciones*, 4.ª ed., 2004, p. 38; NÚÑEZ PAZ en ARROYO ZAPATERO *et al.*, *CCP*, 2007, p. 361; OLMEDO CARDENETE/BARQUÍN SANZ en Cobo, *CCP V*, 2002, p. 215; SERRANO GÓMEZ, *PE*, 9.ª ed., 2004, p. 61; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La cooperación al suicidio*, 2000, p. 97; BELTRÁN BALLESTER, *ESTUDIOS JURÍDICOS MF V* 1999, pp. 468 ss.

(204) Para más detalle véase FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 469 ss.

(205) En este sentido coincido con la opinión, según la cual tanto el ap. 1.º y 2.º como el 3.º constituyen, desde un punto de vista material, claro está, una participación en suicidio, sin que me parezca correcta esta última clasificación.

(206) Sobre este tema, FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 474-476.

4.2.2 LA EVOLUCIÓN DEL PRECEPTO HASTA LA ENTRADA EN VIGOR DEL CP DE 1944

Entre tanto, la norma ha sufrido algunas modificaciones. Un primer cambio fundamental, de gran envergadura de cara a la futura evolución del debate, se produjo en el seno del CP de 1870 al equiparar éste sendas penalidades previstas para el auxilio ejecutivo y el auxilio simple (art. 421) con las del homicidio común y de la complicidad en este último, respectivamente. Dicha reforma fue saludada, ante todo, por quienes siguieran considerando el suicidio una infracción religiosa, a saber, la del quinto mandamiento (207).

Al mismo tiempo y por primera vez, la materia fue objeto de un análisis más a fondo de la mano del célebre comentarista Groizard y Gómez de la Serna. Fue, en particular, la redacción típica del 2.º inciso, que hasta aquel momento no había sido cuestionada, la que le valió una censura de técnica legislativa. Y es que Groizard, estudioso del Derecho comparado, consideraba que la conducta que se ha dado en llamar auxilio ejecutivo, en realidad, constituía un homicidio (208), mientras que la conducta incluida en el primer inciso tenía el carácter de un *delictum sui generis* (209). En consecuencia, y siempre según este autor, incluir ambas conductas en la misma categoría no sólo suponía una impropiedad en el lenguaje, sino también una «mala clasificación» (210), que conducía a que quien, en realidad, no participara en un suicidio al no ser suicida el que moría a manos de otro, erróneamente sería condenado como auxiliador del suicidio (211) en lugar de ser condenado, tal y como debería serlo, como reo de homicidio (212). Es así como nace la ya aludida polémica en torno a la naturaleza de la conducta incluida en el segundo inciso.

Además, Groizard exigió que *de lege ferenda* se introdujeran otras dos modificaciones: en primer lugar, atenuar la pena para los supuestos de homicidio a petición donde mediaren bien una enfermedad incurable e insoportable para el requirente, bien cuestiones de honor (213); y en segundo lugar, incriminar la provocación al suici-

(207) En este sentido VIADA Y VILASECA, *CP reformado de 1870*, 4.ª ed., III, 1890, p. 46.

(208) GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El CP de 1870*, IV, 1891, pp. 439; 444.

(209) GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El CP de 1870*, IV, 1891, p. 441.

(210) GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El CP de 1870*, IV, 1891, p. 439.

(211) Cfr. la STS de 16 de diciembre de 1895, donde se usa esta fórmula ante un supuesto de auxilio ejecutivo, HIDALGO GARCÍA, *El CP conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo II*, 1909, artículo 421, p. 201.

(212) GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El CP de 1870*, IV, 1891, p. 446.

(213) GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El CP de 1870*, IV, 1891, p. 441.

dio (214). Exigencias que no tardaron demasiado tiempo en convertirse en realidad.

En efecto, el CP de 1928 instauró, con el fin de colmar lagunas de punibilidad (215), el tipo de inducción al suicidio, conminándolo con la misma pena que la prevista para el auxilio al suicidio, la cual, dicho sea de paso, había quedado reducida con respecto a su antecesor. En este contexto, conviene señalar que el CP de 1928, si bien temido por su extremado rigor punitivo, hacía gala de una sorprendente humanidad en el ámbito de la cooperación en el suicidio (art. 517 CP) no sólo al bajar las penas, sino también al restablecer la atenuación de la pena prevista para el auxilio ejecutivo con respecto de la asignada para el homicidio común (216). Además y siempre de conformidad con las exigencias de Groizard (217), al tipo objeto de nuestro estudio le fue agregado, por primera vez en la historia del Derecho penal español, un segundo apartado:

«Esto no obstante, en todos los casos del párrafo anterior, los Tribunales, apreciando las condiciones personales del culpable, los móviles de su conducta y las circunstancias del hecho, podrán a su prudente arbitrio imponer una pena inferior a la señalada al delito».

De acuerdo con la exposición de motivos, el principal objetivo de dicha disposición consistía en permitir atender debidamente a los móviles de piedad y compasión, por lo que en el más extremo de los casos la pena podía quedar reducida a la imposición de una multa de 1.000 pesetas (218).

Ahora bien, la vigencia de esta última regulación fue breve. Proclamada la Segunda República en 1931, en un primer momento, se restableció el CP de 1870, para luego promulgar el CP de 1932. La tendencia de humanización que lo marcaba, con carácter general, no se extendió a la regulación de las intervenciones en el suicidio. Pues por el artículo 415 de dicho Código se restableció la severa regulación del CP de 1870, equiparándose la pena del auxilio ejecutivo con la del homicidio común, y fue suprimido el arbitrio judicial al que acabamos de hacer alusión. Por consiguiente, la situación fue inversa a la que había existido en la Dictadura, en la que la regulación relativa al suici-

(214) GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El CP de 1870*, IV, 1891, p. 446.

(215) Véase LÓPEZ-REY Y ARROJO/ÁLVAREZ-VALDÉS, *El nuevo CP*, 1933, pp. 380 ss.

(216) CUELLO CALÓN, *El nuevo CP español*, T. II, 1930, p. 529.

(217) CUELLO CALÓN, *El nuevo CP español*, T. II, 1930, p. 531

(218) Cfr. CUELLO CALÓN, *El nuevo CP español*, T. II, 1930, p. 529 (con respecto a la atenuación del homicidio-suicidio).

dio había presentado un rayo de esperanza en las tinieblas de un Código de extrema severidad punitiva.

Finalmente, el precepto pasó al CP de 1944 del Régimen de Franco, a su artículo 409, y perduró hasta 1995, sin que fuera objeto de modificaciones.

4.2.3 LA EVOLUCIÓN HASTA LA ACTUALIDAD

La discusión dogmática y el debate político-criminal, por el contrario, sí que fueron evolucionando. Respecto a esa evolución trascendental para la situación jurídica actual deben distinguirse dos períodos: el de la época franquista y transición, por un lado, y el postconstitucional, por otro lado. En el debate dogmático de la época franquista la cuestión del porqué de la incriminación autónoma de las intervenciones en el suicidio apenas fue planteada. Esto es así porque la abrumadora mayoría de los autores partía de que el suicidio, aunque exento de pena por razones de política criminal, sí que era antijurídico (219), por lo que no tenían problemas para fundamentar, desde el punto de vista material, la penalización de las intervenciones en él. En cambio, fueron cuestiones dogmáticas como aquella de la punibilidad de las formas imperfectas o de la punibilidad de la omisión ante el suicidio las que acaparaban el debate, y en cuyas soluciones, muchas veces, se veía reflejada la idea de que el suicidio constituía el «hecho principal» antijurídico, aunque impune, base del castigo de las intervenciones en él (220).

Progresivamente fue intensificándose también el debate en torno al tratamiento jurídico-penal de casos extremos, especialmente la eutanasia. Mientras que predominaba la opinión de que la eutanasia activa directa, en principio, no podía sino ser objeto de una atenuación de la pena mediante la aplicación de las circunstancias genéricas de atenuación, y, sólo excepcionalmente, dar lugar a la exoneración de la culpa-

(219) Por todos, OLESA MUÑIDO, *Inducción y auxilio al suicidio*, 1958, pp. 14 ss., 19; TORÍO LÓPEZ, L.H., SERRANO Y SERRANO, II, 1965, p. 656 nota al pie núm. 5; GIMBERNAT ORDEIG, «Inducción y auxilio al suicidio» (1972) en *Estudios*, 1990, p. 276; en el mismo sentido la jurisprudencia, cfr., p. ej., STS de 15 de diciembre de 1977, en la que se alude a las clasificaciones utilizadas por parte de la teoría tal como «acto de ilicitud impune» o «acción ilícita no típica»; sin tomar postura al respecto.

(220) Cfr., p. ej., QUINTANO RIPOLLÉS/GIMBERNAT ORDEIG, *Tratado de la PE del DP I*, 2.^a ed., 1972, p. 391, aunque estos autores niegan la antijuridicidad del suicidio, ya que ésta «no puede desvincularse positivamente (aunque sí en el análisis teórico) de la tipicidad» (p. 381).

bilidad (221), Quintano Ripollés y Gimbernat Ordeig fueron los primeros en estimar, ya a principios de los años setenta, la justificación de la conducta por vía del estado de necesidad ajeno (circunstancia 7.^a del art. 8 ACP), argumentando que el interés del sujeto pasivo a no sufrir más prevalecía sobre el interés a seguir viviendo durante poco tiempo (222).

El debate político-criminal de la época franquista, en cambio, fue centrado por la eterna polémica en torno a la corrección de prever la misma penalidad para el auxilio ejecutivo que para el homicidio; debate en el que la gran mayoría de los autores se decantó por postular la vuelta a la atenuación (223). Junto a ello, se censuró que la relación de gravedad que mediaba entre las distintas penalidades previstas para las conductas de intervención en el suicidio no concordaba con la relación de gravedad que mediaba entre las distintas figuras de autoría y participación en la parte general (224). Censura que no resulta desacertada, siempre que se parta, como en aquella época se partía, de que el suicidio sea el hecho principal impune, de cuyo injusto se deriva el de las conductas autónomamente castigadas.

Ante este panorama, es natural que los primeros proyectos de reforma penal elaborados ya con posterioridad a la promulgación de la Constitución de 1978 se limitaran a atender, en gran medida, a estas críticas: tanto el Proyecto de Ley Orgánica de CP de 1980 (225), como la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal de 1983 (226), restablecieron la atenuación de la pena prevista para el auxilio ejecutivo con respecto al homicidio común (227). Resulta muy llamativo que, en vez de sustituir la peculiar configuración típica de aquella

(221) CUELLO CALÓN, *El problema jurídico-penal de la eutanasia*, 1951, pp. 35 ss.

(222) QUINTANO RIPOLLÉS/GIMBERNAT ORDEIG, *Tratado de la PE del DP I*, 2.^a ed., 1972, pp. 423 ss.

(223) Véase, p. ej., RODRÍGUEZ DEVESA, *PE*, 2.^a ed., 1966, p. 65; CUELLO CALÓN, *El problema jurídico-penal de la eutanasia*, 1951, p. 37, QUINTANO RIPOLLÉS, *CCP II*, 1946, p. 237.

(224) Así QUINTANO RIPOLLÉS/GIMBERNAT ORDEIG, *Tratado de la PE del DP I*, 2.^a ed., 1972, p. 386, considera «insatisfactoria la asimilación de la inducción al suicidio al auxilio, por ser aquella una conducta de incomparable mayor magnitud y gravedad», «incluso –añade– que la de auxilio ejecutivo, precisamente por desencadenar el curso causal ideológico y físico».

(225) RUIZ VADILLO, E., *Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal*, Madrid, 1980.

(226) MINISTERIO DE JUSTICIA, *Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal (PANCP)*, Madrid, 1983.

(227) Artículo 160 del Proyecto de 1980: «El que induzca o coopere con actos necesarios al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años. Se impondrá la pena superior en grado si la cooperación llegare hasta el punto

figura por una propia del homicidio consentido, como parte de la teoría venía reclamando apuntando a los códigos de Alemania o Italia (228), los proyectos agudizaran la idea, ya subyacente en la redacción vigente de aquella época, de que se estaba ante una forma más grave de auxilio o cooperación al suicidio al introducir, de modo expreso, la palabra «cooperación» en el segundo inciso (229).

En lo que a la relación entre las respectivas penalidades previstas para las distintas conductas atañe, los proyectos establecieron una triple graduación. El punto de partida y nivel intermedio lo integraban la inducción y la cooperación necesaria al suicidio, ambas conminadas con pena privativa de libertad de 4 a 8 años. Dicha pena sería rebajada en un grado en el supuesto del auxilio no necesario y aumentada en un grado en el caso de la cooperación ejecutiva (230); agravación que dicho sea de paso constituía una desviación de lo establecido en la parte general donde la cooperación ejecutiva –o autoría– recibe el mismo trato que la inducción y la cooperación necesaria.

El desplazamiento del eje de la discusión hacia la cuestión de la disponibilidad de la vida, desde la óptica constitucional, y las consecuencias que se deriven de ello para la constitucionalidad del castigo de las intervenciones de terceros en la muerte querida por la propia víctima, en particular, para la eutanasia activa, se fue, empero, produciendo sólo poco a poco, culminando en el «Manifiesto en favor de la disponibilidad de la propia vida» aprobado en 1991 por el Grupo de estudios de Política Criminal (231).

Ahora bien, el que cada vez más autores se adhirieran a la postura que admitía la disponibilidad no significó, en absoluto, que estos mismos autores sostuvieran la inconstitucionalidad del artículo 409 ACP. Semejante tesis radical no fue defendida sino por pocos, quienes parecían tener tantas dudas sobre si de la disponibilidad de la vida cabía derivar sin más la inconstitucionalidad del castigo de las intervencio-

de ejecutar la muerte y la inferior en grado cuando el auxilio prestado no fuere necesario». El artículo 144 es idéntico.

(228) Así, QUINTANO RIPOLLÉS/GIMBERNAT ORDEIG, *Tratado de la PE del DP I*, 2.ª ed., 1972, p. 382 («lamentable confusión» entre lo que es efectivamente una mera participación en el suicidio, contenida en el primer inciso del texto, y la ejecución de la muerte, comprendida en el segundo»).

(229) Críticamente BACIGALUPO ZAPATER, *Los delitos de homicidio*, 1983, p. 334.

(230) En contra de la distinción entre cooperación necesaria y auxilio simple se manifiesta TORÍO LÓPEZ, L.H., SAINZ CANTERO, 1987, p. 229.

(231) GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, «Manifiesto en favor de la disponibilidad de la propia vida», en *Grupo de estudios de Política Criminal, Una alternativa al tratamiento jurídico de la disponibilidad de la propia vida*, pp. 9 ss.

nes en el suicidio que, en lugar de apoyar la inconstitucionalidad del artículo 409 en la vulneración de un supuesto derecho fundamental a la propia muerte, optaron por fundamentarla en la vulneración del principio de proporcionalidad: al parificar las sanciones para tres conductas radicalmente desiguales, tanto desde la óptica del bien jurídico protegido cuanto de la reprochabilidad –a saber, el homicidio común, el homicidio a petición y la eutanasia– el inciso segundo del artículo 409 vulneraría dicho principio, lo que conduciría a su inconstitucionalidad (232). Inconstitucionalidad que a su vez arrastraría la del inciso primero, puesto que la inclusión de conductas de ejecución material en el primer inciso consecuencia de la inconstitucionalidad del inciso segundo supondría otra quiebra del principio citado por producirse de nuevo un tratamiento igual de conductas de diversa significación (233). Me parece necesario advertir que esta última consecuencia no deja de ser discutible dada la discrecionalidad de apreciación de la que goza el legislador.

Desde una posición intermedia, se propugnó que dada la inmensa importancia del bien jurídico afectado –la vida– y la obligación del Estado de protegerla, cabría establecer ciertos límites a la disponibilidad de la vida. Por una parte podría ser exigido a quien quisiera morir que fuera plenamente consciente de la trascendencia y gravedad del acto que realizaba y por otra, limitar la eficacia justificante del consentimiento hasta el punto de no ofrecer cobertura a determinadas intervenciones de terceros en el libre acto del suicidio sobre la base de que el Estado tenía la potestad o incluso el deber de obligar (a las personas) a respetar la vida ajena, pudiendo castigarse, por lo tanto, aquellos comportamientos relacionados con la muerte querida por la víctima que supusieran una efectiva lesión o puesta en peligro de la vida ajena. De ello se seguía que, junto al homicidio-suicidio, cabía penalizar aquellas formas –y únicamente éstas– de participación en el suicidio en las que la libertad interna del acto suicida no fuera absoluta. Con lo que, siempre según esta opinión, una interpretación conforme a la Constitución del artículo 409 llevaría ya *de lege lata* a que únicamente la inducción y determinadas formas de la cooperación necesaria (sin que se supiera a cuáles se hacía referencia) fueran puni-

(232) COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, LH-SAINZ CANTERO, 1987, pp. 77 ss; VALLE MUÑIZ, *CPC*, núm. 37, 1989, p. 176.

(233) COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, LH-SAINZ CANTERO, 1987, p. 78. En sentido parecido, VALLE MUÑIZ, *CPC*, núm. 37, 1989, p. 176, al menos en relación con el auxilio ejecutivo al homicidio normal.

bles, mientras que la mera complicidad y las demás formas de cooperación necesaria quedarían impunes (234).

Expuestas aquellas posturas partidarias de una inconstitucionalidad (parcial) del artículo 409 ACP, conviene subrayar, de nuevo, que se trataba de posturas minoritarias y que la mayoría de los autores, por el contrario, defendía la constitucionalidad de la punición de las conductas de intervención en el suicidio (235).

Mayores cambios se produjeron en materia de eutanasia. Si bien es cierto que la doctrina dominante afirmaba la impunidad de la eutanasia indirecta y pasiva, recurriendo para ello a construcciones dogmáticas muy diversas (236), no lo es menos que seguía sosteniendo que la eutanasia activa sí era punible (237). Por otra parte, aumentaron las voces que llegaban a defender la justificación de esta última por vía del estado de necesidad ajeno (238). Fue ante todo Gimbernat quien desempeñó un papel de vanguardia dentro de esta última tendencia al describir las distintas situaciones eutanásicas e incorporar los derechos fundamentales y valores constitucionales en su argumentación (239).

Paralelamente a ese debate en torno a la situación jurídico-penal de lege lata a finales de los años 80 y cuando ya se había entrado, a nivel legislativo, en plena fase de preparativos para elaborar, de una vez, el aún pendiente «Código penal de la Democracia» (240), el debate político criminal también empezó a prosperar.

En cuanto al tratamiento de la eutanasia activa, se reprodujo el panorama del debate *de lege lata*. Así pues, se enfrentaron, en esencia, dos corrientes: por un lado, hubo un gran número de autores de tendencia conservadora y partidarios de establecer una mera atenuación de la pena. Algunos de entre ellos se mostraron a favor de establecer

(234) DEL ROSAL BLASCO, *ADPCP*, 1987, pp. 87-89.

(235) TORÍO LÓPEZ, LH-SAINZ CANTERO, p. 228; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL, *PE I*, 1993, pp. 89 ss.

(236) Defendían la atipicidad de las conductas omisivas BAJO FERNÁNDEZ, *PE*, vol.1, 2.ª ed., 1991, p. 85; BUSTOS RAMÍREZ, *PE*, 2.ª ed., 1991, pp. 41 s.; QUERALT JIMÉNEZ, *ADPCP* 1988, pp. 124-125; VALLE MUÑIZ, «Relevancia jurídico-penal de la eutanasia», *CPC*, núm. 37, 1989, pp. 184-187; BACIGALUPO ZAPATER, *El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física*, pp. 154 ss.

(237) QUADRA-SALCEDO, T., Introducción, en MINISTERIO DE JUSTICIA, *Anteproyecto de Código Penal 1992*, 1992, p. 13.

(238) GIMBERNAT ORDEIG, LH-SAINZ CANTERO, 1987, pp. 107 ss., MUÑOZ CONDE, *PE*, 8.ª ed., 1991, p. 75. En sentido similar GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL, *PE I*, 1993, p. 104.

(239) GIMBERNAT ORDEIG, LH-SAINZ CANTERO, 1987, pp. 107-112.

(240) QUADRA-SALCEDO, T. Introducción, en *Ministerio de Justicia, Anteproyecto de Código Penal 1992*, 1992, p. 13.

adicionalmente, y siguiendo el modelo de la Propuesta alternativa alemana relativa a la eutanasia de 1986, una cláusula que en casos extremos permitiera al juez prescindir de la pena (241), lo que, sin embargo, no dejaría de ser un cuerpo ajeno en Derecho español que, a diferencia del Derecho alemán (242), no contempla tal consecuencia jurídica. Por otro lado, hubo un significativo número de juristas que –probablemente, para sorpresa de quienes no sean españoles– se pronunciaron sin tapujos y precisamente en España, país católico por antonomasia, a favor de la regularización de la eutanasia (243). La Propuesta alternativa española constituye la manifestación más notoria de esta corriente. Pretendía acompañar al hasta entonces tipo de auxilio ejecutivo de un segundo apartado en el que eximía de pena al médico u otra persona bajo su dirección que produjera la muerte de otro, si mediaba la solicitud expresa, libre y seria de éste, siempre que se diera el doble requisito de que el paciente padeciera graves sufrimientos no evitables ni notoriamente atenuables de otro modo, y que se derivasen de una afección incurable que le conduciría próximamente a la muerte o que, siendo permanente, le incapacitaría de manera generalizada para valerse por sí mismo (244).

A diferencia de lo que sucedía en materia de eutanasia donde existían, como se ha visto, fuertes tendencias liberales, en materia de intervenciones comunes en el suicidio apenas se postuló la liberalización de las mismas. Al margen de opiniones aisladas que reivindicaron, bien derogar, por completo, su castigo (245) o bien ceñirlo,

(241) En este sentido, ZUGALDÍA ESPINAR, LH-SAINZ CANTERO, 1987, p. 299; TORÍO LÓPEZ, LH-SAINZ CANTERO, 1987, p. 237; MUÑOZ CONDE, *PE*, 8.ª ed., 1991, p. 76.

(242) En Derecho alemán dicha consecuencia jurídica se prevé tanto en la parte general –§ 60 (*poena naturalis*), § 46 b (regulación genérica de las consecuencias jurídicas previstas para el llamado testigo de cargo)– como en la parte especial –véase p. ej. los § 129 ap. 5.º StGB y § 31 BtMG–.

(243) *Boletín Criminológico*, núm. 5, noviembre de 1994, p. 4; Se pronunciaban a favor de establecer una eximente BUSTOS RAMÍREZ, *PE*, 2.ª ed., 1991, p. 42; QUERALT JIMÉNEZ, *PE I*, 1986, p. 25; GIMBERNAT ORDEIG, LH-SAINZ CANTERO, 1987, p. 111; DEL ROSAL BLASCO, LH-DEL ROSAL, 1993, p. 960; LANDROVE DÍAZ, «El derecho a una muerte digna» en *Temas penales*, 1994, pp. 81-83, así como el mismo, «La eutanasia en España» en *Temas penales*, 1994, pp. 95-97. En contra de la exención BAJO FERNÁNDEZ, *PE*, vol. 1, 2.ª ed., 1991, p. 84 adhiriéndose a la postura de TORÍO LÓPEZ, *EPCr IV*, 1979-80, pp. 191-192.

(244) Artículo 408 apartado 2 de la Propuesta, véase GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, «Una alternativa al tratamiento jurídico de la disponibilidad de la propia vida».

(245) En este sentido, COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, LH-SAINZ CANTERO, 1987, pp. 67 y 77 ss., quienes, al margen de sostener la inconstitucionalidad del artículo 409 CP (véase *supra*), abogan por la despenalización de todas esas interven-

siguiendo el modelo alemán, al homicidio a petición (246), la amplia mayoría de la teoría tomó postura a favor del mantenimiento de su incriminación, señalando que el Estado tenía que impedir que se favoreciera el suicidio (247). Es conveniente señalar lo incoherente que a estos efectos resulta la regulación propuesta en la Propuesta alternativa española. Por mucho que en ella se declare con relación a la penalización de la inducción (que queda conminada con idéntica pena que el homicidio-suicidio, que a su vez constituye un tipo privilegiado respecto del homicidio común) que «la libre disponibilidad de la propia vida no exime a la sociedad de cerrar el paso a todo tipo de conductas que promuevan comportamientos suicidas» (248), en dicha Propuesta el castigo de la cooperación necesaria y de la complicidad queda ceñido a los supuestos en que *no* concurran los requisitos de capacidad y solicitud. Lo que viene a significar que no se establecía sino una especie de tipo residual a fin de evitar la impunidad de los supuestos considerados merecedores de pena y en los que la aplicación de la figura de autoría mediata (de homicidio/asesinato) pudiera ser cuestionable, mientras que en los demás supuestos, es decir de concurrir los requisitos de capacidad y solicitud, la conducta de cooperación, fuera necesaria o simple, quedaba impune. Tal impunidad se opone, empero, a la –solemnemente– declarada obligación de la sociedad de cerrar el paso a todo tipo de conductas que promuevan comportamientos suicidas; obligación que, dicho sea de paso, obviamente no se refiere únicamente a los supuestos de sujetos sin capacidad. Pues no cabe duda de que, igual que la inducción, las conductas de cooperación simple o necesaria efectivamente favorecen el suicidio.

La discusión que acabamos de exponer quedó zanjada el 25 de mayo de 1996 por la entrada en vigor del Código penal de 1995. Su artículo 143 reproduce, con algunas modificaciones, en su mayoría de índole técnica, las propuestas de norma contenidas en los (ante-) proyectos de 1992 y de 1994 promovidos por el gobierno socialista. Cabe

ciones en el suicidio. Conviene resaltar, sin embargo, que dichos autores defienden un concepto muy restrictivo de suicidio; QUERALT JIMÉNEZ, *PE I*, 1986, pp. 15 y 24; VALLE MUÑIZ, *CPC* 1989, p. 168, se manifiesta a favor de la derogación de la punición del auxilio inclusive el ejecutivo, sin pronunciarse sobre la inducción.

(246) Así, DEL ROSAL BLASCO, *ADPCP*, 1987, p. 90; ZUGALDÍA ESPINAR, LH-SAINZ CANTERO, p. 297.

(247) Así MUÑOZ CONDE, *PE*, 8.ª ed., 1991, pp. 74 ss.; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL, *PE I*, 1993, pp. 89 ss.; BAJO FERNÁNDEZ, *PE*, vol. 1, 2.ª ed., 1991, pp. 74 ss.; MARTÍN GÓMEZ/ALONSO TEJUCA, *La Ley* 1992-3, p. 872; TORÍO LÓPEZ, LH-SAINZ CANTERO, 1987, pp. 227-229.

(248) GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, «Una alternativa al tratamiento jurídico de la disponibilidad de la propia vida», 1991, p. 38.

caracterizarlas de mezcla entre cierto continuismo e innovación. El continuismo se traduce en la acogida de algunas de las reivindicaciones político-criminales más acuciantes de la época preconstitucional, que ya habían sido contempladas en proyectos de los años 80 –piénsese en aquella de rebajar la pena del auxilio ejecutivo respecto del homicidio común–. Con independencia de la corrección de las soluciones adoptadas, la innovación, en cambio, consiste en que el artículo 143 pretende dar respuesta a las dudas y necesidades de aparición más reciente, a saber las dudas sobre la constitucionalidad y conveniencia de la penalización del auxilio simple y las reivindicaciones de una regulación –lo que no se debe confundir con su regularización– expresa de la eutanasia.

A pesar de tratarse de un tema de mucha controversia y gran carga emocional, se puede constatar que el debate parlamentario se desarrolló con mucha objetividad. En cuanto al contenido de los debates, que por razones de espacio es imposible desarrollar en toda su extensión (249), me limito a destacar los siguientes puntos de interés:

En materia de intervenciones en la muerte querida por la propia víctima, es de resaltar que hubo un amplio consenso sobre la necesidad de mantener en esencia su penalización genérica. Y es que ni siquiera los partidarios de la legalización de la eutanasia pretendían tocar dicha penalización genérica, limitando sus pretensiones de legalización estrictamente al ámbito de las circunstancias eutanásicas. Por otra parte, es lamentable que no se entrara en el debate sobre la conveniencia de desterrar del ámbito de lo punible el auxilio simple, opción por la que acabó decantándose el legislador y que puede considerarse un tributo a las voces que venían cuestionando la constitucionalidad de la punición del auxilio simple. Dicha medida parece poco acertada, por no hablar de los múltiples problemas que genera (250).

Frente al consenso sobre el sí del mantenimiento de la penalización de las demás formas de intervención en el suicidio (inducción, cooperación necesaria y ejecutiva), suscitó, de nuevo, mayor polémica la graduación de sus respectivas penalidades entre sí, por un lado (251),

(249) Con detenimiento FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 159 ss.

(250) Piénsese en los problemas de delimitación con la cooperación necesaria, la repercusión de dicha despenalización en la polémica sobre si son punibles las conductas omisivas, etc.; para más detalle, véase FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, p. 578.

(251) El Gobierno socialista defendía que la inducción merecía una pena más alta que la cooperación necesaria, previéndose la pena más alta para la cooperación ejecutiva [cfr. DEL CAMPO CASASUS (PSOE), *CG DS Congreso*, de 1 de junio de 1995, núm. 506, p. 15398]. En cambio, IU-IC, si bien es cierto que acabó por aceptar el

y su relación, en particular la del auxilio ejecutivo respecto del homicidio, siendo el PP el único partido que defendió la equiparación de sendas penalidades (e incluso la de la cooperación necesaria) (252).

En todo caso, el debate parlamentario pone en evidencia que el mantenimiento de la penalización de las intervenciones en la muerte querida por la víctima no es ni mucho menos fruto de una recepción irreflexiva de la antigua regulación de dicha materia. Otra prueba de ello es la exposición de motivos del Proyecto de Ley. Tras poner de relieve que al reestructurar la sistemática de la parte especial, situando en lugar preferente la protección de los derechos individuales, el legislador pretendía reflejar el orden de valores vigente y reflejado en la Constitución de 1978 y que la concreta regulación de los delitos recogía, igualmente, «las transformaciones sociales experimentadas, la evolución de la sensibilidad social y los avances de la ciencia y la técnica», destaca como ejemplo de dicha repercusión «la inducción y cooperación al suicidio, cuyo tratamiento punitivo difiere considerablemente del actual, otorgando mayor relevancia a la autonomía de la voluntad» (253).

Tampoco parece casual que no se modificara la redacción típica del auxilio ejecutivo, máxime si se tiene en cuenta que no se habría podido escapar al Legislador la crítica que tal configuración típica tradicional había recibido por parte de la teoría, en particular de la Propuesta alternativa. Antes al contrario, su conservación se debería a que el enfoque subyacente a dicha redacción, y que se centra en la perspectiva de la víctima y la disposición que ésta realiza (con la ayuda de un tercero) sobre un bien jurídico suyo, estaba muy arraigado en el pensamiento de los españoles, tal como ponen de manifiesto las palabras de la diputada Del Campo Casaus cuando al rechazar la equiparación punitiva entre dicha conducta y el homicidio dijo: «creemos

castigo más grave de la inducción respecto de la cooperación necesaria, también lo es que propugnó la igualación de esta última y la cooperación ejecutiva [cfr. LÓPEZ GARRIDO (IU-IC), *CG DS Congreso*, de 1 de junio de 1995, núm. 506, p. 15396]. En su pretensión de igualar la pena prevista para la cooperación necesaria a la de la cooperación ejecutiva coincidió con el PP, si bien con el importante matiz de que el PP propugnó a la vez la equiparación de ambas conductas con el homicidio común. En cambio, se conformó con la previsión de una pena de 4 a 8 años para la inducción y la cooperación simple. Es sorprendente que este último aspecto, si bien constituía una desviación notable de la propuesta del Gobierno que había eliminado la punición del auxilio simple, pasara totalmente desapercibido en los debates (cfr. *DS*, de 25 de marzo de 1992, p. 19639).

(252) Cfr. las enmiendas *BOCG*, serie A, núm. 102-7, de 11 de febrero de 1993, p. 384 y en *BOCG*, serie A, núm. 77-6, de 6 de marzo de 1995, p. 198.

(253) MINISTERIO DE JUSTICIA E INTERIOR, *Proyecto de Ley Orgánica*, Madrid, 1994, p. 227 ss.

que no es lo mismo, ni puede castigarse igual, matar contra la voluntad de la víctima que matar a quien pide ayuda para suicidarse» (254).

En cuanto a la eutanasia, a diferencia de lo que sucedía en Alemania, en España hubo unanimidad en que el legislador «no podía esconder la mirada ante este asunto» (255). Sin embargo, y al margen de ser muy discutidas la naturaleza y envergadura de semejante regulación, la cuestión que más polémica suscitó fue la de qué tratamiento jurídico se debería dar a la llamada eutanasia activa directa. Haciendo un retrato de pincelada gruesa, se enfrentaron en principio dos posturas. La primera de ellas fue la defendida por IU, que invocando la propuesta alternativa y encuestas públicas reivindicó su legalización bajo una serie de cautelas (256). Mas no se pudo imponer a la postura que la mayoría de los partidos ostentaba y que no iba más allá de crear un tipo atenuado para los supuestos eutanásicos. Tipo cuyos presupuestos típicos tampoco eran pacíficos, siendo uno de las cuestiones más discutidas la de si el requisito de «padecimientos difíciles de soportar» debía exigirse alternativamente –así la propuesta del gobierno– o más bien cumulativamente –así las enmiendas del PP y del PNV– al de «enfermedad incurable que necesariamente conduciría a la muerte» (257).

A pesar de que en los propios materiales legislativos se insinúa que la regulación relativa a la eutanasia sea un trasunto bastante fiel de determinadas regulaciones extranjeras, supuestamente a las establecidas por los CC.PP. suizo, alemán, austríaco y portugués (258), en realidad, se trata de una solución de suma originalidad, que, al igual que el artículo 143.3, merece ser calificada de genuinamente española. Pues únicamente las penas previstas para las conductas castigadas en el artículo 143.4 coinciden, en mayor o menor medida, con las señaladas en los preceptos extranjeros citados. Al margen de haberse incluido

(254) *CG DS Congreso*, de 1 de junio de 1995, núm. 506, p. 15398; utiliza una terminología casi idéntica CUESTA MARTÍNEZ (PSOE), *DS Comisiones*, núm. 652, de 25 de marzo de 1992, p. 19643.

(255) GARCÍA VALDÉS, *Proyecto*, 1992, p. 22.

(256) IU-IC, enmiendas núms. 704 y 705 en *BOCG*, de 11 de febrero de 1993, serie A, núm. 102-7, p. 309 relativas al Proyecto de LO del CP de 1992 y enmiendas núms. 712 y 713 en *BOCG*, de 6 de marzo de 1995, serie A, núm. 77-6, p. 296 al Proyecto de LO del CP de 1994; GARMENDIA GALBETE (Grupo Mixto-EE) enmienda núm. 286 en *BOCG*, de 11 de febrero de 1993, serie A, núm. 102-7, pp. 200 ss. y MENDIZÁBAL GOROSTIAGA (Grupo Mixto-EE), enmienda núm. 528 en *BOCG*, de 11 de febrero de 1993, serie A, núm. 102-7, p. 261.

(257) Cfr. TRILLO-FIGUEROA MARTÍNEZ-CONDE, *CG DS Congreso*, de 27 de junio de 1995, núm. 158, S. 8378 y OLLERO TASSARA, *CG, DS Congreso*, de 25 de marzo de 1993, núm. 652, S. 19641.

(258) GARCÍA VALDÉS, *Proyecto*, 1992, pp. 20 ss.

el requisito de «la petición expresa, seria e inequívoca» también exigido, en términos más o menos parecidos, en las normas extranjeras antes mencionadas (259), la configuración típica del artículo 143.4 presenta considerables diferencias respecto de estos preceptos, y ello en un doble aspecto. Primero, mientras que la totalidad de dichas normas supuestamente afines se limita a establecer un tipo atenuado de homicidio a petición genérico, sin que sean requeridos para su ámbito de operatividad más requisitos que una petición por parte de la víctima y dotada de ciertas características (260), el artículo 143.4 va más allá al exigir que en la víctima concurran una serie de condiciones físicas. Me refiero al requisito imprescindible de «una enfermedad grave» que tiene que presentar alternativamente ulteriores cualidades –o bien conducir necesariamente a la muerte, o bien producir graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar–. En consecuencia, el ámbito de operatividad del precepto español resulta mucho más restringido que el de los preceptos erróneamente considerados afines, pudiéndose expresar gráficamente la relación entre ambas como la de dos círculos concéntricos, siempre que dejemos al lado la segunda discordancia de la que me ocuparé en seguida.

Dicha segunda diferencia se cifra en que el artículo 143.4 extiende el tratamiento privilegiado, en la misma medida (es decir, rebajando la pena en uno o dos grados), a la cooperación necesaria, dando lugar a un subtipo atenuado del artículo 143.2, que comparte ciertos rasgos con los tipos de «assisted suicide», sin que sea limitado su ámbito de operatividad a los médicos. Desgranada esta segunda disparidad respecto de los tipos de homicidio a petición presuntamente afines, puede constatarse que la relación entre ambos en realidad es de círculos secantes.

Por último, es curioso señalar dos preceptos, de momentos históricos muy diversos, que comparten esta última característica, o sea el tratamiento especial paralelo del auxilio ejecutivo/homicidio a petición y de la cooperación al suicidio en supuestos eutanásicos. Me refiero a los §§ 147 y 148 del CP de Braunschweig (261) y a la regulación legal vigente en Holanda. La ley holandesa, en principio, castiga tanto el homicidio a petición (art. 293 ap. 1.º) como la participación en

(259) Artículo 134 CP portugués (pedido serio, instante y expreso); § 216 StGB (petición seria y expresa); § 77 CP austríaco (petición seria e insistente); artículo 115 CP suizo (petición seria e insistente, sólo aplicable en caso de que concurran motivos respetables).

(260) El CP suizo exige además la concurrencia positiva de motivos respetables.

(261) Véase *supra*.

el suicidio (art. 293 ap. 1.º: inducción; ap. 2.º: auxilio). Sin embargo, de concurrir una serie de circunstancias establecidas en la Ley de Eutanasia, tanto la conducta de homicidio a petición como la de auxilio al suicidio (no, en cambio, la inducción) quedan impunes, remitiendo el artículo 293 ap. 2.º al ap. 2.º del artículo 293 en el que se establece la eximente. Por otra parte, es evidente que la consecuencia jurídica establecida por la ley holandesa no coincide para nada con la señalada por el CP español, pues a diferencia de lo ocurre en España prevé la impunidad y no sólo una atenuación para los supuestos eutanásicos. Y es precisamente este aspecto el que fue objeto de dura crítica por parte de Gimbernat, quien observa –con razón– que al tipificarse de modo expreso la eutanasia activa «se le priva de muchos –¿o de todos?– sus argumentos» a la opinión doctrinal que bajo la vigencia del ACP que no preveía sino un tipo indiferenciado y genérico de auxilio ejecutivo había defendido la impunidad del homicidio a petición de un enfermo desahuciado operando con el estado de necesidad. Por lo que tacha dicha novedosa regulación de «acontecimiento legislativo insólito y desgraciado», pues hasta entonces «ningún legislador había tenido la ocurrencia de describir expresamente los supuestos eutanásicos, no para descriminalizarlos, sino para declarar que son punibles, y haciendo creer, encima, que todo ello constituye un avance» (262).

Aun admitiendo que el artículo 143.4 excluya la posibilidad (aunque muy teórica y no aceptada por la doctrina dominante) de operar con el estado de necesidad, y con independencia de la valoración político-criminal que merezca la mera atenuación de tales conductas, la virtud de la regulación española reside en diferenciar nítidamente entre los supuestos genéricos de intervención en la muerte querida por la víctima y aquellos en que medien circunstancias eutanásicas. Y tal diferenciación parece todo un logro pues lleva a un debate estructurado y al fin y al cabo a soluciones más sensatas para los supuestos de intervenciones en la muerte querida por la víctima en los que no concurren circunstancias eutanásicas y que –según datos empíricos (263)– suponen la regla. Ello queda muy patente si echamos un vistazo a Alemania donde al no existir una clara distinción entre unos y otros supuestos todo el debate tanto en su vertiente dogmática –piénsese en la discusión sobre la punibilidad de la omisión ante un suicidio–, como en su vertiente político-criminal –piénsese en la polémica

(262) GIMBERNAT, «Prólogo a la segunda edición del CP», II, *Código penal*, 11.ª edición, 2005, p. 54.

(263) FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 175 ss.

recientemente desatada sobre la conveniencia o no de castigar determinadas formas sospechosas de favorecimiento al suicidio propiciado por organizaciones suicidas como Dignitas, etc. (264)–, se ve turbado por la tendencia de los autores de reforzar sus razonamientos recurriendo a ejemplos propios del ámbito de la eutanasia, unas veces, y a los supuestos en que no concurren circunstancias excepcionales, otras, siempre en función de la reacción que pretendan provocar en el lector. Así, en la exposición de motivos del anteproyecto de Ley presentado por los Länder Saarland, Turingia y Hesse, y que tenía por objeto combatir las organizaciones de ayuda al suicidio al introducir un tipo que castiga la «promoción profesional del suicidio» (*geschäftsmäßige Suizidförderung*) (265), a favor de la necesidad de tal penalización se trae a colación el riesgo de que la oferta de una opción de automuerte aparentemente fácil y sin dolor por parte de esas organizaciones alcance también a personas que no padezcan una enfermedad incurable; a personas con patologías meramente psíquicas y sin sufrimientos físicos, o a personas con demencia o depresión (266). La no incriminación del auxilio individual, en cambio, se explica indicando, sin presentar datos empíricos que lo comprueben, que semejantes conductas que faciliten el suicidio de otro suelen limitarse, en realidad, a supuestos en que quien quiera morir sea una persona que lleva ya mucho tiempo padeciendo una enfermedad grave e irreversible (267). Es obvio que lo que se pretende con escoger tal ejemplo no es otra cosa que provocar en el lector la idea de que, en efecto, el auxilio individual debe quedar impune por ser la única salida en supuestos eutanasias, disimulando al mismo tiempo el hecho de que el auxilio puede constituir un verdadero riesgo en los muchos otros supuestos relativos a personas que no padecen sino una depresión transitoria o pasan por un mal trance (sea a causa de problemas en el trabajo, sea por la pérdida de un ser querido) y cuya muerte supone el desperdicio de cuantas oportunidades les hubiera ofrecido la vida todavía, oportunidades que simplemente no han visto por obnubilación emocional en el momento de su decisión fatal, cuya efectiva realización fue promovida por la ayuda prestada por otro. ¿Es realmente necesario dejar desprotegidas a estas personas –que según datos empíricos constitu-

(264) Sobre este anteproyecto de ley y otros similares de los que ninguno se ha convertido en ley, críticamente, FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 605 ss.

(265) BR-Drs. 230/06.

(266) BR-Drs. 230/06, S. 4.

(267) BR-Drs. 230/06, S. 3; se escoge un ejemplo parecido en BR-Drs. 436/08 (*Empfehlungen*), p. 7.

yen la mayoría de los suicidas— a cambio de conservar una salida para unos pocos enfermos incurables que ya no soporten su situación? A la inversa, y con relación al tipo penal objeto del anteproyecto de Ley antes mencionado, podría cuestionarse la justicia de prohibir cualquier ayuda organizada, máxime si tenemos en cuenta que en una sociedad como la nuestra, caracterizada por el anonimato y un creciente número de personas solteras, puede haber enfermos terminales que no tengan familiares o personas allegadas que estén dispuestas a prestar auxilio al suicidio y que por tanto no pueden llevar a cabo el suicidio de manera segura y sin demasiado sufrimiento sino con la ayuda de las organizaciones en cuestión.

A mi modo de ver, convendría reflexionar sobre si realmente es la cuestión de la naturaleza —colectiva o individual del auxilio— la que debe considerarse decisiva para el tratamiento político-criminal de éste. Lo que hay que preguntarse es, más bien, si en el tratamiento penal del auxilio al suicidio la diferenciación —tal como hace, correctamente, el Derecho español— debe establecerse según las circunstancias que concurren en quien desea morir, es decir: según si estamos ante un suicidio normal —o sea: ante el suicidio de una persona que está desesperada, pero respecto de la cual existe un buen pronóstico de que supere sus ideas suicidas, razón por la cual deben ser protegidos sus intereses (objetivos) a largo plazo— o si estamos ante un caso excepcional. En la práctica, ello significa que el problema del tratamiento juridicopenal del auxilio al suicidio debe abordarse, *de lege ferenda*, de tal manera que se elija, como punto de partida, el grueso de los casos que se dan en la realidad, que serían punibles y que integrarían el tipo básico; sólo entonces deben contemplarse aquellos otros casos que presentan características adicionales (por ejemplo: aquellos en los que quien desea morir padece una enfermedad incurable), en los que sería necesario meditar sobre la necesidad de que sean sometidos a un tratamiento especial, ya que deben ser considerados casos excepcionales, sin que quiera pronunciarme, en este lugar, sobre si entonces el auxilio debería ser impune.

2. CONCLUSIONES

Una vez expuesta la evolución histórica de la punibilidad de las intervenciones en la muerte querida por la víctima es hora de sacar unas conclusiones finales con respecto a los interrogantes con los que hemos empezado este estudio.

Sintetizando cabe decir que la configuración de las intervenciones en el suicidio prevista en el CP de 1995 no es ni mucho menos un vestigio de tiempos pasados arraigado en el Catolicismo. Antes al contrario, es el resultado de una larga evolución legislativa y dogmática que tras la promulgación de la Constitución de 1978 fue sometida a un debate crítico cuyo carácter liberal alcanzó grados que en la Alemania de aquel entonces habrían sido impensables –piénsese en el debate sobre la legalización de la eutanasia–. Debate del que salió prácticamente intacta la regulación por lo profundamente acertada que es en principio.

Naturalmente que no parece sostenible el fundamento de la punición sobre el que se había erigido la regulación decimonónica y de acuerdo con el que la punibilidad de las intervenciones en el suicidio se derivaba del presunto carácter amoral del mismo. Mas, hoy en día, dicho fundamento parece superadísimo, puesto que la mayoría de los autores defiende un fin de protección paternalista, aunque sea sin utilizar este término, afirmando que es oportuno prohibir situaciones en las que la intervención del tercero cobra un protagonismo excesivo en la toma de la decisión de morir o su ejecución, dada la peligrosidad de las mismas para un bien jurídico tan trascendente e irrecuperable como la vida por acrecentar el riesgo de que efectivamente se produzca el resultado fatal (268). Al margen de los matices que pueda haber, la premisa sobre la que descansa dicha tesis de la peligrosidad de los comportamientos es una concepción del suicidio que parte de que éste muy rara vez responde al llamado «suicidio racional» en tal sentido acto de máxima libertad (269). En la mayoría de los casos sería, por el contrario, fruto de un conflicto psíquico grave, de inmadurez, etc.; en palabras de González Rus: «Sin descartar que en algún caso el suicidio pueda ser fruto de una voluntad plenamente libre y consciente debe reconocerse que por regla general el suicida adopta su decisión en circunstancias psicológicas excepcionales, presionado por múltiples factores que puedan hacerlo especialmente vulnerable a influencias ajenas» (270). Por otra parte, y en contra de lo que erróneamente aventure algún detractor de la regulación comprendida en el artículo 143 CP, dicha concepción del suicidio en sentido jurídico, es decir a efectos del artículo 143 CP, no supone una parificación con un acto totalmente carente de libertad como puede (¡no debe!) ser el sui-

(268) DÍEZ RIPOLLÉS en el mismo/GRACIA MARTÍN, *CCP PE I*, 1997, p. 180.

(269) Cfr. por ej. OLMEDO CARDENETE/BARQUÍN SANZ en COBO (dir.), *CCP*, V, 2002, art. 143, p. 182; MUÑOZ CONDE, Prólogo en JAKOBS, *Suicidio, eutanasia y derecho penal*, 1999, p. 17.

(270) GONZÁLEZ RUS en COBO DEL ROSAL *et al.*, *PE*, 2004, p. 103.

cidio de un enfermo mental (271), en cuyo caso el interviniente incurriría en un delito de asesinato u homicidio, y no en uno de los comprendidos en el artículo 143 CP. Con lo cual en Derecho español estamos ante dos –y si tenemos en cuenta los supuestos eutanásicos tres– niveles de protección para quien quiera morir.

Dejando al margen ciertos defectos que presente, dicha regulación está, en principio, en buena consonancia con las conclusiones político-criminales que a mi modo de ver pueden y deben sacarse de un análisis empírico-médico del fenómeno del suicidio y que se cifran en dos aspectos: 1) la necesidad de protección de la práctica totalidad de los suicidas, 2) protección que, sin embargo, debería caracterizarse por una intensidad diversa en función del grado de libertad inherente al acto, lo que a su vez debe repercutir, a nivel punitivo, en el grado de responsabilidad que se impute al tercero que intervenga (272). Y aunque no parece que el legislador o los autores expertos en la materia hayan llevado a cabo un estudio a fondo del suicidio desde la perspectiva empírico-psiquiátrica, lo que desemboca a veces en un simplismo excesivo a la hora de explicar el complejísimo fenómeno de la automuerte cuyas causas exactas quedan todavía sin dilucidar, no podemos sino felicitarnos por la solución político-criminal por la que se ha optado, solución que hace gala de un realismo digno de admiración por no partir de ideales filosóficos, sino de la (triste) realidad de los supuestos relacionados con el suicidio, siendo ésta, y no algún supuesto excepcional o imaginario (en este caso el suicidio plenamente libre y racional), la que debe presidir las configuraciones legales de los tipos.

En cuanto a la cuestión de por qué la situación jurídico-penal alemana es tan diversa de la española, cabe concluir que, en contra de lo que muchos autores sugieren, ello no se debe ni mucho menos a una decisión meditada del legislador y aún menos a una decisión a favor de la libertad de suicidarse. El que, tras haber sido Prusia la pionera en castigar el homicidio a petición y el auxilio al suicidio en una norma especial, fue este mismo Estado el que eliminó, en 1851, semejantes regulaciones expresas, se debe a un giro brusco y de última hora en los debates legislativos, sin que parezca que el legislador tuviera muy claras las consecuencias de dicha eliminación para la punibilidad del auxilio al suicidio, es decir su impunidad, habiendo, por el contrario, indicios de que partiera de que dicha conducta, al igual que el homi-

(271) Véase p. ej. FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 181 ss. de la mano del ejemplo de los pacientes esquizofrénicos.

(272) Para más detalle, véase FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 198 ss.

dio a petición, fuera subsumible dentro del tipo de asesinato. Interpretación que terminó por ser rechazada por la doctrina dominante y la jurisprudencia sobre la base formal de concebir el auxilio como acto accesorio a un hecho principal impune, el suicidio, de modo que aquel acto quedaba impune, a diferencia de lo que sucedía con el homicidio a petición considerado como autoría de muerte y por tanto subsumible dentro del asesinato. El que tal dicotomía se consolidara, de forma expresa, aunque algo suavizada por el RStGB de 1871, al acogerse solamente un tipo privilegiado de homicidio a petición y no el de la participación en el suicidio existente en no pocas legislaciones particulares, se debe a que el legislador pretendía preservar intacto en la mayor medida posible el carácter (austero y rígido) de la que fuera la base del nuevo CP unificado, el CP prusiano, modificándose únicamente sus consecuencias más inaceptables tales como castigar como autor de asesinato a quien hubiese matado a petición de la víctima. En cambio, no se ahondaba en la corrección de no incluir un tipo de participación en el suicidio con la consecuencia, aunque no pacífica, de la impunidad de dicha conducta.

Por consiguiente, no cabe considerar la no punición de la participación en el suicidio como una decisión meditada y menos como un compromiso con la libertad individual, máxime si se tiene en cuenta que los argumentos aducidos en contra de la tipificación fueron razones de índole meramente formal o presuntos problemas de prueba.

Tampoco, y en contra de lo que se suele pretender hacer creer, se trata de «un principio legislativo» en tal sentido. Antes al contrario, nada más establecerse la dicotomía, la no penalización de la participación fue criticada por penalistas de la talla de Von Liszt y a lo largo de todas las reformas de la primera mitad del siglo XX se pretendió introducir cuanto menos un tipo de inducción al suicidio. En los años 20 y 30 dichos intentos no prosperaron por el propio fracaso de sendas reformas, mientras que el fracaso del hasta la fecha último intento legislativo que se produjo en el seno de la Gran reforma se debe, principalmente, a la pésima redacción de la propuesta que había sido elaborada; fracaso al que siguió un largo silencio que ha perdurado hasta hace pocos años cuando se abrió un debate sobre la oportunidad de frenar por la vía penal las actividades de ciertas organizaciones (*Dignitas/Dignitate*) o individuos (como el exconsejero de justicia de Hamburgo, Dr. Kusch) que prestan ayuda a morir. Obsesionados por soslayar toda sospecha de incriminar la cooperación individual al suicidio (273), los diversos tipos que se han venido proponiendo

(273) Véase, p. ej., la EM de la propuesta presentada por Hesse, Saarland y Turingia, BR-Drucksache 230/06 v. 27 de marzo de 2006, pp. 4 y 6.

desde 2004 –y que van desde la incriminación de la «cooperación al suicidio por codicia» (274) hasta la penalización de la «publicidad para el auxilio al suicidio» (275), pasando por la tipificación de la «promoción profesional del suicidio» (276) y del auxilio al suicidio comercial y/o organizado (277), lo que se traduce en penalizar «la creación de una asociación» y/o «el ejercicio de un comercio» destinados a facilitar el suicidio, y otras variantes de lo mismo (278)– presentan múltiples defectos: adolecen de falta de claridad en la redacción y de incapacidad (parcial) para alcanzar los fenómenos que según sus respectivas exposiciones de motivos pretenden combatir (279), suponen una quiebra de la sistemática penal al elevar a elementos constitutivos de la punibilidad lo que no suelen ser sino circunstancias agravantes en el contexto de otros preceptos del StGB (280) –piénsese en la codicia o el carácter comercial o profesional de la ayuda (281)–, y adelantan cada vez más la punibilidad al incriminarse actos tales como «ofrecer en público servicios propios o ajenos destinados a realizar o promover el suicidio», sin que –para colmo– la efectiva realización de dichos actos sea punible, con lo que cabe perfectamente la posibilidad de que quien anuncie dichos servicios prestados por un tercero sea castigado, mientras que el que los realice quede impune (!).

Ante tanto esperpento de propuestas legislativas es hora de que en Alemania se inicie, de una vez, un debate fundamental cuestionando la corrección de la dicotomía existente, máxime si se tiene en cuenta que la práctica totalidad de las razones en que se funda la punibilidad del homicidio a petición justificaría también la punición de la participación en el suicidio, por lo que tampoco sorprende que Alemania se halle bastante aislada, a nivel mundial, con su unidireccional castigo del homicidio a petición.

(274) BIOETHIK-KOMMISSION RHEINLAND-PFALZ, *Sterbehilfe und Sterbebegleitung*, 2004, pp. 133 ss.; AE-StB en SCHÖCH/VERREL, GA 2005, 582, en el mismo sentido se ha manifestado el CONSEJO NACIONAL DE ÉTICA, *Nationaler Ethikrat, Selbstbestimmung und Fürsorge am Lebensende*, 2006, p. 90.

(275) BR-Drs. 149/10.

(276) BR-Drucksache 230/06 v. 27 de junio de 2006.

(277) Cfr. BR-Drucksache 436/08 y sus antecedentes <www.jum.baden-wuerttemberg.de/servlet/PB/menu/1218798/index.html>.

(278) Para más detalle, véase FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 602 ss.

(279) Para más detalle, FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, p. 610.

(280) FELDMANN en DJT, *Verhandlungen des 66. DJT, II/2*, 2006, núm. 179.

(281) Cfr., p. ej., § 263 Abs. 1 Nr. 1 y Abs. 5 StGB.

Los delincuentes juveniles de gran intensidad ¿categoría criminológica necesaria o concepto estigmatizante?

MIGUEL ÁNGEL CANO PAÑOS

Investigador Ramón y Cajal
Universidad de Granada

RESUMEN

En el ámbito de la discusión criminológica desarrollada en algunos países en los últimos años aparece frecuentemente el concepto de «delincuentes juveniles de gran intensidad». Mediante el mismo se hace referencia fundamentalmente a aquellos sujetos menores de edad que realizan un amplio número de conductas delictivas durante un determinado lapso temporal. En el presente trabajo se pretende realizar una revisión teórica del concepto en cuestión. Al mismo tiempo se presentan los resultados de una investigación llevada a cabo en Alemania en la cual se analiza en detalle a este concreto sector delincucional, enfocándose el estudio sobre todo en la naturaleza de las conductas delictivas llevadas a cabo, los factores de riesgo asociados a estos sujetos y las reacciones al fenómeno por parte de las instancias formales.

Palabras clave: Delincuencia y violencia juvenil, menores delincuentes de gran intensidad, Derecho penal juvenil, menores reincidentes, prevención de la delincuencia.

ABSTRACT

In the field of the criminological discussion developed in some countries in recent years appears frequently the concept of «youth offenders of great intensity». This concept basically refers to those young individuals who carry out a large number of criminal offenses during a certain period of time. The aim of this work is to offer a theoretical review of the concept in question. At the same time, the results of an investigation carried out in Germany regarding this particular group of offenders are presented. This investigation focuses particularly on the nature of criminal behaviour

carried out, the risk factors associated with this kind of young offenders and the reactions to the phenomenon by the official authorities.

Keywords: Juvenile delinquency and juvenile violence, youth offenders of great intensity, Juvenile criminal law, recidivist young offenders, prevention of delinquency.

SUMARIO: 1. Introducción en la problemática.–2. Aproximación criminológica sobre el diagnóstico y definición de los delincuentes juveniles de gran intensidad.–3. Estructura y dinámica comisiva de las infracciones penales asociadas a los delincuentes juveniles de gran intensidad.–4. Los resultados de la Criminología en torno a la prognosis criminal de los delincuentes juveniles de gran intensidad.–5. Posibilidades de reacción e intervención por parte de las instancias formales.–6. Excurso: los delincuentes juveniles de gran intensidad como producto mediático.–7. Conclusiones. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN EN LA PROBLEMÁTICA

En líneas generales, la delincuencia juvenil se caracteriza por ser un fenómeno ubicuo, normal y episódico, denotando la inmensa mayoría de las infracciones cometidas por menores de edad un carácter de bagatela (Cano Paños 2006: 32). Por tanto, puede decirse que, en la mayoría de los casos, la delincuencia juvenil se muestra como una conducta puntual vinculada al desarrollo individual del sujeto que se origina en el contexto de situaciones asociadas a la edad, perdiendo su atractivo una vez alcanzada la etapa adulta. De este modo, una gran proporción de los menores y jóvenes que año tras año son registrados por las instancias policiales –sin contabilizar así los delitos encuadrables dentro de la denominada «cifra negra»– no suele cometer más de dos/tres infracciones a lo largo de su adolescencia, desapareciendo de las estadísticas policiales y no volviendo por tanto a tener contacto con la justicia (Löhr 1997: 284). Con el tiempo, los autores de estos delitos suelen cesar en su actividad delictiva, sin que en muchos casos ni siquiera tenga lugar una respuesta formal por parte de la policía o de las instancias judiciales (remisión espontánea).

En el polo opuesto, distintas investigaciones criminológicas llevadas a cabo en varios países han demostrado que junto a esta criminalidad juvenil como fenómeno omnipresente a la vez que esporádico se encuentra un pequeño sector de menores y jóvenes que se caracteriza por la frecuente comisión de una cantidad importante de delitos (algunos de gravedad) durante un periodo más o menos dilatado de tiempo. Para este grupo de menores y jóvenes se ha creado el concepto de

«delinquentes múltiples» o «de gran intensidad», lo que en la Criminología norteamericana se suele definir como «*chronics*», «*high-risk offenders*» o «*persistent offenders*» (Boers 2008: 346).

Este tipo de delincuencia no presenta ciertamente un carácter normal, ubicuo y episódico, no pudiendo tampoco encuadrarse las acciones delictivas dentro de la llamada criminalidad de bagatela. No obstante, también aquí muchas de las infracciones cometidas no son conocidas y consiguientemente registradas por las instancias policiales, sino que una gran proporción de las mismas permanece dentro de la llamada cifra negra. Al mismo tiempo, tampoco puede decirse que con respecto a todos estos individuos exista una predisposición inalterable a desarrollar una carrera criminal a lo largo de la fase adulta.

El porcentaje que más o menos abarca este concreto sector de delinquentes juveniles y la frecuencia con la que realiza actividades delictivas se pudo mostrar por vez primera a la comunidad científica a través del estudio longitudinal de cohortes llevado a cabo a finales de la década de 1960 en la ciudad norteamericana de Filadelfia. Desde una vertiente retrospectiva, en dicho estudio se analizaron y evaluaron las actividades delictivas en las que eventualmente se vio implicada una cohorte de nacimiento compuesta por un total de 9.945 menores y jóvenes de sexo masculino nacidos en Filadelfia en el año 1945, los cuales habían residido en dicha ciudad por lo menos entre los diez y los dieciocho años (Wolfgang/Figlio/Sellin 1972: 27). La base de la investigación estaba compuesta por las estadísticas escolares, los datos contenidos en el registro de penados menores de edad, las sentencias condenatorias, así como ulteriores datos referidos a la historia vital de los sujetos analizados. Pues bien, de los 9.945 menores y jóvenes objeto de estudio pudo identificarse a un pequeño grupo compuesto por un 6,3 por 100 de sujetos, el cual mostraba una media de cinco o más registros policiales, siendo responsable de más de la mitad (52 por 100) de todos los delitos consignados. Ese sector de menores y jóvenes fue definido por los autores del estudio como «*chronic offenders*» (Wolfgang/Figlio/Sellin 1972: 88 y ss.).

En sus aspectos fundamentales, los resultados alcanzados en el estudio de Filadelfia han podido ser confirmados posteriormente en distintas investigaciones realizadas en varios países. Así, fruto del análisis realizado a mediados de la década de 1990 por la Oficina de Investigación Criminal del *Land* de Baviera se pudo determinar la existencia de un «núcleo duro» compuesto por un 10 por 100 de jóvenes con edades comprendidas entre los 14 y los 25 años, al cual se le atribuían alrededor del 50 por 100 de las infracciones delictivas registradas con respecto al conjunto de individuos pertenecientes a esa

misma franja de edad (Elsner/Steffen/Stern 1998: 122). Por su parte, Moffit *et al.* constataron en su investigación longitudinal llevada a cabo en la localidad neozelandesa de Dunedin que el 8 por 100 de los jóvenes delincuentes analizados era responsable de la mitad de los delitos cometidos por el conjunto de individuos que componían la muestra (Moffit/Caspi/Rutter/Silva 2001). También en el estudio llevado a cabo en el año 2007 por Boers y Walburg se señalaba que a partir de una incidencia de cinco o más delitos de carácter violento cometidos por menores pertenecientes a la 9.ª clase del sistema educativo alemán (14-15 años) y residentes en la localidad alemana de Münster, un 88 por 100 de todos los delitos violentos informados y un 39 por 100 del conjunto de infracciones delictivas registradas se atribuían a un pequeño grupo de «delincuentes de gran intensidad», al cual pertenecían un 8,2 por 100 de menores de sexo masculino y un 2,5 por 100 de sexo femenino (Boers/Walburg 2007: 88). Partiendo por tanto de estos resultados empíricos que han podido ser plenamente contrastados, puede entonces en principio diferenciarse entre un numeroso grupo de menores y jóvenes que puntualmente y de manera episódica llevan a cabo infracciones delictivas por un lado, y un pequeño sector de sujetos de la misma franja de edad que durante un dilatado espacio temporal permanece en los registros policiales, por otro (Pollich 2010: 5; Walter 2001: 236-237). En este último caso se trata por tanto de sujetos que de una manera muy acusada están en principio expuestos al peligro de consolidar su actividad criminal más allá incluso de la etapa de la adolescencia. Además, no puede ignorarse el hecho de que particularmente ese sector de delincuentes juveniles que muestra una incesante actividad delictiva supone una pesada carga tanto para la convivencia social en general como para el sistema de justicia juvenil en particular.

En el concreto caso de Alemania, los menores y jóvenes delincuentes «de gran intensidad» han venido siendo un tema recurrente en las últimas fechas; y ello no sólo en el ámbito de la Criminología, sino también y de manera muy especial en los medios de comunicación y, consecuentemente, en un contexto político-criminal. El debate público en torno a la forma de *combatir* la delincuencia cometida por este concreto sector de menores de edad —muchos de ellos con un trasfondo migratorio— se ha avivado considerablemente en las últimas fechas como consecuencia de varios hechos aislados, a la vez que espectaculares.

Así, en primer lugar resulta necesario destacar la historia de Muhlis Ari, un joven de origen turco pero nacido en Alemania que en virtud de la Ley de protección de datos germana fue en su día bauti-

zado con el pseudónimo de «Mehmet» por parte de las instancias policiales. Ya durante su infancia, este individuo fue objeto de numerosas detenciones por parte de la policía de Munich como consecuencia de la comisión de más de 60 delitos, destacando los delitos de hurto, los robos con violencia, los robos con fractura y las lesiones. Cuando en el año 1998 cumplió los 14 años y con ello podía ser sometido al Derecho Penal de menores, la justicia de Baviera pretendió –y consiguió– su expulsión del territorio alemán y su consiguiente deportación a Turquía, país del que procedía su familia y del que Mehmet seguía teniendo la nacionalidad. Este caso dio lugar a una encendida polémica en el seno de la sociedad alemana (Huck 2009: 19; Puschke 2007: 70). Así, mientras que un sector consideraba como una falta de responsabilidad la decisión de expulsar de Alemania a un sujeto que había nacido y crecido en este país, otro sector aplaudió la decisión del Ministerio del Interior de Baviera, aduciendo que por fin el Estado se había decidido a actuar con rotundidad ante este delincuente de gran intensidad que había mostrado reiteradamente su inmunidad ante cualquier actuación, ya fuera ésta de signo preventivo-resocializador, ya fuera de carácter represivo. (1)

En segundo lugar hay que hacer referencia al caso de Nidal R., alias «Mahmoud». Este joven palestino procedente del Líbano saltó a la fama en el año 2002 cuando apenas tenía 20 años de edad.

Mahmoud, nacido en mayo del año 1982, llegó con ocho años a Berlín junto a su familia. Con anterioridad, sus padres ya habían sido expulsados de Alemania en dos ocasiones al serles denegada la condición de refugiados de guerra que habían alegado. Finalmente, la familia al completo –compuesta por ambos progenitores y un total de nueve hijos– consiguió permanecer en territorio germano en una situación de semi-ilegalidad, habitando en el barrio berlinés de Neukölln y dependiendo de la ayuda social.

El primer delito registrado por la policía berlinesa en el cual se vio implicado Mahmoud (delito de lesiones a otro menor) data de octubre de 1992, es decir, cuando contaba con apenas 10 años de edad. A partir de ahí, y hasta alcanzar la minoría de edad penal que establece el Derecho Penal juvenil alemán (14 años), fueron registrados 19 delitos, entre los que cabe destacar las lesiones, los robos con violencia o intimidación y las amenazas. Una vez cumplidos los catorce, y hasta el

(1) Hay que decir al respecto que en el año 2002, el Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo declaró que la expulsión de Muhlis Ari había sido contraria a derecho, señalando que la ciudad de Munich le debería haber concedido un permiso de residencia estable ya que sus padres vivían desde hacía más de 30 años en Alemania. De este modo, Mehmet regresó en el año 2002 a territorio alemán.

mes de mayo del año 2002, Mahmoud fue detenido por la policía en otras 61 ocasiones por la comisión de otras tantas infracciones penales, las mayoría de ellas encuadrables dentro de la delincuencia violenta (Henninger 2002: 515 ss.).

A la hora de analizar el historial delictivo de Mahmoud, el inspector-jefe de la brigada de crimen organizado de Berlín, Markus Henninger, denunció públicamente en un artículo publicado en la revista *Kriminalistik* que la inmensa mayoría de las infracciones cometidas por el joven palestino tras cumplir los 14 años se habían llevado a cabo tras haberse declarado en sede judicial la suspensión de una condena anterior u otras medidas tendentes a evitar el internamiento en régimen cerrado. En su opinión, tanto la condescendencia de los jueces a la hora de dictar una condena como la insuficiente ejecución de las sanciones impuestas contribuyeron decisivamente a convertir a un pequeño «matón de barrio» en un aprendiz aventajado dentro del ámbito de la criminalidad organizada (Henninger 2002: 522-523).

El caso de Nidal R. en Berlín dio lugar a que se abriera en Alemania un amplio y encendido debate en torno a los delincuentes de gran intensidad menores de edad, lo cual motivó que la administración competente de la capital germana se viera obligada a inspeccionar el tratamiento que se había hecho del caso tanto por parte de la policía como de la Fiscalía de menores. Pues bien, dicha inspección puso de relieve que un total de 54 funcionarios de policía y un número considerable de fiscales se habían ocupado del menor en los últimos años, lo cual indudablemente, y dejando de lado el desastroso resultado final alcanzado, había dado lugar a conflictos internos y roces evitables en cualquier caso (Schweitzer 2006: 111-112).

Para contrarrestar esta situación y con ello minimizar en lo posible la pérdida de tiempo e información, y teniendo además como objetivo prioritario una persecución lo más rápida y efectiva posible de aquellos menores y jóvenes delincuentes de carácter persistente, se creó una comisión especial que debía encargarse de la elaboración de una directriz común en sede policial y judicial para la prevención y/o investigación y enjuiciamiento de delincuentes de gran intensidad.

A partir de ahí, y tras realizar una valoración global de los distintos conceptos existentes en aquella época en Alemania a la hora de afrontar eficazmente la problemática de los delincuentes múltiples y de gran intensidad, en el año 2003 se aprobó en Berlín la «Directriz Común de la Policía y la Fiscalía para la Persecución de Delincuentes de gran Intensidad». Tras la aprobación de esta disposición legal, la Fiscalía de Berlín cuenta desde el 1 de junio de ese mismo año con una sección especializada (la llamada Sección 47) en la persecución

de los delincuentes de gran intensidad, enfocándose de forma especial en aquellos sujetos que todavía no han alcanzado la mayoría de edad.

Con el objetivo de poner fin a carreras criminales de carácter intensivo, antes de que incluso éstas hayan dado comienzo, la policía y la Fiscalía de Berlín utilizan desde el año 2003 un par de nuevos conceptos: Tan pronto como un menor o joven semi-adulto es detenido en cinco ocasiones por la presunta comisión de delitos de carácter violento, aquél es automáticamente catalogado y registrado como «delincuente en el umbral» («*Schwellentäter*»), lo cual da lugar a que ese sujeto sea objeto de un seguimiento policial exhaustivo, almacenándose en un archivo abierto especialmente para él todos aquellos datos relativos a amistades, conocidos, lugares de estancia preferidos, números de teléfono y fotos actuales. Además se recogen los datos de contacto de padres, familiares, maestros, profesores o educadores sociales. Todos ellos deben estar interconectados entre sí para que, en caso de que el menor o joven cometa una nueva conducta delictiva, puedan unir sus fuerzas de cara a influir positivamente en el sujeto infractor menor de edad. El mismo procedimiento se sigue cuando el menor o joven es detenido en diez ocasiones en el transcurso de un año, lo cual trae consigo su registro como delincuente de gran intensidad («*Intensivtäter*»). Unos y otros («*Schwellentäter*» e «*Intensivtäter*») son asignados a único funcionario de policía, el cual entre otros cometidos tiene la función de transmitir al menor o joven infractor la sensación de que la policía lo tiene permanentemente en su punto de mira.

Desde un punto de vista teórico, la manifiesta concentración de la carga delictiva en unos pocos sujetos ha conducido a que la discusión científica y político-criminal en torno a este fenómeno parta de la base de que la tasa de criminalidad puede reducirse de forma considerable si policía y Fiscalía de menores se centran primordialmente en esos delincuentes de gran intensidad (Koch-Arzberger *et al.* 2008: 45). Por consiguiente, el interés principal se circunscribe en descubrir todas aquellas problemáticas específicas asociadas a ese concreto sector delincencial, teniendo como objetivo reconocer lo más temprano posible a aquellos potenciales delincuentes de gran intensidad para de esta manera diseñar y desarrollar tanto estrategias de naturaleza preventiva como, llegado el caso, reacciones de carácter penal que permitan afrontar eficazmente cada caso en concreto. En este sentido, todas aquellas investigaciones que han tenido como objeto de estudio a los delincuentes juveniles de gran intensidad consideran que las posibilidades de reintegrar satisfactoriamente a uno de estos menores infractores disminuyen de forma considerable a medida que se van consolidando

las conductas desviadas (Koch-Arzberger *et al.* 2008: 69). Ello evidencia claramente la necesidad de disponer de un conocimiento detallado y específico sobre el grupo de delincuentes de gran intensidad, para de esta manera poder intervenir en una fase temprana y evitar así el nacimiento o consolidación de una carrera criminal.

Por otro lado, la problemática político-criminal en torno a los delincuentes juveniles de gran intensidad se fundamenta también en el hecho de que la reiterada actividad delictiva de este concreto sector pone en entredicho tanto la efectividad como incluso la legitimidad de las instancias encargadas de la persecución penal, ya que aparentemente los instrumentos utilizados por las instancias de control social formal fracasan a la hora de hacer frente a estos menores y jóvenes que despliegan una considerable actividad delincencial. Si además se tiene en cuenta el hecho de que los delitos cometidos por estos sujetos gozan de una permanente atención mediática, ello hace que ese «problema» llegue a conocimiento de la sociedad en general, la cual reacciona exigiendo una mayor firmeza, un mayor control y una más severa respuesta punitiva por parte del Estado.

Por todo lo explicado resulta necesario abordar el estudio de este grupo de menores y jóvenes desde un punto de vista tanto criminológico como de política criminal. Si se parte de la premisa de que el reiterado registro policial de los delincuentes juveniles de gran intensidad no es únicamente resultado de un mayor riesgo a ser descubiertos y consecuentemente sancionados, sino que, además, en ese registro se refleja realmente una mayor carga delictiva –cuestión esta última que debe ser abordada a través de las correspondientes investigaciones en el ámbito de la cifra negra–, entonces resulta necesario analizar científicamente las razones que podrían explicar esa mayor actividad delictiva para con ello activar los mecanismos dirigidos a lograr erradicar o por lo menos disminuir lo más pronto posible esa considerable cifra de delitos.

Pues bien, a pesar de lo explicado en los párrafos anteriores, en España todavía no se ha afrontado científicamente el análisis de esta categoría especial de delincuentes. Existen interesantes estudios de reincidencia los cuales tratan sobre todo de caracterizar el perfil psicosocial de los menores reincidentes (Capdevila Capdevila/Ferrer Puig/Luque Reina 2005; Graña Gómez/Garrido Genovés/González Cieza 2007), si bien todos ellos con una finalidad bastante instrumental que es la de desarrollar mecanismos de gestión del riesgo para poder predecir la conducta delictiva, sobre todo aquella de carácter violento cometida por menores de edad. Así, por ejemplo, la investigación desarrollada por Graña Gómez *et al.* tiene como objetivo disponer de

herramientas con las que poder evaluar los factores de riesgo específicos del joven, las necesidades personales y –en la medida de lo posible– de su ambiente susceptibles de ser atendidas durante el cumplimiento de la medida judicial con objeto de acortar tanto como sea posible su carrera delictiva (Graña Gómez/Garrido Genovés/González Cieza 2007: 10). En concreto, en el mencionado proyecto de investigación se buscó un instrumento de medición de los ocho grandes factores de riesgo de la delincuencia, más dos de carácter específico, los cuales debían evaluar la propensión a desarrollar una personalidad antisocial, para con ello poder cubrir las áreas donde la intervención con los delincuentes juveniles resulta más necesaria. Por su parte, la investigación de Capdevila Capdevila *et al.* aporta datos concretos de la reincidencia delictiva protagonizada por los jóvenes infractores que han entrado en el circuito de la justicia de menores en la Comunidad Autónoma de Catalunya después de la entrada en vigor de la LORPM y hasta el año 2004. En concreto, la población objeto de estudio está compuesta por todos los jóvenes que habían finalizado una medida judicial en el año 2002, abarcando el periodo de seguimiento hasta diciembre de 2004. El objetivo del proyecto era averiguar si se habían producido nuevos contactos con el sistema penal de menores o de adultos y por tanto la reincidencia (Capdevila Capdevila/Ferrer Puig/Luque Reina 2005: 6-7).

Como puede observarse, en ambos casos se está delante de investigaciones destinadas a proporcionar a los órganos judiciales de aquellos instrumentos de intervención con los que reducir la reincidencia de sujetos infractores menores de edad que ya han sido objeto de una o varias condenas.

Por el contrario, a día de hoy, los agentes del sistema de justicia juvenil en España, fundamentalmente la policía, pero también los fiscales y jueces de menores, no están en disposición de intervenir en una fase temprana –previa por tanto al cumplimiento de una medida sancionadora– con respecto a este concreto sector delincencial mediante la utilización de un programa de actuación específico basado en las variables o factores de riesgo que caracterizan a los delincuentes juveniles de gran intensidad. Ciertamente, el único *actor* que en el caso de España se ha centrado en estos sujetos ha sido el legislador, al crear para ellos en el articulado de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores un sistema especial de respuesta punitiva en el que se limita considerablemente la flexibilidad y la individualización en dicha respuesta, endureciendo el carácter de la misma.

Frente a la actual situación en el sistema de justicia juvenil español, en la ciudad de Berlín –así como en otras ciudades a lo largo y ancho de Alemania– tanto la policía como la Fiscalía cuentan con un programa específico de actuación dirigido a los menores y jóvenes delincuentes de gran intensidad que han sido objeto de investigación. En el concreto caso de la capital germana, la creación y consolidación de dicho programa ha sido en parte posible gracias a un estudio de carácter empírico llevado a cabo en los años 2005 y 2006.

A comienzos de junio de 2005 se encontraban catalogadas un total de 331 personas como «delincuentes de gran intensidad» dentro de la Sección 47 de la Fiscalía de Berlín. Pues bien, por encargo de la Comisión contra la Violencia de *Land* de Berlín, los criminólogos y expertos en delincuencia juvenil Claudius Ohder y Lorenz Huck analizaron en el año 2006 los expedientes de 264 sujetos que habían sido catalogados por la Fiscalía como «delincuentes de gran intensidad» (2) dejando únicamente fuera a aquellos cuyos expedientes estaban siendo utilizados en un procedimiento abierto. Dichos expedientes describen de forma detallada la historia vital, la situación social y la trayectoria delictiva del sujeto en cuestión (Ohder/Huck 2006). Además, entre julio de 2006 y marzo de 2007 se realizaron un total de 27 entrevistas con menores y jóvenes clasificados también como «delincuentes de gran intensidad», y que en el momento de la entrevista cumplían una medida de internamiento o bien se encontraban en prisión preventiva. Con respecto a 24 sujetos de ese grupo pudieron además analizarse los llamados expedientes escolares (Ohder 2007). El objetivo perseguido por ambos autores era describir las condiciones de vida y el desarrollo de aquellos delincuentes de gran intensidad registrados oficialmente, así como las reacciones adoptadas en sede institucional para hacer frente a su actividad delictiva. Con esta investigación esperaban contribuir a mejorar todo el repertorio de reacción e intervención, abriendo además el camino hacia aquellas posibilidades de signo eminentemente preventivo.

Los resultados de carácter cuantitativo que se van a presentar a lo largo del siguiente trabajo se corresponden en general con la evaluación realizada por Ohder y Huck de los expedientes consignados en la Fiscalía de Berlín. El resto de valoraciones e interpretaciones de naturaleza cualitativa que se realizan han sido contrastados a través de las entrevistas realizadas por Ohder en su trabajo del año 2007.

A partir de lo expuesto en este epígrafe introductorio, en lo que sigue se va a realizar una aproximación a la problemática de los delin-

(2) Del total de 264 sujetos registrados en dicha categoría, un 80 por 100 tenía menos de 20 años.

cuentas juveniles de gran intensidad, tomando para ello como base los resultados de distintas investigaciones criminológicas realizadas todas ellas en el extranjero, y de un modo especial la llevada a cabo en la ciudad de Berlín en los años 2006-2007. En concreto, las cuestiones que se van a analizar con detenimiento son fundamentalmente las siguientes: (1) Diagnóstico/definición: ¿Existe realmente la categoría de los delincuentes juveniles de gran intensidad? Y en caso afirmativo, ¿a partir de qué variables puede ser definida dicha categoría? Por otra parte, ¿qué características presentan las infracciones delictivas cometidas por este concreto sector delincencial?; (2) Pronóstico: Si realmente existen delincuentes juveniles de gran intensidad, ¿de qué modo y manera pueden llegar a identificarse y ello en un estadio lo más temprano posible?; (3) Reacción/intervención: Si existen los delincuentes juveniles de gran intensidad y los mismos pueden ser identificados, ¿qué medidas pueden/deben adoptarse para impedir dicho «problema» o por lo menos reducirlo?

Por consiguiente, en primer lugar, y teniendo para ello en cuenta los resultados suministrados por las distintas investigaciones criminológicas, la elaboración de un concepto científico referido a los «delincuentes juveniles de gran intensidad» no sólo parece necesario desde un punto de vista teórico, sino también justificado desde una vertiente empírica.

2. APROXIMACIÓN CRIMINOLÓGICA SOBRE EL DIAGNÓSTICO Y DEFINICIÓN DE LOS DELINCENTES JUVENILES DE GRAN INTENSIDAD

Antes de abordar el estudio del concepto de «delincuentes juveniles de gran intensidad» resulta necesario deslindar dicha noción de una serie de acepciones en principio afines, pero que sin embargo presentan una serie de diferencias de tipo cuantitativo, cualitativo o temporal.

Derecho Penal y Criminología han elaborado una gran cantidad de conceptos para definir a aquellos sujetos que de forma continuada llevan a cabo actividades delictivas. Así, algunos ordenamientos jurídicos –como es el caso del Código Penal español (art. 94)– vienen recogiendo ya desde hace tiempo el concepto de «delincuente o reo habitual» («*habitual offender*»), dirigido a definir a aquellos sujetos que de forma rutinaria se sirven de la delincuencia como una especie de forma de vida. En Alemania, el Derecho relativo a las medidas de seguridad recogido en el Código Penal (*Strafgesetzbuch*, StGB)

conoce hasta el día de hoy la categoría del «delincuente tendencial peligroso» («*Hangtäter*»), el cual se caracteriza por tener una arraigada e intensiva inclinación a la comisión de delitos, motivada, bien por la existencia de una predisposición de carácter endógeno, bien por la adquisición de esa predisposición a través de una progresiva habituación (Cano Paños 2007: 213). En Alemania, esta concreta tipología de autor puede ser sometida a la medida conocida como custodia de seguridad.

Junto a los conceptos desarrollados en sede legal se encuentran también otras acepciones adoptadas tanto por la ciencia como por la práctica policial y judicial, muchas de las cuales no han sido sin embargo hasta el momento recogidas por los distintos textos legales. Entre ellas se encuentra el concepto de «delincuentes crónicos» («*chronic offenders*») (Wolfgang/Figlio/Sellin 1972: 88), los cuales son definidos a partir de criterios meramente cuantitativos, a saber, según el número de delitos cometidos en un determinado lapso temporal. También hay que hacer referencia al concepto de «delincuente en serie» («*Serientäter*», según la Criminología alemana), el cual, si bien únicamente necesita ser registrado una sola vez por parte de las instancias policiales, se le suelen atribuir un número considerable de conductas delictivas (por ejemplo, delitos contra la propiedad y el patrimonio). Por regla general, los delincuentes en serie son aquellos sujetos infractores que, con una evidente conexión temporal, cometen de forma repetida el mismo delito o infracciones de similar naturaleza (Walter 2001: 225). Por su parte, con respecto a los llamados «delincuentes multirreincidentes», el aspecto más característico de esta tipología de autor es la repetida comisión de actividades delictivas en un lapso temporal relativamente corto, lo cual sucede a pesar de haberse llevado a cabo una intervención de carácter formal y contar así con numerosos antecedentes penales. En el ámbito de la más reciente discusión criminológica llevada a cabo en Alemania aparece de forma reiterada la noción de «delincuente múltiple» («*Mehrfachtäter*»), cuya existencia se considera que no sólo viene marcada por la propia conducta delictiva del sujeto infractor, sino también por la percepción que del mismo tienen los agentes de control social formal e informal (Walter 2001: 226). En todo caso, el concepto de «delincuente múltiple» implica una actividad delictiva caracterizada por la reiterada comisión de diversas infracciones, las cuales presentan un carácter heterogéneo, si bien la violencia suele aparecer de forma más bien residual (Pollich 2010: 9).

Como puede observarse, la variedad de conceptos, así como las distintas definiciones a ellos asociadas reflejan al mismo tiempo la

diversidad de perspectivas por parte de los distintos profesionales que se ocupan de aquellos sujetos que se caracterizan por realizar un considerable número de conductas delictivas.

Pues bien, nociones tales como el delincuente crónico, en serie o multirreincidente no pueden desde luego ser utilizadas para hacer referencia al concreto sector delincucional objeto de análisis en el siguiente trabajo. Más acorde resulta en cambio el concepto de «delincuente de gran intensidad». Según una primera aproximación conceptual: «Se consideran delincuentes de gran intensidad a aquellos sujetos que cometen infracciones delictivas de manera reiterada durante un lapso temporal más o menos prolongado, y que por razón de la clase, gravedad y frecuencia de las mismas dejan entrever una alta peligrosidad social» (Kaiser *et al.* 1993: 178). Por tanto, la noción de «delincuente de gran intensidad» implica por regla general la repetida comisión de delitos de carácter violento y/o de aquellas infracciones que suponen un importante menoscabo de la paz pública (Bliesener 2010: 359). A partir de estas consideraciones, el denominado «delincuente de gran intensidad» habría que calificarlo como una subespecie del «delincuente múltiple» (Boers 2008: 347, Pollich 2010: 9-10).

Desde una perspectiva diametralmente opuesta al atractivo del que en la actualidad goza el concepto en cuestión tanto mediática como político-criminalmente, hay que afirmar que hasta la fecha no existe en Alemania una definición consensuada y, por tanto, unánimemente aceptada de lo que hay que entender en general por «delincuentes de gran intensidad» («*Intensivtäter*»). Y es que la discusión en el país germano en torno a esta concreta tipología delictiva no fue desencadenada por la ciencia, sino más bien por la práctica, y más concretamente a partir de una investigación en sede policial llevada a cabo en la década de 1980. Efectivamente, un primer intento de delimitación de esta categoría de delincuentes se llevó a cabo en los años 1980 por parte de la Oficina de Investigación Criminal del *Land* del Renania del Norte-Westfalia. Para este órgano policial, los delincuentes juveniles de gran intensidad («*jugendliche Intensivtäter*») constituían un grupo que se caracterizaba por la confluencia de las dos variables siguientes: (1) la existencia de dos procedimientos penales independientes dirigidos contra ellos durante un año natural; (2) la imputación de al menos cinco infracciones delictivas en el plazo de un año (Dölling 1989: 314). A partir de ese estudio, la definición de delincuentes de gran intensidad ha ido variando en cuanto a su contenido, ya sea en relación al número de conductas delictivas imputadas, ya sea con respecto a la naturaleza de las mismas (destacándose aquellos delitos de carácter violento). De este modo, el concepto de «delincuente de gran intensidad» se encon-

traría en principio muy próximo al de «criminal de carrera» («*career criminals*»), es decir, aquella categoría de autor que se diferencia claramente tanto de los individuos no delincuentes como de aquellos otros que muestran una escasa tasa de prevalencia, y ello debido sobre todo a distintas combinaciones respecto a la habitualidad y/o gravedad de las conductas delictivas, así como a la duración de la actividad criminal (Naplava 2010: 294).

Como se verá a continuación, en Alemania no existe hasta la fecha una definición y clasificación unitaria y consensuada de los delincuentes juveniles de gran intensidad, y ello a pesar de que nadie discute su existencia. Ello es debido principalmente a que tanto el conjunto de variables utilizadas como su frecuencia difieren según la clase de datos recogidos (oficiales o de cifra negra), la naturaleza de las infracciones a tener en cuenta, el periodo temporal de actividad delictiva a considerar o la muestra de sujetos a investigar (por ejemplo, si se trata de individuos de sexo masculino o femenino, autóctonos o de origen extranjero).

La primera definición a la que se va a hacer referencia procede de un documento editado por la Oficina de Investigación Criminal de Hamburgo, de 30 de septiembre de 1992, titulado «Instrucción Profesional sobre la Lucha contra la Criminalidad Orientada a los Sujetos Autores de Infracciones (Delincuentes de gran Intensidad)». En dicha Instrucción, la cual no distingue entre franjas de edad a la hora de definir esta concreta categoría delictiva, se dispone al respecto lo siguiente:

«Se considera un delincuente de gran intensidad a aquel sujeto que es sospechoso de haberse visto implicado en los últimos doce meses y de forma reiterada en los siguientes hechos antijurídicos: robo, hurto cualificado, receptación de carácter profesional, y con respecto al cual existen indicios suficientes de que seguirá cometiendo delitos de las mismas características» (*Fachanweisung über die täterorientierte Verbrechensbekämpfung (Intensivtäter)*, citado en Matt/Rother 2001: 472).

Posteriormente, en el año 2000, un grupo de trabajo entre el *Bund* y los distintos *Länder* creado un año antes bajo el nombre de «Delincuentes menores de edad de gran intensidad» presentó una definición elaborada de manera conjunta y que reza de la siguiente manera:

«Los “delincuentes menores de edad de gran intensidad” o los “jóvenes sospechosos de la comisión de múltiples delitos, que actúan de manera reiterada”, son aquellos sujetos menores de 21 años que en un periodo temporal de doce meses aparecen como sospechosos al menos en cinco ocasiones o bien en dos ocasiones cuando se trata de

un delito de carácter violento. En el caso de los delincuentes menores de edad de gran intensidad, tanto la cantidad como la calidad de las conductas desviadas cometidas dejan entrever un considerable pronóstico negativo en relación a la reincidencia, poniendo de relieve la necesidad de una urgente intervención por parte de las instancias competentes» (*Bund-Länder-Projektgruppe «Minderjährige Intensivtäter»*, citado en Bliesener 2010: 360).

Dos años más tarde, concretamente en agosto de 2002, los Ministros de Justicia e Interior del *Land* de Hessen aprobaron unas «Directrices comunes para la persecución de delincuentes múltiples y de gran intensidad, particularmente en el ámbito de la delincuencia común y/o en la delincuencia callejera». En su parágrafo § 2, apartados 2 a 4, se contiene la siguiente definición, la cual, al igual que sucede en el caso de Hamburgo, no delimita esta categoría delictiva en torno a una concreta franja de edad:

«(2) En el sentido establecido por las Directrices se consideran delincuentes múltiples o de gran intensidad a aquellas personas que: 1. En general han actuado de forma repetida y heterogénea en la delincuencia contra la propiedad y el patrimonio, en los delitos de lesiones o de robo (antecedentes delictivos), y, 2. Con respecto a los cuales, teniendo en cuenta tanto su actividad criminal anterior como la manifiesta inoperancia de las medidas penales y resocializadoras hasta ahora adoptadas, hay que contar con que de nuevo cometerán ulteriores delitos (prognosis negativa).

(3) A la hora de valorar cada caso en particular deben tenerse especialmente en cuenta los siguientes indicadores: 1. Personas que han sido registradas por la comisión de más de diez delitos en el transcurso de los dos últimos años; 2. Empleo de una destacada energía criminal por ejemplo en lo relativo a la utilización de la violencia, la falta de consideración, la forma de seleccionar a las víctimas y la cuantía de los daños; 3. Sucesión rápida de las conductas delictivas; 4. Comisión de las infracciones durante o tras la concesión de la libertad condicional, suspensión de la ejecución de prisión provisional, vacaciones, permisos de salida o durante el régimen abierto; 5. Ausencia de capacidad para entrar en razón y falta de disposición para resocializarse.

(4) También entran en consideración aquellas personas de las cuales, a causa de su desarrollo actual y de su probada y considerable energía criminal –y ello independientemente de que se cumplan los indicadores señalados *supra*– hay que esperar que en un futuro inmediato cometerán ulteriores delitos» (*Gemeinsame Richtlinien zur Strafverfolgung von Mehrfach-/Intensivtätern und Mehrfach-/Intensivtäterinnen insbesondere im Bereich der Massen-/Straßenkriminalität*, citado en Prittwitz 2003: 159-160).

Finalmente, hay que hacer referencia a la definición adoptada en Berlín en sede policial y judicial, la cual, como se verá posteriormente, constituye la base de la investigación cuyos resultados se reproducen en los epígrafes siguientes. Así, la «Directriz Común de la Policía y la Fiscalía para la Persecución de Delincuentes de gran Intensidad», aprobada en el año 2003, considera en general –con independencia así de la edad– como «delincuentes de gran intensidad» a aquellos sujetos «que resultan sospechosos de:

- (1) haber cometido conductas delictivas que atentan gravemente contra la paz social, como por ejemplo robos, delitos de especial crudeza («*Rohheitsdelikte*»)(3) o delitos contra la propiedad de carácter grave, o bien
- (2) han cometido al menos diez delitos de importancia en el transcurso de un año y
- (3) con respecto a los cuales existe el peligro de consolidación de una carrera criminal».

Como grupo destinatario de un tratamiento en cierto modo diferenciado, la mencionada directriz hace referencia a aquellos sujetos que han venido llamando la atención debido sobre todo a su particular e intensa energía criminal en relación a (1) la utilización de la violencia; (2) la falta de consideración; (3) la forma de seleccionar a las víctimas; (4) la cuantía de los daños; (5) la sucesión temporal de los delitos; (6) la ausencia de capacidad para entrar en razón y/o la falta de disposición para resocializarse; (7) la actividad delictiva durante los permisos de salida o en el régimen abierto, vacaciones, suspensión de la ejecución de la prisión provisional o concesión de la libertad condicional. Además, al igual que en el caso de Hessen, se tiene también en cuenta a aquellos sujetos con respecto a los cuales, a causa de su desarrollo actual, se puede esperar que en un futuro inmediato cometerán ulteriores delitos (*Gemeinsame Richtlinie von Polizei und Staatsanwaltschaft zur Strafverfolgung von Intensivtätern*, citado en Schweitzer 2006: 112).

En su conjunto, todas las directrices que se han aprobado en los últimos años en Alemania para hacer frente a este núcleo duro de la delincuencia juvenil tienen como objetivo primordial someter a los delincuentes de gran intensidad a una persecución de carácter especial y efectiva, fomentando la interrupción de una carrera criminal mediante una tramitación rápida de cada caso, y todo ello en aras a conseguir un efecto intimidatorio en el sujeto que a medio o a largo plazo conduzca a mejorar tanto la seguridad objetiva como la sensa-

(3) Especialmente robos con violencia y delitos graves de lesiones.

ción subjetiva de seguridad en el seno de la población. La premisa fundamental para conseguir todos estos objetivos viene marcada por un intenso trabajo conjunto entre la policía y la fiscalía, anudando tanto los recursos personales existentes como toda la información disponible en torno al menor infractor, la cual ha sido facilitada por aquellas instancias formales e informales que tienen contacto con él de forma habitual.

Como puede fácilmente deducirse, las dificultades que sin duda llevan aparejadas todo este conjunto de definiciones de los «delincuentes (juveniles) de gran intensidad» tanto para la investigación criminológica, la reacción jurídico-penal, así como en relación a la asunción de una determinada política criminal con respecto al mencionado fenómeno, saltan a la vista. En este sentido, un aspecto de vital importancia a la hora de abordar un concepto unitario de los delincuentes juveniles de gran intensidad es la diferenciación entre dos conjuntos de problemas bien distintos, los cuales se derivan de los elementos *cuantitativos* y *cualitativos* aparejados a las propuestas de definición vistas anteriormente.

En primer lugar no ofrece ninguna dificultad el abordaje del elemento cuantitativo. Efectivamente, si el límite para definir a un delincuente de gran intensidad se encuentra por ejemplo en diez registros policiales en un periodo de dos años o bien en cinco registros en el transcurso de un año, o incluso si se opta por renunciar a una definición de carácter rígido desde el punto de vista cuantitativo (Hamburgo), en cualquier caso existe unanimidad a la hora de aceptar la existencia del problema: En todos los supuestos y de manera reiterada se trata de un pequeño grupo de personas que cometen una cantidad considerable de conductas delictivas. Es evidente que una definición consensuada y unánimemente aceptada sería deseable para la investigación empírica del fenómeno; no obstante, su ausencia no impide desde luego afrontar dicha investigación.

Más importantes son si cabe los elementos cualitativos de una eventual definición de esta concreta tipología de autor ¿A través de qué criterios y en relación a qué indicadores puede establecerse a priori la voluntad de un sujeto a seguir cometiendo delitos en el futuro? Es evidente que establecer sin más una prognosis negativa con respecto a un determinado sujeto a partir del número de infracciones delictivas cometidas y la eventual inoperancia de la respuesta penal adoptada en cada caso por las instancias judiciales trae consigo altas dosis de inexactitud basadas en una mera sospecha, a la vez que fomentan procesos de estigmatización de un sujeto al atribuirsele de manera un tanto arbitraria la etiqueta de «delincuente de gran intensi-

dad», como así parece suceder en las cuatro definiciones que han sido anteriormente expuestas.

A partir de lo señalado en el párrafo anterior, hay que decir que la elaboración de un concepto de «delincuentes juveniles de gran intensidad» no ha escapado a críticas provenientes tanto de la Criminología como de las Ciencias sociales y de la conducta. Así, para un sector doctrinal, esta forma de proceder, y muy especialmente la inclusión de un sujeto dentro de ese concreto perfil de autor, son aspectos que pueden favorecer procesos de etiquetamiento y estigmatización (Huck 2009: 18). Otros autores señalan por su parte que cuando sobre la base de las definiciones reproducidas en los párrafos anteriores –y partiendo además de una mera sospecha de criminalidad– se elabora una lista permanentemente actualizada de delincuentes de gran intensidad y esa lista se proporciona a las instancias policiales, los órganos de protección a la juventud, las oficinas de extranjeros y los centros de internamiento de menores, es evidente que principios tales como la presunción de inocencia o la protección de datos se ven en buena medida menoscabados (Ostendorf 2007: 300).

Además, no son pocos los autores que consideran que la atribución a un sujeto de la categoría de «delincuente de gran intensidad» muestra un marcado paralelismo con la teoría de la pena desarrollada en su día por Franz von Liszt. Así, y partiendo de aquella clasificación de sujetos que han sido condenados penalmente, la cual se fundamenta en la finalidad que deben tener las penas susceptibles de aplicarse (corrigiendo al corregible: resocialización; intimidando al intimidable; haciendo inofensivos a quienes no son corregibles ni intimidables), la teoría elaborada por el maestro alemán no tenía desde luego una naturaleza de carácter empírico, sino que constituía más bien un enfoque de política criminal. Pues bien, a partir de ahí un sector doctrinal considera que la frecuente consideración de un «delincuente de gran intensidad» como un individuo multirreincidente inmune a cualquier terapia reeducadora recuerda en cierto modo a la atribución de la etiqueta de «incorregible», sugiriendo que la personalidad del autor no resulta accesible a una intervención, por lo que una eventual inocuización sería la medida más adecuada (Puschke 2007: 65).

En definitiva, la crítica proveniente de la Criminología, la Psicología y las Ciencias Sociales se basa fundamentalmente en esa palpable reducción *unidimensional* tanto a eventuales déficits en la persona del delincuente como a la intensa actividad delictiva desarrollada por éste a la hora de elaborar un concepto de delincuentes juveniles de gran intensidad, de manera que no son tenidos en cuenta todos aquellos posibles factores familiares, ambientales, sociales o estructurales que

sin duda pueden afectar a la conducta de un sujeto (Puschke 2007: 64-65). Se considera así que el enfocarse únicamente en la persona registrada por las instancias policiales («delincuente de gran intensidad») tiene por un lado consecuencias estigmatizantes para el sujeto en cuestión, impidiendo por otro lado la necesaria discusión en torno a aquellos factores sociales que sin duda pueden tener también un carácter relevante para aquellas personas autoras de un gran número de delitos.

La tradicional orientación del Derecho Penal juvenil a la persona del menor infractor se ve por tanto sustituida por mecanismos de decisión dirigidos básicamente a tener en cuenta aspectos de carácter preventivo, utilizando para ello los mecanismos más eficaces posibles. El criterio *despersonalizador* referido únicamente al número de casos registrados en un determinado periodo de tiempo se ve completado por una prognosis de peligrosidad, la cual básicamente se fundamenta en la valoración subjetiva de los órganos de persecución penal. Por todo ello, y si bien el concepto de «delincentes juveniles de gran intensidad» constituye una propuesta novedosa e interesante dirigida fundamentalmente a dotar a las instancias encargadas de la persecución penal de los instrumentos necesarios que permitan identificar en una fase lo más temprana posible a este grupo de sujetos menores de edad, para con ello arbitrar las correspondientes medidas de naturaleza eminentemente preventiva que logren impedir el nacimiento y/o consolidación de una actividad delictiva intensa, sin embargo no hay que dejar de lado los posibles efectos negativos de dicho concepto desde el momento en que la atribución de dicha etiqueta a un menor de edad (en algún caso incluso con anterioridad a cumplir los 14 años) se basa única y exclusivamente en un aspecto objetivo (el número de delitos cometidos durante un determinado lapso temporal) y otro subjetivo (la presunción de una futura actividad delictiva).

3. ESTRUCTURA Y DINÁMICA COMISIVA DE LAS INFRACCIONES PENALES ASOCIADAS A LOS DELINCENTES JUVENILES DE GRAN INTENSIDAD

Haciendo referencia en primer lugar a la naturaleza de las conductas delictivas cometidas por los delincentes juveniles de gran intensidad, los datos disponibles en Alemania en el año 1989 indicaban que la estructura delictiva característica de esta concreta tipología de autor se correspondía básicamente con la del resto de individuos pertenecientes a la misma franja de edad. Así, los delincentes de gran inten-

sidad con una edad inferior a los 14 años cometían sobre todo delitos de hurto simple. En el caso de los menores y jóvenes con edades comprendidas entre los 14 y 17 años predominaban los hurtos agravados, mientras que con respecto a los jóvenes semi-adultos de entre 18 y 20 años la estructura delictiva se volvía más heterogénea, si bien predominaban los delitos contra el patrimonio. La delincuencia violenta tenía un significado reducido en todas las franjas de edad. Asimismo, esta categoría especial de delincuentes menores de edad no evolucionaba con el tiempo hacia una progresiva especialización en relación a la comisión de una determinada tipología de delitos, observándose más bien una frecuente heterogeneidad (Dölling 1989: 315). No obstante, hay que decir que la estructura delictiva de la delincuencia juvenil en general ha evolucionado en los últimos años. En este sentido, las estadísticas policiales publicadas anualmente en Alemania confirman un mayor protagonismo de determinadas conductas violentas en todas las franjas de edad, lo cual, lógicamente, ha repercutido también en el contexto de los delincuentes juveniles de gran intensidad.

Todos los expertos tanto de la policía como de la Fiscalía afirman de manera unánime que los delincuentes de gran intensidad presentan una heterogeneidad delictiva con independencia de la franja de edad, de modo que en la mayoría de los casos no se vislumbra una especialización (Koch-Arzberger *et al.* 2008: 156). No obstante, también hacen referencia a una serie de diferencias motivadas fundamentalmente por la edad. Así, los delincuentes juveniles de gran intensidad llaman la atención sobre todo por la comisión de infracciones de escasa gravedad encuadrables dentro de la delincuencia patrimonial, apareciendo en algunos casos la violencia como *modus operandi* (delitos de lesiones y de robo con violencia). Por su parte, los delincuentes de gran intensidad con edades comprendidas entre los 18 y los 20 años suelen actuar de forma preferente en el ámbito de la delincuencia asociada a las drogas. Finalmente, los delincuentes adultos de gran intensidad acuden a aquel sector de la delincuencia que les permite sobre todo mantener su sustento vital. En este sentido, los expertos en la materia consideran que los delincuentes intensivos adultos suelen especializarse en la delincuencia patrimonial, destacando conductas tales como el hurto en todas sus modalidades, la apropiación indebida y la receptación (Koch-Arzberger *et al.* 2008: 156).

A la hora de analizar la estructura delictiva de las 25 personas menores de edad investigadas incluidas en la categoría de «delincuentes de gran intensidad», la investigación llevada a cabo por Matt y Rother en Hamburgo pudo constatar que los 3.199 delitos contabilizados se repartían de la siguiente manera: 1.232 hurtos (38,5 por 100);

509 allanamientos de morada (16 por 100); 274 defraudaciones de servicios (sobre todo viajar sin billete en el transporte público, 8,5 por 100); 266 robos/extorsiones/hurtos agravados (8 por 100), 244 infracciones contra la Ley de Estupefacientes (7,5 por 100); 157 lesiones (5 por 100), 100 infracciones contra la seguridad vial (en concreto, conducción sin carnet, 3 por 100); 80 delitos de daños (2,5 por 100). De estos datos se desprende por tanto que las tipologías delictivas que más abundan son las encuadrables dentro de la delincuencia de escasa o mediana gravedad. Con todo, el porcentaje de delitos violentos, el cual en el mencionado estudio se sitúa en torno al 14 por 100, debe también ser destacado (Matt/Rother 2001: 475).

Por su parte, a partir de la investigación llevada a cabo por Ohder y Huck en Berlín puede observarse cómo la gama de delitos cometidos por los delincuentes juveniles de gran intensidad resulta heterogénea, abarcando desde conductas tales como viajar sin billete, hurtos y robos en droguerías y delitos contra la libertad sexual (Ohder/Huck 2006: 28). Si todo este espectro delictivo se concentra en categorías criminológicas se deduce lo siguiente: (1) La violencia contra las personas juega un papel preponderante. Dentro de esta concreta categoría predominan los delitos de robo y de lesiones, si bien aparecen también con mayor o menor frecuencia aquellas infracciones en las que la violencia presenta un carácter mediato o psíquico (coacciones, amenazas, injurias). Aquellos delitos que implican la muerte de una persona aparecen en la mayoría de los casos como cualificaciones de un inicial delito de lesiones graves, siendo su número realmente escaso. Lo mismo cabe decir con respecto a la delincuencia sexual. En un sentido estricto, los delitos violentos suponen un porcentaje de casi el 38 por 100 con respecto a la totalidad de conductas delictivas registradas en el estudio de Ohder y Huck; (2) En lo que hace referencia a la violencia contra objetos, la misma presenta un porcentaje ligeramente superior al 8 por 100; (3) Por su parte, los delitos contra la propiedad alcanzan un porcentaje del 26 por 100, destacando sobre todo aquellos de carácter grave; (4) Finalmente, los delitos patrimoniales se presentan primordialmente en forma de defraudación de servicios (viajar sin billete en el transporte público) (Ohder/Huck 2006: 28).

A partir de los datos empíricos ofrecidos en los párrafos anteriores puede decirse entonces que aquellos sujetos que son considerados como «delincuentes de gran intensidad» suelen cometer con mayor o menor frecuencia delitos que cabe calificar como graves. Con todo, casi sin excepción predominan también conductas de escasa o mediana gravedad como por ejemplo el hurto en tiendas, la defraudación de servicios o la posesión de cánnabis.

Diferencias entre las distintas franjas de edad se vislumbran también con respecto a la motivación delictiva. Así, mientras que a la hora de cometer delitos en el caso de los menores se sitúa en un primer plano la necesidad de desplazar frustraciones personales y situaciones de aburrimiento, pretendiéndose al mismo tiempo alcanzar una mayor cuota de autoestima, así como un determinado estatus y reconocimiento en el seno del grupo de iguales, con respecto a los delincuentes adultos de gran intensidad se encuentra consolidado aquel criterio según el cual la delincuencia resulta necesaria para poder subsistir, de modo que la dinámica delictiva se considera básicamente como una fuente de ingresos (Koch-Arzberger *et al.* 2008: 156). En este sentido, los datos proporcionados por las entrevistas realizadas en la investigación de Berlín con delincuentes juveniles de gran intensidad que se encuentran cumpliendo condena permiten extraer al respecto la siguiente explicación: Mientras que en la primera adolescencia la adquisición de un determinado estatus tanto para el propio sujeto infractor como con respecto al grupo de iguales puede lograrse sobre todo a través de la delincuencia violenta, con el paso del tiempo, y una vez el sujeto traspasa la fase de la adolescencia, aumenta el deseo de disponer ante todo de la cantidad de dinero necesaria para mantener un determinado estilo de vida (Ohder/Huck 2006: 31).

En segundo lugar, un hecho a destacar en la investigación llevada a cabo en Berlín es que casi un 70 por 100 de los sujetos que componen la muestra de estudio tiene un trasfondo migratorio. Pues bien, ese concreto grupo, en relación a su estructura delictiva, presenta diferencias notables con respecto a los delincuentes de gran intensidad que carecen de la mencionada cualidad. Y es que los delincuentes intensivos de origen extranjero muestran una tasa mayor de conductas violentas de carácter grave, mientras que en el caso del grupo de sujetos de nacionalidad alemana predominan infracciones tales como los delitos contra el orden público, resistencia a la autoridad, daños, delitos de hurto de escasa cuantía o infracciones contra la Ley de Estupefacientes. En opinión de Ohder y Huck, esta diferencia en cuanto a la estructura delictiva sugiere la existencia de interacciones de carácter desigual en lo referente a los antecedentes vitales de los individuos, sus estilos de vida y las correspondientes conductas delictivas (Ohder/Huck 2006: 26-27).

Por otra parte, el desglose por franjas de edad de los sujetos investigados permite observar cómo el número de procedimientos iniciados contra sujetos que presentan un trasfondo migratorio aumenta conforme lo hace la edad de los mismos. Con todo, la investigación realizada en Berlín no permite en principio dilucidar si ese aumento es

debido a que aquellos sujetos sin un trasfondo migratorio suelen paulatinamente disminuir en sus conductas delictivas, de modo que, a *sensu contrario*, aquellas personas de origen extranjero estarían más expuestas a consolidar una carrera criminal.

Lo señalado en los dos párrafos anteriores es algo que se observa particularmente con respecto a aquellos menores y jóvenes procedentes de países del sureste de Europa y de Oriente Medio. ¿Por qué esto es así? Para Schweitzer, la violencia significa en estos casos sobre todo poder y autoridad. Así, el entorno en el cual estos sujetos han crecido suele estar dominado por situaciones violentas. En algunos casos es posible que también juegue un papel fundamental la violencia que desde hace años impregna la vida cotidiana en sus países de origen como consecuencia de endémicos conflictos armados, sobre todo en el caso de aquellos menores que, siendo todavía niños, llegaron a Alemania en la década de 1990 huyendo de conflictos como los de la ex Yugoslavia, Líbano o Palestina (Schweitzer 2006: 118). Para el mencionado autor, un aspecto decisivo lo constituye sin duda la violencia física ejercida por el padre –considerado como el cabeza de familia– a la hora de educar a sus hijos. Estas situaciones dan lugar a que el menor interiorice una serie de pautas conductuales, las cuales conducen a que en el ámbito familiar se comporte de forma absolutamente correcta. Sin embargo, desde el mismo momento en que aquél abandona ese microcosmos familiar, la sociedad alemana no le infunde respeto alguno. Ello motiva que las experiencias frustrantes que este menor vive de forma cotidiana dificulten enormemente su integración, lo cual hace que la forma de reacción a esta privación real o percibida presente un carácter violento (Schweitzer 2006: 118).

En tercer lugar, una diferencia que hay que destacar entre los menores y los adultos delincuentes de gran intensidad hace referencia a la dinámica comisiva en una y otra franja de edad. Así, mientras que los primeros suelen con frecuencia llevar a cabo sus acciones delictivas en el contexto grupal, los delincuentes adultos de gran intensidad denotan una tendencia a actuar en solitario. En el caso de los menores de edad, el grupo con el que se interactúa no presenta en general una estructura homogénea y consolidada, sino que se trata más bien de agrupaciones ocasionales cuyas actividades van desde luego más allá de la estricta comisión de delitos.

La existencia en Alemania de grupos de menores y jóvenes con conductas desviadas o delictivas no constituye desde luego un fenómeno nuevo. Dentro de los rasgos asociados a la delincuencia juvenil, un aspecto a destacar es que ésta se caracteriza, al contrario que la criminalidad de adultos, por la frecuente actividad delictiva en el con-

texto del grupo de menores y jóvenes (Cano Paños 2006: 53). Esta afirmación no debe en todo caso conducir a equiparar la pertenencia del menor a un grupo de iguales con criminalidad, ya que la pertenencia continuada de un menor a una banda juvenil bien organizada es un fenómeno igual de poco frecuente que la permanente comisión de actividades delictivas de forma individual (Schneider 1991: 570).

Las estadísticas policiales no ofrecen desde luego datos relativos a la proporción de delitos cometidos por menores dentro de la actividad grupal. No obstante, de los resultados facilitados por los distintos estudios criminológicos llevados a cabo en la materia puede concluirse que alrededor del 40 por 100 de los delitos registrados cometidos por menores de edad son llevados a cabo dentro de una dinámica grupal de por lo menos tres miembros. A destacar aquí es el estudio llevado a cabo por el Instituto de Investigación Criminológica de Baja Sajonia («*Kriminologisches Forschungsinstitut Niedersachsen*») entre los años 1990 y 1996, sobre la base de los datos policiales relativos al propio *Land* de Baja Sajonia. El análisis de los mismos confirma la tesis según la cual el aumento de la violencia juvenil en esos años va acompañado por un aumento de la violencia de carácter grupal. Así, mientras que en el año 1990 un 38,5 por 100 del total de los delitos violentos cometidos por personas menores de veintiún años se realizó dentro de la dinámica de grupos o bandas de menores, dicho porcentaje aumentó a un 47,5 por 100 en el año 1996 (Pfeiffer/Wetzels 1997: 352).

Es así sobre todo en el ámbito de la llamada criminalidad violenta donde se muestra con mayor frecuencia su comisión en el seno de grupos o bandas. Así, de los datos recogidos en las estadísticas policiales alemanas correspondientes al año 2003 y referentes a todas las franjas de edad se observa cómo gran parte de los delitos de robo con violencia e intimidación fueron en su mayoría cometidos en el seno de grupos (Cano Paños 2006: 54).

Aquellos sujetos etiquetados como «delincuentes de gran intensidad» autores de continuas infracciones delictivas de escasa, mediana o apreciable gravedad han venido siendo objeto de atención tanto por parte de los órganos de investigación como por el legislador penal. Los menores y jóvenes que se caracterizan por la continua comisión de delitos presentan por regla general una eminente situación de riesgo motivada por una acumulación de factores de desarrollo patológico en distintos ámbitos vitales. Evidentemente, estos factores de riesgo no suponen *por sí mismos* una condición suficiente que dé lugar al desarrollo de conductas de carácter disocial, si bien aumentan considerablemente las posibilidades de su comisión. Por lo demás, estos factores de riesgo en el desarrollo del sujeto en cuestión se encuentran presen-

tes en prácticamente todas las franjas de edad y en todos los ámbitos vitales del individuo (personalidad, funciones de carácter biológico, familia, grupo de amigos, escuela/trabajo, tiempo libre, etc.) (Bliese-ner 2010: 361). Al análisis de dichos factores se dedica el epígrafe siguiente.

4. LOS RESULTADOS DE LA CRIMINOLOGÍA EN TORNO A LA PROGNOSIS CRIMINAL DE LOS DELINCUENTES JUVENILES DE GRAN INTENSIDAD

Una vez estudiada la estructura y características de las infracciones cometidas por los delincuentes juveniles de gran intensidad, es turno ahora de analizar el conjunto de circunstancias que se considera actúan como factores de riesgo que eventualmente dan lugar a la reiterada comisión de acciones delictivas. Dicho análisis puede servir de punto de partida de cara a reflexionar sobre las medidas adecuadas para prevenir el nacimiento y/o desarrollo de esa intensa actividad criminal por parte de determinados sujetos.

En el contexto descrito juega un papel de fundamental importancia en el ámbito de la Criminología alemana denominado enfoque multifactorial («*Mehrfaktorenansatz*»). El mismo se basa en investigaciones comparativas sobre las características personales y sociales de aquellos delincuentes que en repetidas ocasiones han sido registrados oficialmente –sobre todo en el caso de sujetos que se encuentran cumpliendo una medida de internamiento– por un lado, y una muestra de individuos procedente de la «población normal», por otro. Pues bien, en todas estas investigaciones se han descubierto de forma concordante y reiterada una serie de factores ligados todos ellos a los sujetos autores de múltiples delitos (Dölling 1989: 315).

Según el enfoque multifactorial, la delincuencia intensiva cometida por un determinado grupo de individuos menores de edad se encuentra asociada a un conjunto de problemas personales, ambientales y sociales que afectan negativamente al sujeto infractor. Como se verá a continuación, el conjunto de todos estos factores constituye sin duda un *riesgo* de cara a la génesis de conductas delictivas, si bien no supone en todos y cada uno de los casos una *garantía* de que ello ocurra (Fritsch 2011: 22). Si se intenta poner en relación el mencionado enfoque multifactorial con una explicación de carácter teórico, surge de inmediato la denominada teoría de la socialización diferencial («*Theorie der differentiellen Sozialisation*»). Según esta teoría, las deficitarias relaciones en la familia de origen constituyen un elemento

fundamental a partir del cual las carencias en el proceso de socialización se consideran como factores desencadenantes de los problemas en el desarrollo social del menor, lo cual allana el camino hacia la comisión de conductas delictivas (Dölling 1989: 315). Con todo, es evidente que la teoría de los déficits de socialización puede ser objeto de crítica, ya que por un lado la misma explica muy poca delincuencia, pero por otro parece explicar demasiada. En el primer caso, porque existe un grupo de sujetos menores de edad los cuales, aun habiendo crecido en un ambiente familiar y social favorable, desarrollan una actividad delincencial considerable. En el segundo caso, porque también se encuentran no pocos sujetos menores de edad los cuales, a pesar de proceder de un ambiente familiar y social tremendamente desfavorable, crecen y pasan su adolescencia sin llevar a cabo conductas contrarias a la ley. Además, suponiendo que este segundo grupo de sujetos cometa alguna que otra infracción, no obstante su actividad delictiva presenta mayoritariamente un carácter episódico que no desemboca en la consolidación de una carrera criminal.

Puede decirse en consecuencia que el saber criminológico en torno al concreto sector delincencial que aquí se analiza se encuentra todavía plagado de lagunas, careciéndose de una sólida teoría empíricamente fundamentada que proporcione una explicación convincente y una prognosis certera sobre el nacimiento y la evolución de la actividad delictiva desarrollada por los delincuentes juveniles de gran intensidad; cuestión que resulta clave para la práctica judicial a la hora de encontrar la reacción adecuada a un hecho delictivo que impida el desarrollo y consolidación de una carrera delictiva.

Y es que todavía faltan los «instrumentos» a partir de los cuales se pueden llegar a reconocer de forma temprana e inequívoca aquellos indicadores de una actividad delictiva intensa o una previsible carrera criminal, de tal manera que esos indicadores puedan ser contrarrestados a tiempo a través de las correspondientes medidas educativas y socio-pedagógicas, llegado el caso incluso mediante aquellas reacciones de carácter más intenso por parte de la policía o de la administración de justicia. Por tanto, desde un punto de vista de prognosis criminal todavía no se ha logrado diferenciar plenamente a los delincuentes juveniles de gran intensidad de aquellos otros sujetos de la misma edad con respecto a los cuales una eventual actividad delictiva presenta un carácter episódico (Heinz 2008: 12). Falta así el grupo de referencia compuesto por todos aquellos menores y jóvenes los cuales, a pesar de presentar los mismos factores de riesgo y rasgos de marginalidad que los delincuentes de gran intensidad, sin embargo nunca

aparecen en las estadísticas policiales o bien lo hacen en contadas ocasiones (Heinz 2002: 563; Kerner 1998: 164-165; Löhr 1997: 281).

Ciertamente resulta posible describir en detalle a aquel pequeño grupo de individuos menores de edad que llevan a cabo conductas delictivas –algunas de ellas de cierta gravedad– a lo largo de un periodo más o menos extenso de tiempo, pero esa descripción puede únicamente realizarse de forma *retrospectiva* sobre la base de su conducta infractora y, al mismo tiempo, en relación a sus rasgos de carácter socio-biográfico. El problema fundamental radica en que estos factores o criterios no sirven, o lo hacen de una manera bastante limitada, de cara a establecer un *pronóstico* prematuro de peligrosidad criminal en relación a un caso concreto. Además, en el caso de que las instancias de control social establezcan pronósticos de carácter individual partiendo de los resultados de su propia actuación, no hay que descartar la aparición del fenómeno que se conoce como profecía auto-cumplida («*self-fulfilling prophecy*»). En este sentido, el llevar a cabo la eventual inocuización de un sujeto sobre la base de una mera sospecha no puede justificarse en ningún caso (Naplava 2010: 295).

Del conjunto de variables que van a ser analizadas a continuación no puede por tanto concluirse sin más que todos aquellos individuos que se ven expuestos a las mismas desarrollan una actividad delictiva de carácter intenso. Más bien al contrario: la mayoría de los sujetos, a pesar de las dificultades personales, ambientales y sociales con las que se encuentran permanentemente confrontados, consiguen llevar a cabo conductas respetuosas con la ley. Por consiguiente, esta constatación hace que una intervención temprana, intensiva y de naturaleza repressiva resulte a la larga difícil y arriesgada, por lo que cualquier estrategia concreta de política criminal no constituye en todo caso una herramienta útil para hacer frente al fenómeno, viéndose incluso confrontada con limitaciones legales («sanciones por una mera sospecha»). Como se acaba de indicar, los conocimientos que la Criminología y la justicia adquieren de los delincuentes juveniles de gran intensidad se producen únicamente *a posteriori* (Walter 2003: 274).

A pesar de las limitaciones metodológicas expuestas en los párrafos anteriores hay que decir que si se centra la atención en el desarrollo personal y social de los delincuentes juveniles autores de un gran número de infracciones delictivas, las distintas investigaciones criminológicas señalan que la mayoría de los menores y jóvenes delincuentes de gran intensidad muestran uno o varios rasgos característicos de marginalidad social, a los que deben añadirse, además, otros que dejan entrever una personalidad problemática (Löhr 1997: 281). Algo parecido ha declarado el gobierno alemán con respecto a los jóvenes delin-

cuentos violentos en su primer Informe Periódico de Seguridad publicado en el año 2001: «Investigaciones sobre las causas de la violencia, particularmente aquella desarrollada en el seno de grupos, han mostrado que en muchos sujetos menores de edad las experiencias problemáticas en la socialización, así como los procesos de exclusión y falta de perspectivas, constituyen el trasfondo para la utilización de la violencia» (Bundesministerium des Innern/Bundesministerium der Justiz 2001: 594). Por consiguiente, hay que decir que aquellos predictores que han sido científicamente confirmados pueden suponer el punto de partida de cara a desarrollar medidas preventivas de la delincuencia.

El punto de partida que marca la situación en la que se halla la mayoría de los «delincuentes de gran intensidad» no está constituido ciertamente por el hecho de la delincuencia en sí. Por el contrario, una serie de aspectos de naturaleza problemática se encuentran ya presentes en un estadio anterior a la actividad delictiva. En este sentido, una investigación llevada a cabo por el Instituto Alemán de la Juventud ha señalado que todos los delincuentes juveniles de gran intensidad analizados ya habían mostrado conductas conflictivas mucho antes de embarcarse en una eventual carrera criminal, pudiendo destacarse entre ellas el absentismo escolar, las actitudes agresivas frente a compañeros de clase o frente al profesorado. Lo destacable es el hecho de que estas conductas no fueron en su momento tratadas a través de las intervenciones y ayudas pertinentes (Deutsches Jugendinstitut 2004).

El conjunto de factores de riesgo que van a ser analizados a continuación han podido ser plenamente contrastados en la investigación llevada a cabo en Berlín por Ohder y Huck. Además, muchos de estos factores se encuentran asimismo reflejados tanto en los atestados policiales como en las sentencias dictadas en relación al joven libanés Nidal R., alias «Mahmoud», a cuya intensa actividad delictiva se ha hecho especial referencia en el primer epígrafe del presente trabajo. Por ello, en el análisis que sigue, y junto a los datos ofrecidos por la referida investigación de Ohder y Huck, se van a insertar también extractos (en cursiva) de sentencias dictadas o investigaciones policiales realizadas en relación al caso «Mahmoud».

Haciendo en primer lugar referencia a los factores individuales, en el caso de los delincuentes juveniles de gran intensidad se encuentra latente el peligro de desarrollo de lo que se conoce como «trastorno de la personalidad disocial», el cual puede mantenerse de forma permanente durante la edad adulta. Con respecto a los menores de edad autores de múltiples infracciones delictivas, ya desde la infancia puede observarse ese desarrollo de carácter disocial. Así, por ejemplo, en

una edad en la cual la mayoría de los niños aprenden a prescindir de la necesidad de satisfacer de forma inmediata sus deseos, aplazando en el tiempo las recompensas y empleando el lenguaje cuando se trata de superar cualquier tipo de disputa con otros individuos, los niños susceptibles de desarrollar una actividad criminal intensa permanecen en un estadio de hiperactividad e impulsividad, presentando a menudo trastornos en la atención y en el rendimiento (Huck 2011: 141). Cuando además estos sujetos viven en un entorno familiar caracterizado por conductas desconcertantes, impulsivas y egocéntricas, así como por una consolidada incompetencia social, ello puede aumentar significativamente el riesgo de que esos niños no puedan ser tratados a tiempo en sus dificultades, asumiendo un rol marginal, integrándose en grupos de sujetos que presentan las mismas características y adoptando por consiguiente un estilo de vida caracterizado por conductas impulsivas y antisociales, las cuales se ven reforzadas continuamente por la dinámica grupal (Huck 2011: 141).

Distintos estudios psicológicos que se han llevado a cabo con menores y jóvenes delinquentes de gran intensidad demuestran que estos sujetos presentan en no pocos casos los siguientes rasgos patológicos de personalidad: labilidad emocional, impulsividad, tendencia a situaciones de riesgo, agresividad, ansiedad, depresividad y negativa imagen de sí mismos (Dölling 1989: 315). En la investigación llevada a cabo en Berlín por parte de Ohder y Huck, los expedientes correspondientes a los 264 sujetos analizados contienen una diversidad de indicadores no específicos, los cuales hacen referencia a trastornos físicos, de la personalidad o de la conducta. Así, indicadores referentes a menoscabos o taras de carácter físico o motriz (dificultades a la hora de expresarse, hiperactividad, trastornos auditivos, obesidad) pudieron constatarse con respecto a 27 sujetos investigados (un 10 por 100 de la muestra). Por su parte, un total de 26 individuos mostraban alteraciones de naturaleza psíquica. Por lo demás, los expedientes consultados contenían únicamente en contadas ocasiones aquellas conductas llamativas susceptibles de encuadrarse en general dentro del ámbito de la incompetencia social (Ohder/Huck 2006: 21-22).

«Su umbral de excitabilidad era considerablemente bajo, no estando en condiciones de reaccionar de forma verbal ante cualquier situación de carácter conflictivo. Por el contrario, su respuesta se basaba en la utilización de la fuerza física de forma incontrolada y peligrosa. En estos casos no respetaba ninguna regla, ni órdenes, ni incluso a cualquier persona imbuida de autoridad. Las dificultades eran de tal envergadura que en el año 1994, y por iniciativa del centro escolar a causa de sus constantes conductas agresivas, se decidió someter al menor a un tratamiento ambulatorio (...). Los resultados

de los tests practicados arrojaron un coeficiente de inteligencia de 56. El acusado, el cual se encontraba escolarizado en el 6.º curso, no podía ni siquiera cumplir con los requisitos de rendimiento exigidos en el tercer curso (...). En el contexto descrito adquirirían una importancia fundamental los resultados del dictamen psiquiátrico-forense emitido por el perito M. En el mismo se señalaba que el acusado presentaba una muy baja tolerancia a la frustración, unida a una reducida inhibición a desarrollar conductas agresivas» (Sentencia del Landgericht de Berlín, de 28 de junio de 1997).

En segundo lugar adquieren una importancia fundamental aquellos aspectos demográficos relacionados fundamentalmente con el fenómeno de la inmigración.

Desde hace algún tiempo, la incriminación de los menores y jóvenes de origen extranjero en el ámbito de la delincuencia violenta constituye un motivo de especial preocupación en Alemania. En la mayoría de los casos se trata del grupo de sujetos pertenecientes a la segunda y tercera generación de inmigrantes, nacidos con frecuencia en Alemania, pero cuyo porcentaje en las estadísticas policiales es año tras año más alto que en el caso de los menores y jóvenes alemanes autóctonos. También hay que destacar a aquellos sujetos llegados a territorio germano a comienzos de la década de 1990 huyendo con sus familias de virulentos conflictos en países como la ex Yugoslavia, Líbano o Palestina (Cano Paños 2006: 44-45).

En este sentido, la investigación desarrollada por Ohder y Huck en Berlín señala que, en principio, una gran cantidad de sujetos, concretamente un 74 por 100 del total de las 264 personas investigadas, había nacido en territorio alemán. No obstante, uno de cada dos «delincuentes de gran intensidad» no poseía la nacionalidad alemana (Ohder/Huck 2006: 11). Si se comparan los valores nacionalidad y lugar de nacimiento puede observarse cómo una gran parte del grupo de sujetos investigado había nacido en Berlín, decidiéndose no obstante por mantener la nacionalidad turca; otro importante sector de menores y jóvenes había nacido en países de Oriente Medio. Tal y como señala Ohder en otro trabajo, aspectos como el lugar de nacimiento o la nacionalidad del sujeto constituyen indicadores insuficientes en relación a la variable «inmigración», así como con respecto a aquellas orientaciones, estilos de vida o medios sociales asociados a la mencionada variable (Ohder 2009: 19). Para el mencionado autor, más acertado resulta afirmar la existencia de un «trasfondo migratorio» cuando el hecho de la inmigración en sí y las experiencias vitales de un individuo asociadas a ese fenómeno se encuentran todavía muy presentes. Por este motivo, en la investigación llevada a cabo por Ohder y Huck también se consideró la existencia de un trasfondo migratorio cuando

el sujeto en cuestión había nacido en Alemania y poseía la nacionalidad alemana, pero sin embargo uno de los progenitores había emigrado a territorio alemán o bien seguía estando sometido al Derecho de extranjeros. Siguiendo por tanto esta interpretación extensiva de la variable «inmigración», aproximadamente un 70 por 100 de los delincuentes de gran intensidad analizados presentaba un trasfondo migratorio (Ohder/Huck 2006: 12).

De los datos contenidos en los expedientes podía constatarse que ambos o uno de los progenitores de los delincuentes de gran intensidad investigados procedían de al menos 27 países distintos, si bien gran parte de esos países se concentraban en determinadas áreas geográficas. Así, la mayoría de las familias o bien algunos miembros de las mismas pertenecían a minorías étnicas o aquellos grupos de población que son discriminados o incluso perseguidos en sus países de origen, pudiendo en el estudio destacarse a ciudadanos albano-kosovares, bosnios, kurdos y, sobre todo, palestinos.

En tercer lugar, las familias de origen de la mayoría de los delincuentes de gran intensidad presentan déficits y síntomas de incapacidad para lograr una convivencia pacífica dentro del microcosmos familiar, como lo demuestran conductas tales como actitudes negligentes con respecto a los hijos, falta de orientación en lo referente a su educación, degradación de la vida en el hogar, delincuencia, así como otras conductas disociales por parte de los progenitores. En este sentido, la gran mayoría de los delincuentes de gran intensidad que han sido objeto de estudio en distintas investigaciones proviene de familias incompletas. Madres solteras, a menudo con varios hijos, constituyen en muchos casos la única persona de referencia para estos menores. La precariedad de la situación familiar se refleja también en aspectos tales como la muerte de uno de los progenitores, la separación de los padres o la experiencia de violencia en el seno de la propia familia del menor (Matt/Rother 2001: 473). Por otro lado, también predominan hogares con un bajo nivel educativo o con una escasa cualificación profesional, lo que da lugar a que en muchas ocasiones las familias estén afectadas por situaciones de desempleo. Así, en aquellas familias en las que el padre continúa estando presente, éste se encuentra en situación crónica de desempleo en más del 50 por 100 de los casos. Únicamente una tercera parte desempeña una actividad laboral de carácter regular. La cuota de madres que trabajan es todavía menor. En casi todos los casos se trata de ocupaciones no cualificadas y de carácter precario (Ohder 2009: 22).

En el estudio llevado a cabo en Berlín por Ohder y Huck, la variable familia aparece con frecuencia asociada a fracturas en las relacio-

nes de los menores con uno de los progenitores, en concreto, en un 15 por 100 en el caso de la madre y por encima del 45 por 100 en el caso del padre (Ohder/Huck 2006: 14). Por tanto, puede afirmarse que en el seno de la familia de estos menores y jóvenes existe una labilidad estructural. Estas rupturas son por regla general consecuencia de la separación de los padres o de la muerte de uno de los progenitores. (4) En aquellos casos en los que los expedientes personales de los menores hacían referencia a déficits funcionales en el seno de sus familias aparecían las siguientes problemáticas: escaso control y vigilancia, marcada desatención, pautas educativas poco claras o contradictorias por parte de los padres, ausencia de los padres o de uno de los progenitores o bien incapacidad para cumplir su rol paterno/materno. Por tanto, en la investigación de Ohder y Huck, los déficits funcionales de la mayoría de las familias de los delincuentes juveniles de gran intensidad eran más que evidentes. Así, los expedientes analizados mostraban cómo en un 59 por 100 de los casos los menores y jóvenes delincuentes de gran intensidad eran objeto de un escaso control y vigilancia por parte de sus progenitores, mientras que un 16 por 100 sufría una situación de casi abandono (Ohder/Huck 2006: 15).

«La relación con su padre era extremadamente problemática, ya que este último nunca mostraba interés alguno por su hijo, recurriendo asiduamente a métodos educativos basados exclusivamente en la utilización de la violencia» (Sentencia del Juzgado Municipal de Tiergarten, Berlín, de 11 de marzo de 1999).

En cuarto lugar hay que hacer referencia a la formación escolar. En este sentido, distintos estudios demuestran cómo más de la mitad de los delincuentes juveniles de gran intensidad suelen abandonar los estudios de manera prematura, en algunos casos incluso antes de concluir la escolaridad obligatoria, permaneciendo sin ninguna clase de formación académica y/o profesional y no desarrollando tampoco actividad laboral alguna (Matt/Rother 2001: 474).

En la investigación desarrollada en Berlín se observa cómo un porcentaje importante de los menores y jóvenes delincuentes presenta altas tasas de fracaso escolar. Así, alrededor del 20 por 100 abandona la escuela en la clase 9.^a o 10.^a (cursos correspondientes a los 15 y los 16 años), siendo incluso un 30 por 100 el que lo hace en clases inferior-

(4) Como era de esperar, existen diferencias significativas entre aquellas familias autóctonas y las que presentan un trasfondo migratorio. Así, por ejemplo, con respecto a un 75 por 100 de aquellos sujetos investigados de origen extranjero la figura paterna continuaba estando representada por el padre biológico, mientras que en el caso de los menores y jóvenes de origen alemán ello sucedía únicamente en un 40 por 100 de los casos.

res. Analizando los distintos niveles de escolarización, casi un 70 por 100 de los delincuentes de gran intensidad visita la denominada «*Hauptschule*», (5) mientras que un 20 por 100 lo hace en una «*Sonderschule*». (6) Menos del 10 por 100 se encuentra escolarizado en un instituto («*Gymnasium*»). En un 52 por 100 de los sujetos los expedientes indican una reiterada negativa a asistir a la escuela (Ohder/Huck 2006: 17).

En no pocas ocasiones, los menores son expulsados del centro escolar a causa de sus conductas antisociales, entre las que cabe destacar el permanente absentismo escolar, las conductas violentas contra compañeros de clase o incluso contra profesores. Volviendo de nuevo a la investigación llevada a cabo por Ohder y Huck en Berlín, los datos contenidos en los expedientes de los menores muestran cómo en un porcentaje considerable de casos, la etapa educativa de los delincuentes juveniles de gran intensidad se caracteriza por la presencia de conductas antisociales. Así, en un 30 por 100 de los casos se pudieron comprobar en los expedientes indicadores que hacían referencia a conductas antisociales, entre las que cabe destacar las siguientes: agresiones a otros compañeros de clase (45 por 100); graves y continuadas violaciones de la normativa escolar (sobre el 35 por 100); conductas agresivas contra el profesorado (en torno a un 20 por 100). Especialmente crítica en lo referente al aumento de conductas antisociales es la fase en la cual se produce la transición de la escuela primaria a la secundaria (Ohder/Huck 2006: 17).

«Con el acusado existían problemas considerables cuando aquél se encontraba en la escuela primaria debido a que ya entonces mostraba una conducta extremadamente agresiva tanto en relación a sus compañeros de clase como incluso frente al profesorado. Así, solía agredir a otros niños utilizando varios objetos o bien les amenazaba con un cuchillo» (Sentencia del Landgericht de Berlín, de 18 de junio de 1997).

En quinto lugar reviste una especial importancia la variable relativa a la formación profesional y la ocupación laboral. En este sentido, la formación escolar deficiente, la inexistencia de una cualificación profesional, así como la situación de desempleo crónico que puede incluso afectar al conjunto de su familia constituyen en muchos casos

(5) La «*Hauptschule*» representa en Alemania un nivel básico de estudios y tiene por objetivo preparar desde el comienzo al menor para una formación profesional. La educación que los alumnos reciben es por lo tanto muy práctica y metódica en comparación con los otros dos tipos de escuelas del sector secundario.

(6) La «*Sonderschule*» es un tipo de escuela secundaria dirigida a aquellos menores con necesidades educativas especiales.

barreras insalvables para el acceso a la vida laboral del menor o joven infractor. Con respecto a esta variable, Ohder y Huck afirman en su estudio que prácticamente para todo el conjunto de sujetos investigados puede hablarse de una completa exclusión del mercado laboral (Ohder/Huck 2006: 18). En el mencionado estudio, y si bien los expedientes que obran en poder de la Fiscalía no recogen la mencionada variable de manera completa y exhaustiva, puede partirse del hecho de que el grupo de menores y jóvenes investigados apenas ha sido alcanzado por medidas relativas a la formación profesional, de manera que una amplia mayoría de ellos no dispone de una cualificación que le permita abrirse un hueco en el mercado laboral. Si bien en un 40 por 100 de los casos ello es debido a que los menores se encontraban todavía en edad escolar, no obstante, el grupo más numeroso ni había buscado ni por supuesto encontrado un puesto de trabajo. Uno de cada diez sujetos había comenzado un curso de aprendizaje laboral sin haberlo no obstante concluido. Las razones que podrían explicar esta tendencia no han podido todavía ser plenamente dilucidadas. Con todo, aspectos como el cumplimiento de una medida de internamiento, o bien el despido por parte de instructores laborales y/o profesores juegan sin duda un papel fundamental (Ohder/Huck 2006: 18).

En sexto lugar hay que mencionar la variable referente a la organización del tiempo libre y el grupo de amigos. Por regla general, los delinquentes juveniles de gran intensidad no suelen tener contactos y lazos en ámbitos sociales de carácter convencional, lo cual desde luego no significa que se encuentren aislados socialmente. Con frecuencia suelen pertenecer a grupos o bandas que en algunos casos presentan una actividad delictiva más o menos intensa. Es precisamente en el seno de esas agrupaciones donde suelen pasar la mayor parte de su tiempo libre (Cano Paños 2006: 50-51). La considerable importancia que para estos menores adquieren todas estas agrupaciones de iguales se acentúa principalmente por el hecho de que a esas edades todavía no existen relaciones de pareja de carácter estable. Lo mismo cabe decir con respecto a eventuales contactos con familiares o amigos alejados de actividades delictivas.

En el estudio llevado a cabo en Berlín, los datos consignados en los expedientes de los menores y jóvenes investigados indican de manera fehaciente que prácticamente la mitad de ellos pertenecía a grupos y pandillas de sujetos de la misma franja de edad. Y es precisamente en el seno de estas agrupaciones donde solían pasar la mayor parte de su tiempo. Por otra parte, las relaciones interpersonales de los menores y jóvenes analizados solían circunscribirse a otros sujetos del mismo grupo étnico. Esto es algo que puede predicarse tanto en rela-

ción a personas de origen extranjero como en el caso de sujetos autóctonos. Con todo, no existen indicadores que permitan afirmar una tajante segregación. Así, menores y jóvenes alemanes solían tener contactos con coetáneos de origen extranjero, existiendo también grupos y bandas en las que convivían individuos alemanes y de distintas nacionalidades (Ohder/Huck 2006: 19).

«El grupo compuesto por Mahmoud y otros cinco menores y jóvenes procedentes del Líbano y la antigua Yugoslavia se dirigió a la parte superior del autobús, tomando asiento alrededor de tres chicas alemanas con edades comprendidas entre los 13 y los 14 años. En cuestión de segundos comenzaron aquellos a agarrarles el pecho, llegando incluso a subirles la falda con la intención de tocarles sus genitales. Finalmente, el grupo de jóvenes obligó con violencia a una de las chicas a tumbarse en un banco. A continuación le quitaron su ropa interior, manipulando repetidamente la zona vaginal» (diligencias policiales de 20 de junio de 1995).

«Regresando de su entrenamiento de Kickboxing, Mahmoud y otros dos amigos se toparon en plena calle con dos jóvenes turcos de etnia kurda. Tras un intercambio de palabras e insultos comenzaron una pelea, en el transcurso de la cual Mahmoud sacó un cuchillo, clavándose dos veces en la espalda a uno de sus oponentes. Como consecuencia de este ataque, la víctima sufrió una lesión grave en uno de sus pulmones, la cual con toda seguridad le hubiera causado la muerte de no ser por la rápida intervención del equipo médico» (diligencias policiales de 9 de enero de 1997).

Un factor ecológico de fundamental importancia viene constituido en séptimo lugar por el lugar de residencia del sujeto. En este sentido, la problemática de los menores y jóvenes delincuentes de gran intensidad se concentra en primer lugar en las grandes áreas urbanas y, dentro de éstas, en determinados barrios o zonas. Este hecho indica que aquellas condiciones específicas que marcan la vida en un determinado territorio pueden llegar a influir de forma decisiva en las correspondientes dinámicas de desarrollo con respecto a estos individuos menores de edad.

En la investigación realizada por Ohder y Huck en Berlín, los lugares de residencia del conjunto de sujetos analizados se encontraban distribuidos de forma desigual a lo largo de la ciudad, si bien se concentraban en unos pocos barrios. Así, prácticamente uno de cada dos delincuentes de gran intensidad vivía en la zona norte del barrio berlinés de Neukölln, en Wedding, Moabit, Tiergarten o Kreuzberg (Ohder/Huck 2006: 20). Estos datos indican claramente que los lugares de residencia de estos menores se situaban en aquellas zonas de la capital que presentan dos rasgos característicos: (1) Un amplio porcentaje de ciudadanos de origen extranjero; (2) Una estructura social

de naturaleza marcadamente débil. A partir de los datos demográficos y ecológicos con los que cuenta la ciudad de Berlín puede afirmarse que se trata de barrios en los que las tasas de ingreso por familia, de formación académica o profesional, o los índices de ocupación laboral se sitúan muy por debajo de la media de la capital alemana. Todo ello lleva a afirmar que tanto la génesis como la evolución del problema de la delincuencia intensiva por parte de menores de edad presentan sin duda una dimensión ecológica y socio-estructural.

«A la edad de ocho años, Mahmoud regresa a Alemania con sus padres y sus en aquel entonces cuatro hermanos. Mientras las autoridades deciden sobre si conceder o no a la familia el estatus de refugiados de guerra, la madre de Mahmoud da a luz a otros cuatro hijos. Después de residir durante un tiempo en un centro de acogida de solicitantes de asilo, en el año 1996 la familia se traslada al completo a un piso situado en el barrio berlinés de Neukölln, viviendo gracias a la ayuda social otorgada por las autoridades alemanas, la cual en el año 2000 ascendía a unos 5.300 marcos mensuales» (Henninger 2002: 514).

En octavo y último lugar, una amplia mayoría de los delincuentes de gran intensidad suele destacar por el consumo de drogas, así como por denuncias como consecuencia de infracciones en relación a los delitos contra la salud pública. En torno a la mitad de estos menores y jóvenes muestra un destacable consumo ya desde la niñez (Matt/Rother 2001: 474-475). Es precisamente la problemática de la droga lo que hace que cualquier tipo de intervención que se intenta realizar con esta tipología de delincuentes resulte en muchos casos estéril. Y es que dentro de este grupo de menores y jóvenes existe un amplio porcentaje de consumidores de larga duración, los cuales no son en modo alguno influenciados positivamente a través de medidas de carácter socio-pedagógico o penal. La dependencia a las drogas y/o al alcohol juega por tanto un papel fundamental en muchos delincuentes juveniles de gran intensidad. En unos casos, la adicción a dichas sustancias puede ser la causa de un cambio en la conducta del sujeto, lo cual puede dar lugar a una mayor actividad delictiva. En otros, los efectos desinhibitorios y facilitadores de actitudes violentas ligados al consumo de drogas pueden desencadenar la comisión delictiva (delincuencia inducida). Finalmente, en todo el ámbito relativo al consumo de drogas juega un papel fundamental la llamada delincuencia funcional, es decir, las conductas infractoras que el toxicómano realiza para subvenir a su necesidad de droga.

En el estudio llevado a cabo en Berlín, un 35 por 100 de los delincuentes juveniles de gran intensidad analizados mostraba indicios de consumo de sustancias ilegales, sobre todo cánnabis, mientras que un

15 por 100 de los menores y jóvenes investigados denotaba un consumo de alcohol regular e intenso (Ohder/Huck 2006: 23). (7)

En este sentido, Ohder y Huck señalan que no pocos sujetos llevaban a cabo un consumo de drogas digno de tener en cuenta. Así, con respecto a 41 individuos de la muestra se encontraron indicios que apuntaban a un consumo de alcohol considerable, el cual solía tener lugar con asiduidad. Lo preocupante es que en más de la mitad de los casos ese abuso comenzó antes de los 12 años. Con respecto a aquellas sustancias que aparecen enumeradas en la Ley alemana de Estupefacientes el consumo resultaba aún más acentuado, afectando a un total de 95 personas. De entre las sustancias con mayor presencia en los menores y jóvenes analizados se encontraba el cánnabis y la cocaína. En estos casos, la tendencia que se pudo observar es también de un consumo asiduo, si bien la edad de comienzo era mayor que con respecto al alcohol (Ohder/Huck 2006: 23).

«El acusado recibió por parte de un sujeto desconocido una consigna para poder cometer el delito de la manera más efectiva posible. Antes de su ejecución, el acusado parece ser que consumió grandes cantidades de alcohol. Así, la prueba de alcoholemia que el día de los hechos se le practicó mediante una extracción sanguínea dio como resultado la notable presencia de alcohol en sangre» (Sentencia del Juzgado municipal de Tiergarten, de 5 de junio de 2001).

Tal y como señalan las investigaciones más recientes, el conjunto de factores de riesgo analizados en los párrafos anteriores no son independientes unos de otros, sino que en la mayoría de los casos muestran una acumulación con un alto grado de interacción entre sí, aumentando por ello de manera recíproca su influencia en el sujeto. Típico de esta denominada «acumulación de riesgos» («*Risikokumulationen*») es lo que se conoce como «ambiente multi-problemático» (Bliesener 2010: 361-362; Block/Brettfeld/Wetzels, 2009: 135), el cual se caracteriza precisamente por una confluencia de factores de riesgo (por ejemplo, abuso de alcohol y otras drogas, gran conflictividad en la familia, nula competencia en la educación por parte de los padres, escasa utilización de los servicios sociales, frecuente situación de desempleo, necesidades económicas, falta de estructuración adecuada del día a día, escaso vínculo a los valores de la escuela y el trabajo, delincuencia y conductas desviadas en el vecindario). Así, las posibilidades de pertenecer al grupo de los delincuentes de gran intensidad aumentan significativamente cuando

(7) Con respecto a esto último hay que tener en cuenta que más de la mitad de los menores y jóvenes objeto de estudio profesaban el Islam, por lo que hay que partir de la base de que el intenso consumo de alcohol es una problemática asociada sobre todo a aquellos menores y jóvenes no musulmanes.

se da una acumulación de los factores de riesgo, hasta el punto de que en aquellos sujetos en los que concurren cuatro o más factores las posibilidades de desarrollar una actividad delictiva son 11 veces más altas (Bliesener 2010: 362-363).

Hay que decir que los datos expuestos en los párrafos anteriores en relación a la investigación desarrollada en Berlín pudieron ser posteriormente corroborados mediante un estudio de carácter cualitativo llevado a cabo por Huck y que consistió en una serie de entrevistas realizadas a 27 sujetos con edades comprendidas entre los 14 y los 17 años, los cuales habían sido catalogados por la Fiscalía de Menores de Berlín como «delincuentes de gran intensidad» y que en el momento de realizar la investigación (julio de 2006 hasta marzo de 2007) se encontraban en prisión preventiva o cumpliendo una medida de internamiento. Estas entrevistas eran parte del proyecto denominado «delincuentes de gran intensidad» («*Intensivtäter*») desarrollado por la Escuela Universitaria de Administración y Justicia de Berlín (Huck 2009: 146 y ss.). También con respecto a este estudio, la base para la clasificación de un sujeto menor de edad como delincuente de gran intensidad venía constituida por la «Directriz Común de la Policía y la Fiscalía para la Persecución de Delincuentes de gran Intensidad», elaborada como se sabe en el año 2003 por los ministerios de Justicia e Interior de Berlín.

De facto fueron entrevistados mayoritariamente menores y jóvenes de sexo masculino, siendo gran parte de ellos inmigrantes o bien hijos/nietos de individuos procedentes de Turquía, Oriente Medio, la antigua Unión Soviética o la antigua Yugoslavia. (8) Exceptuando un par de casos aislados, casi todos estos menores y jóvenes vivían en barrios degradados socio-estructuralmente, presentaban unas relaciones familiares de carácter problemático, eran dependientes de subsidios sociales o bien disponían de escasos ingresos procedentes de trabajos precarios (a menudo como consecuencia de las limitaciones establecidas en la legislación de extranjería), apenas se encontraban integrados en el sistema educativo, teniendo además escasas expectativas con respecto a un futuro laboral. En cuanto a su actividad delictiva predominaban los delitos contra el patrimonio, así como la delincuencia violenta (Huck 2009: 166).

A partir de lo explicado, las consecuencias que se derivan de todos los factores de riesgo analizados en los párrafos anteriores saltan a la vista: Los denominados «actores de la prevención» deben reaccionar lo más temprano posible tan pronto como se conozcan déficits en las

(8) La etiqueta común relativa al «trasfondo migratorio» pudo ser atribuida a 23 de los 27 sujetos entrevistados (Huck 2009: 146-147).

familias o bien conductas antisociales en la escuela; y todo ello en colaboración con la institución correspondiente. También resulta necesario establecer una especie de «sistema de alerta anticipada» que permita intervenir a tiempo con el fin de apoyar a aquellos menores y jóvenes en situación de peligro (Schendel 2008: 394). Al análisis de esas posibilidades de reacción e intervención se dedica el epígrafe siguiente.

Por último hay que señalar que, del mismo modo que no se puede establecer con absoluta certeza el comienzo o la continuación de una carrera criminal por parte de un sujeto menor de edad, tampoco resulta posible prever su interrupción o abandono. Con todo, los resultados alcanzados al respecto por investigaciones llevadas a cabo tanto en Alemania como en otros países indican que, en la mayoría de los casos, la delincuencia de carácter intensivo llevada a cabo por menores y jóvenes supone un acontecimiento transitorio. Así, un buen número de aquellos sujetos pertenecientes a esta categoría de autor desaparece de las estadísticas policiales al final de los años de juventud o al inicio de la edad adulta. Según señalan al respecto los resultados de la investigación llevada a cabo por Kerner, un porcentaje considerable de los menores y jóvenes delincuentes de gran intensidad permanece en los registros policiales entre uno y dos años, «desapareciendo a continuación de los mismos sin dejar ninguna huella de carácter oficial» (Kerner 1984: 23). Incluso un amplio porcentaje de los delincuentes juveniles multirreincidentes no suelen desarrollar una actividad delictiva con una duración más allá de los dos a tres años (Dölling 1989: 315). Por tanto, carreras criminales que se prolonguen más allá de los treinta años de edad se dan únicamente en contadas ocasiones; las mismas aparecen sobre todo en aquel grupo de autores que han sido severamente sentenciados y han cumplido penas privativas de libertad de forma reiterada (Kerner 1989: 204).

Las razones que conducen a que estos sujetos adopten pautas de comportamiento socialmente aceptadas no han podido hasta la fecha ser plenamente contrastadas por parte de la Criminología, aunque se presume que la aparición de relaciones personales de carácter estable e integradoras desde un punto de vista social juegan un papel decisivo (Albrecht 2002: 33; Löhr 1997: 282). Se piensa así que, en el contexto descrito, aparecen una serie de «fenómenos» en la vida del sujeto infractor que se consideran determinantes; fenómenos que ciertamente tienen unas importantes implicaciones a la hora de afrontar un tratamiento eficaz con menores y jóvenes delincuentes. Entre ellos cabe destacar los siguientes: (1) La construcción por parte del individuo de una relación de pareja estable y emocionalmente vinculante;

(2) La superación de una adicción al alcohol y/u otras drogas; (3) El inicio o reanudación de una actividad formativa o laboral, teniendo en este caso en cuenta que el comienzo de una ocupación laboral, por muy simple y transitoria que ésta sea, puede tener un papel clave a la hora de dotar al sujeto en cuestión de un sentimiento de integración en el tejido social; (4) La ruptura de viejas amistades que anteriormente han sido muy influyentes en la dinámica antisocial, y la adhesión en su lugar a un nuevo grupo de conocidos y amigos que fomentan una dinámica positiva de integración (Kerner 2008: 52-53). Por otro lado juega también un papel fundamental la asunción por parte del sujeto de un concepto de sí mismo dirigido a asumir pautas de comportamiento respetuosas de la ley y los valores sociales. Y todo ello con independencia de aquellos perjuicios y factores de riesgo que han podido ser constatados tanto en la infancia como en la adolescencia (Boers 2008: 369).

A partir de lo explicado, el Segundo Informe de Seguridad, elaborado por el Gobierno alemán en el año 2006, resaltaba que con respecto a los delincuentes juveniles de gran intensidad debe priorizarse una precisa y temprana intervención de carácter preventivo, debiendo ésta concentrarse en los factores de riesgo conocidos, activando mecanismos protectores y fomentando aquellos que permitan ofrecer una resistencia a la comisión de actividades delictivas (Bundesministerium des Innern/Bundesministerium der Justiz 2006: 404).

5. POSIBILIDADES DE REACCIÓN E INTERVENCIÓN POR PARTE DE LAS INSTANCIAS FORMALES

Si, tal y como se ha afirmado en el epígrafe anterior, resulta tremendamente complicado identificar a los delincuentes juveniles de gran intensidad de manera *prospectiva*, ¿qué soluciones puede ofrecer la Criminología y/o el Derecho Penal para reaccionar –aunque sea *retrospectivamente*– de forma adecuada y eficaz frente a aquellos sujetos menores de edad autores de múltiples actividades delictivas?

Después de analizar tanto la estructura delictiva y dinámica comisiva que marca la actividad de los delincuentes juveniles de gran intensidad, así como aquellos factores que se consideran desencadenantes de dicha actividad, es momento ahora de abordar la forma en la que la administración de justicia penal de menores reacciona frente a la delincuencia múltiple de estos sujetos y las repercusiones que tiene esa reacción.

En principio hay que decir que la acumulación de la carga delictiva en torno a un pequeño grupo de sujetos –casi siempre menores de edad y de sexo masculino, muchos de ellos con un trasfondo migratorio– ha dado rienda suelta a todo tipo de propuestas político-criminales. Así, en un principio se contempló la posibilidad de concentrar todos los esfuerzos disponibles en torno a este concreto sector delincencial, incluso recurriendo a aquellos mecanismos de naturaleza más drástica como es el internamiento, para con ello lograr una disminución del volumen de delitos. (9) Ello explica por qué se llevaron y se siguen todavía llevando a cabo eminentes esfuerzos con la finalidad de identificar a estos menores y jóvenes lo más tempranamente posible y de la forma más efectiva. Según los cálculos efectuados desde el ámbito de la política criminal, cuanto más pronto se pudiese llevar a cabo esa identificación, mayor sería el rendimiento de dicha actuación en términos preventivos (Walter 2003: 274). No obstante, hay que decir de nuevo al respecto que hasta el momento los pronósticos criminales no han logrado todavía ser lo suficientemente efectivos y fiables.

Y es que resulta necesario destacar nuevamente que, si bien un determinado porcentaje de menores y jóvenes delincuentes de gran intensidad continúa con su actividad delictiva una vez alcanzada la edad adulta, la trayectoria criminal con respecto a la amplia mayoría de estos sujetos menores de edad se caracteriza por variaciones y alteraciones que al final conducen a una disminución considerable o incluso a una finalización de las actividades delictivas. De este modo, una actividad criminal constante más allá de la adolescencia es predicable únicamente con respecto a una pequeña porción de los delincuentes de gran intensidad (Stelly/Thomas 2001: 230).

En este sentido, la investigación criminológica de carácter evolutivo ha estado marcada en los últimos veinte años por una disputa en lo relativo al desarrollo de la actividad criminal de los delincuentes de gran intensidad; disputa que gira en torno a dos tesis contrapuestas: la tesis de la continuidad *vs.* la tesis de la interrupción. Así, por un lado, durante las décadas de 1980 y 1990 la discusión estuvo dominada por

(9) Esto es algo que hay que destacar en el ámbito de la política criminal estadounidense, país donde se vienen llevando a cabo destacables esfuerzos de cara a realizar intervenciones específicas con respecto a determinados individuos considerados como peligrosos con el fin de impedir el desarrollo de «predisposiciones criminales», llegándose incluso a retirar de la circulación a aquellos «delincuentes de carrera» a través de medidas controvertidas como la denominada «*selective incapacitation*». Se trata de personas sobre las que se tiene una (vaga) sospecha de que en un futuro cometerán un número considerable de conductas delictivas y/o de especial gravedad (Löhr 1997: 281).

la creencia de que aquellos delincuentes de gran intensidad de carácter persistente –al contrario que la gran mayoría de sujetos cuyas actividades delictivas muestran un carácter episódico– estaban por decirlo así «condenados» o «predestinados» a desarrollar una carrera delictiva hasta bien entrada la edad adulta o incluso durante toda su vida, y ello debido sobre todo a déficits de personalidad disocial estables (tesis de la continuidad). Por ello se consideraba que el inicio de conductas delictivas a una edad temprana suponía un predictor decisivo de cara a poder afirmar el desarrollo de una carrera criminal. En opinión de los defensores de esta tesis, aquellas intervenciones socio-pedagógicas o terapéuticas de carácter preventivo llevadas a cabo durante la infancia y la primera adolescencia del menor presentaban las mayores posibilidades de éxito, mientras que a medida que el sujeto va dejando atrás la adolescencia deberían ir ganando terreno aquellas medidas de naturaleza asegurativa dirigidas a proteger a la sociedad de la persistente criminalidad (violenta) protagonizada por los delincuentes de gran intensidad (Boers 2008: 368-369, con bibliografía complementaria).

Por otro lado, en los últimos años ha ido ganando protagonismo aquel punto de vista según el cual una gran proporción de los menores y jóvenes delincuentes de gran intensidad suele reducir o incluso finalizar su actividad delictiva al alcanzar la treintena (tesis de la interrupción), incluso en los casos en que dicho abandono se produce tras un periodo de acusada actividad criminal. En contra por tanto de aquellas conclusiones pesimistas que suelen extraerse de las investigaciones sobre reincidencia, este sector doctrinal parte de la existencia de una serie de procesos que dan lugar a la finalización de carreras delictivas. Si los mismos no ocurren durante la adolescencia, suelen tener lugar durante la primera fase de la edad adulta motivados por los cambios que se producen en el individuo durante esa etapa vital (Boers 2008: 368-369). En opinión de Kerner, una fecha relevante a tener muy en cuenta es a partir de los 25 años. Así, aquellos perjuicios de carácter socio-biográfico, los cuales a menudo se califican como factores genuinos de reincidencia (por ejemplo, el crecer en una familia desestructurada) pierden un peso considerable a medida que se consolida el proceso de maduración del individuo, el cual sin duda se ve fortalecido por una modificación en las formas de comportamiento y de actitud frente a determinados valores, por un cambio de los contactos sociales y de la planificación de la vida diaria, así como por la asunción de un postura responsable a la hora de afrontar determinadas situaciones (Kerner 2008: 51-52). En consecuencia, los defensores de esta tesis consideran que la mejor forma de fomentar esta tendencia a

finalizar una carrera delictiva es utilizar programas de prevención de carácter socio-pedagógico y terapéutico, incluso cuando el sujeto en cuestión ha superado la fase de la adolescencia (Boers 2008: 368).

A partir de los argumentos expuestos en los párrafos anteriores, la disyuntiva a la hora de intervenir y reaccionar retrospectivamente con respecto a los menores y jóvenes delincuentes de gran intensidad gira en torno a potenciar, bien aquellos mecanismos de carácter represivo, bien los de naturaleza preventiva.

Para un sector de la doctrina, las privaciones de libertad con respecto a menores de edad resultan medidas de carácter problemático debido sobre todo a sus potenciales «efectos secundarios» de carácter negativo. Así, se considera que la eventual imposición de una medida de internamiento en régimen cerrado da lugar a una estigmatización del joven infractor, y ello tanto en relación a la conducta infractora llevada a cabo como con respecto a las posteriores reacciones de la policía, el Ministerio fiscal y los jueces, a la vez que provoca una interrupción de sus relaciones sociales, de su formación escolar o profesional, fomentando y consolidando por el contrario la asunción de patrones delincuenciales a partir del contacto con la subcultura reinante en el centro penitenciario y cerrando además el camino a un modo de vida alejado de la delincuencia (Löhr 1997: 284; Ohder 2009: 35). Por todas estas razones se considera que el internamiento de un menor debe plantearse como la última opción, debiéndose aquél configurar de tal manera que no tenga efectos negativos para el sujeto condenado o imputado (en el caso de la prisión preventiva). En este sentido se suele hacer siempre referencia en Alemania a los índices de reincidencia de aquellos menores y adolescentes que han cumplido una medida de internamiento en régimen cerrado (Ostendorf 2011: 243). Así, las tasas de reincidencia más altas se dan con la imposición de una pena de prisión juvenil, alcanzándose un porcentaje del 78 por 100, muy superior al que se produce por ejemplo cuando la ejecución de la pena de prisión se suspende (60 por 100). En definitiva, para un sector doctrinal, aquellas medidas intensivas de carácter penal pueden fortalecer procesos de criminalización («*labeling approach*»), los cuales, en relación a los delincuentes juveniles de gran intensidad, se considera que comienzan ya con su categorización como tales y su consiguiente inclusión en unos especiales programas de intervención y prevención (Steffen 2009: 94). Con todo, en aquellos casos en los que por encima de todo se debe garantizar la protección de la población frente a ese sector de menores y jóvenes autores de numerosas infracciones –algunas de ellas de carácter extremadamente violento–, y ante los cuales no resultan eficaces las sanciones de carácter alterna-

tivo, debe considerarse «necesario y adecuado» su internamiento en un centro de reforma (Löhr 1997: 284).

En el polo opuesto, otro sector doctrinal considera que la educación de los delincuentes juveniles de gran intensidad apenas resulta posible mediante aquellas medidas educativas de carácter tradicional, ya que éstas van normalmente conectadas a una serie de normas y valores socialmente aceptados que han sido transmitidos por los padres y otras instancias educadoras, y que dan lugar a que se señale al menor la importancia del respeto al ordenamiento jurídico y al poder del Estado, así como a la integridad del resto de sujetos. Se parte así de la base de que, por regla general, esa transmisión de valores apenas se ha producido con respecto a las familias de muchos delincuentes juveniles de gran intensidad. Esto conduce a que las medidas educativas a las que se acaba de hacer referencia no sean concebidas por estos sujetos como tales, siendo por tanto ignoradas. Por consiguiente, para este sector doctrinal, la imposición de una medida de internamiento se presenta como la mejor opción de cara a reaccionar ante este tipo de delincuencia. Se considera así que a través de la misma se puede lograr que el menor o joven infractor se distancie de la actividad delictiva como consecuencia de una reflexión y percepción personal (Schweitzer 2006: 119). En parecidos términos, otro grupo de autores considera que la práctica sancionadora puede contribuir positivamente a un cambio de actitud en el sujeto condenado, ya que las instituciones de carácter formal se encuentran en mejor disposición de modificar su conducta a la hora de afrontar el enjuiciamiento y condena de un menor delincuente que en el caso de las familias, el grupo de amigos, el barrio, la escuela o el mercado de trabajo (Boers 2008: 370).

El análisis de los expedientes correspondientes a delincuentes juveniles de gran intensidad llevado a cabo por Ohder y Huck muestra que este grupo de sujetos suele ser objeto de una reacción penal más severa que en el caso de los delincuentes juveniles «normales», lo que da lugar a que los primeros se vean únicamente en contadas ocasiones beneficiados por la imposición de medidas de carácter preventivo-especial en el marco del procedimiento penal (por ejemplo, medidas educativas, programas de mediación autor-víctima, participación en cursos de anti-agresión, medidas de diversión, etc.). Así, con respecto a 222 sujetos investigados por ambos autores (un 84 por 100 de la muestra), los expedientes consignaban al menos la imposición de una medida de internamiento. Este hecho permite concluir que las privaciones de libertad constituían una experiencia que estaba muy presente en el grupo de sujetos investigados una vez que los mismos

alcanzaban la minoría de edad penal (14 años). Efectivamente, de esos 222 sujetos, un 28 por 100 fue en su día condenado a una medida de internamiento, un 26 por 100 a dos, un 21 por 100 a tres, un 13 por 100 a cuatro, un 6 por 100 a cinco, un 4 por 100 a seis, mientras que a un 2 por 100 se le impuso entre siete u ocho medidas privativas de libertad (Ohder/Huck 2006: 54). Por todo ello, en palabras de los autores del estudio existe el peligro de que los profesionales de la justicia juvenil, a la hora de encauzar y resolver un procedimiento penal de la forma más rápida y efectiva posible, se orienten únicamente en la definición de «delincuentes de gran intensidad», dejando de lado medidas de asistencia a la juventud menos lesivas que el internamiento en régimen cerrado.

El traslado de un menor o joven infractor al ámbito competencial de la Sección 47 de la Fiscalía de Berlín viene generalmente precedido de una exhaustiva comprobación de la cuestión relativa a si en ese concreto caso se cumplen con los requisitos establecidos en la Directriz. En lo que ahora interesa conviene analizar las líneas de argumentación que la práctica de la Fiscalía de Berlín viene utilizando para clasificar a un determinado sujeto como «delincuente de gran intensidad».

Así, las justificaciones que aluden directamente al conjunto de conductas delictivas consignadas en el expediente (argumentación de naturaleza retrospectiva) pueden encontrarse en un 84 por 100 de los casos analizados, teniendo aquéllas por tanto un peso específico. En este caso se suele hacer referencia sobre todo a la cantidad y gravedad de los delitos (un 38 y un 47 por 100 respectivamente), así como al grado de violencia desplegado en las acciones (40 por 100). Por su parte, en un 26 por 100 de los casos se acude además a justificaciones de carácter prospectivo, como por ejemplo la presunción de la reiteración delictiva (14 por 100), la peligrosidad del sujeto para potenciales víctimas (9 por 100), así como el riesgo de consolidación de una carrera criminal (3 por 100) (Ohder/Huck 2006: 41-43).

En el contexto de la investigación criminológica resulta un hecho incuestionado que las reacciones e intervenciones frente al fenómeno que aquí se estudia deben ser múltiples y de carácter diferenciado. En este sentido se considera que las intervenciones que presentan unas mayores posibilidades de éxito de cara a frenar una evolución criminal son aquellas que están orientadas al caso concreto, se componen de distintos módulos, abarcan variadas estrategias para modificar la conducta del menor infractor y se dirigen a distintos ámbitos de carácter problemático: a la persona del propio menor infractor, a su familia, a la escuela, a su grupo de amigos, al barrio donde aquél habita, etc.

(Boers/Reinicke 2008). Teniendo en cuenta estos parámetros, Alemania cuenta en prácticamente la totalidad de los *Länder* con unos programas destinados a dotar de especiales competencias tanto a la policía, la justicia e incluso a aquellos profesionales que trabajan en el ámbito de la juventud, la familia, la educación o los asuntos sociales; competencias que están dirigidas a hacer frente al fenómeno de los delincuentes juveniles de gran intensidad en una fase temprana («*Intensivtäterprogramme*»). En este sentido se considera que son sobre todo aquellas medidas y ofertas de carácter preventivo que tienen lugar en una fase temprana las que resultan más adecuadas de cara a evitar o reducir procesos de desintegración social, de modo que no llegue a comenzar y/o consolidarse una carrera criminal por parte de los menores y jóvenes conflictivos (Steffen 2009: 95-96).

En definitiva, desde una vertiente estrictamente criminológica, y teniendo en cuenta que en la mayoría de los sujetos la carrera delictiva iniciada durante la adolescencia suele finalizar tan pronto como se entra en la fase adulta, se tiene el convencimiento general de que la llamada prevención criminal primaria y multidisciplinar resulta la reacción más adecuada. En este caso se trata de potenciar aquellas medidas orientadas al entorno social del menor o joven (barrio, grupo de amigos, escuela, familia, asociaciones, etc.), las cuales por lo demás pueden ser adoptadas en el marco de las medidas alternativas a la pena previstas en el sistema de justicia juvenil. De esta manera, las tasas de prevalencia pueden ser mantenidas en unos niveles aceptables, fomentándose al mismo tiempo la asunción de actitudes prosociales que a la larga pueden conducir a procesos de remisión espontánea.

Con respecto a aquellos delincuentes juveniles de gran intensidad que muestran una persistencia en la actividad criminal, sobre todo en el caso de los denominados «*LCP-Offenders*» («*Life Course-Persistent*»), los criterios relativos a la forma de responder al fenómeno varían considerablemente debido sobre todo a la influencia ejercida por la política criminal norteamericana; y ello aun sin poner en cuestión la necesidad de que con respecto a estos sujetos resulta imprescindible una intervención de carácter individual más o menos intensa. El problema radica en que, según la base teórica que se adopte, unos se deciden a acudir sobre todo a aquellas medidas fundamentadas en la prevención especial positiva (programas de naturaleza socio-pedagógica o terapéutica dirigidos a resocializar al sujeto, aunque los mismos se desarrollen en un régimen de privación de libertad), mientras que otros –como es el caso del legislador español– se muestran favorables a utilizar medidas basadas exclusivamente en argumentos pre-

ventivo-generales (sobre todo con el objetivo de proteger a la sociedad de aquellos sujetos menores de edad que se consideran peligrosos y multirreincidentes). Con respecto a esta segunda alternativa, en algunos Estados norteamericanos viene jugando un papel importante, ya desde la década de 1990, la sanción conocida como «*selective incapacitation*» (Boers 2008: 351).

Para la gran mayoría de delincuentes menores de edad, la comisión de infracciones delictivas tiene por decirlo así fecha de caducidad. Hasta qué punto esa remisión es consecuencia de los efectos producidos por una condena de carácter formal, por la utilización de reacciones de carácter informal, o si más bien la causa principal hay que buscarla en el proceso de maduración del menor o joven infractor, esa es una cuestión que la investigación criminológica no ha podido hasta la fecha responder de forma satisfactoria. En todo caso no existe dato empírico alguno a partir del cual se pueda defender cualquier tipo de reacción o intervención de carácter formal-intensivo sobre el menor de edad, aduciendo para ello una más que posible evolución positiva del sujeto infractor en relación a un alejamiento definitivo de una carrera criminal.

6. EXCURSO: LOS DELINCIENTES JUVENILES DE GRAN INTENSIDAD COMO PRODUCTO MEDIÁTICO

En puridad hay que decir de entrada que los medios de comunicación ni crean ni inventan a sospechosos y/o a autores de infracciones delictivas, algo que por supuesto también es predicable con respecto a la delincuencia juvenil. Sin embargo, a través de su información sobre la criminalidad, los *mass media* crean en no pocas ocasiones un entorno en el cual, del conjunto de actividades delictivas, seleccionan una serie de hechos aislados los cuales son puestos en un primer plano («*agenda setting*»). (10) De esta manera surge una nueva realidad representativa y, sobre todo, un campo de acción proclive a la disputa,

(10) Esta teoría parte de la base de que la distinta ponderación que de determinados temas hacen los medios de comunicación determina la relevancia política que aquellos puedan alcanzar. Asimismo, la cobertura informativa influye a la larga en la conciencia que la población pueda tener con respecto a una determinada problemática, lo cual repercute también en las prioridades de un determinado programa político. Por consiguiente, la argumentación basada en la mencionada «*agenda setting*» describe la cadena de efectos que produce la interacción entre el triángulo compuesto por los medios de comunicación, los usuarios de esos medios y las instancias de decisión política (Karliczek 2009: 192).

en el cual, a partir de ciertas afirmaciones basadas en una determinada realidad no contrastada, los medios de comunicación logran imponer una determinada visión de los acontecimientos por parte de la población y un determinado programa político por parte del partido gobernante.

En el concreto ámbito de la delincuencia juvenil, cuya estructura delictiva abarca como se sabe desde conductas tales como el viajar sin billete o el hurto en tiendas, hasta —excepcionalmente— delitos de especial gravedad como pueden ser las lesiones graves o el asesinato, los medios de comunicación tienden siempre y en todo caso a poner el acento en aquellas infracciones susceptibles de despertar las emociones de la población, como sucede con la delincuencia juvenil violenta (robos, lesiones graves y delitos con resultado de muerte). Así, mientras que el porcentaje de la criminalidad violenta en el caso de los menores de edad no sobrepasa el 3 por 100 en las estadísticas policiales, aquélla supone más del 50 por 100 de la información que los *mass media* suelen dedicar a ese sector de la delincuencia. No puede por tanto extrañar que la población en general considere más que preocupante la participación de menores y jóvenes en actividades violentas. La razón estriba en que esa población asume como real la proporción de violencia juvenil transmitida por los medios de comunicación (Walter 2003: 279). A partir de estas consideraciones resulta indudable que los *mass media* han contribuido decisivamente a distorsionar e incluso dramatizar la imagen de la opinión pública con respecto a los delincuentes juveniles de gran intensidad (Cano Paños 2006: 114; Walter 2003a: 162).

Tanto para la población en general como para la conciencia pública en torno a la criminalidad, los medios de comunicación constituyen la fuente más importante de información. Y es que no todo el mundo logra acceder a las estadísticas oficiales sobre la evolución de la delincuencia ni tampoco tiene conocimiento de los resultados provenientes de investigaciones criminológicas. Partiendo de estos condicionantes, la cobertura informativa que realizan los medios de comunicación sobre un acontecimiento puntual consigue alcanzar finalmente la cualidad de un pronóstico real, lo cual en muchos casos constituye el punto de partida de una reforma legislativa de carácter endurecedor (Frehsee 2000: 27). Los órganos de decisión política se sienten así en la obligación de realizar una serie de propuestas *ad hoc* de carácter radical, para de este modo seguir contando con la confianza del electorado y así mejorar o aumentar sus posibilidades de ser reelegidos.

Dentro de la doctrina científica y de los profesionales de la justicia juvenil se considera de manera prácticamente unánime que la infor-

mación escandalizante que los medios de comunicación hacen de la delincuencia juvenil engendra en los órganos de decisión política una presión para actuar que conduce a un accionismo político dirigido exclusivamente a reaccionar y satisfacer supuestas demandas de los ciudadanos. La descripción de un determinado caso grave —a la vez que atípico— allana el camino para una política criminal rígida que se aleja de los problemas reales relativos al control de la delincuencia. En el transcurso de este proceso se aprueban leyes que prometen seguridad y una actuación firme para combatir la delincuencia, sin que las mismas aborden ni siquiera de pasada las causas cercanas o remotas de esa actividad delictiva. Por tanto, la cuestión relativa a si las propuestas de modificación legislativa conducirán realmente a mejorar la protección de los intereses generales juega un papel absolutamente secundario (Cano Paños 2006: 127-128; Walter 2003: 280). Más bien al contrario, ese accionismo político por parte del partido gobernante le puede reportar credibilidad en el seno de la opinión pública, aumentando sus posibilidades de apoyo ante una eventual consulta electoral. Teniendo presente la anteriormente denominada teoría de la «*agenda setting*» se vislumbra aquí un campo de acción causa-efecto el cual encuentra su punto de partida en la cobertura informativa de los medios de comunicación (Karliczek 2009: 191).

No cabe duda de que resulta del todo punto contraproducente aquella información suministrada por los medios de comunicación que se basa en casos tan aislados como espectaculares, aquellas reacciones desproporcionadas por parte de los órganos de decisión política y, *last but not least*, el permanente juego recíproco entre los *mass media* y la política criminal estatal, lo que desde la Criminología se conoce como «ciclo de reforzamiento político-periodístico» (Scheerer 1978). La situación descrita conduce a etiquetar a los jóvenes autores de múltiples infracciones como un problema omnipresente y una amenaza cotidiana. Cuando un joven es identificado como delincuente de gran intensidad por parte de la opinión pública, con esa atribución van unidos pensamientos y temores que van más allá de la existencia individual del sujeto en cuestión, produciéndose una especie de *despersonalización*. En su lugar se crea un determinado tipo criminológico de autor, el cual infunde miedo y temor en el seno de la población.

Los delitos violentos cometidos por menores y jóvenes se convierten por tanto en un fenómeno mediático que ocasiona más miedo que un interés en conocer las causas. Por otro lado, estos casos aislados en los que se ven envueltos delinquentes menores de edad multirreincidentes sirven a la clase política como excusa perfecta para conseguir el apoyo de la ciudadanía de cara a impulsar reformas de signo repre-

sivo en el sistema de justicia juvenil; reformas que una y otra vez vienen mostrando su ineficacia para hacer frente al fenómeno.

7. CONCLUSIONES

Tal y como se ha podido observar a lo largo del siguiente trabajo, la utilización práctica del concepto de «delincuentes juveniles de gran intensidad» pretende distinguir a un concreto sector delincencial, el cual se caracteriza por la comisión de un número considerable de conductas contrarias a la ley en un lapso temporal más o menos extenso, atribuyéndosele cada año un porcentaje importante de delitos recogidos por las instancias policiales en relación a la franja de edad respectiva. La finalidad con la que en Alemania se ha creado dicha categoría delictiva es la de dotar a las instancias encargadas de la persecución penal (sobre todo policía y fiscalía) de los instrumentos necesarios que permitan identificar en una fase lo más temprana posible a este grupo de sujetos menores de edad, para con ello arbitrar las correspondientes medidas de naturaleza fundamentalmente preventiva que logren impedir el nacimiento y/o consolidación de una actividad delictiva intensa. Por todo ello, y desde un punto de vista tanto criminológico, criminalístico y jurídico-penal hay que aplaudir en principio la adopción de semejante concepto.

Sin embargo, un sector doctrinal considera que la adopción del concepto de «delincuentes juveniles de gran intensidad» resulta del todo punto contraproducente, ya que el mismo reduce la problemática en cuestión a la conducta legal de un determinado sujeto infractor. De esta manera, otros factores causantes o favorecedores de la actividad delictiva corren el riesgo de ser ignorados. Por ello, no son pocos los que opinan que la descripción oficial que se suele hacer de los delincuentes juveniles de gran intensidad se limita en gran medida a destacar su condición de sujeto registrado por las instancias policiales y sólo puntualmente a tener en cuenta las circunstancias que dieron lugar a la actividad delictiva (Puschke 2007: 70). En relación a ello, las eventuales intervenciones por parte de las instancias formales tienden a dirigirse a los síntomas de ese tipo de delincuencia en lugar de a las causas de la misma. La reducción del problema de la delincuencia de gran intensidad únicamente al aspecto de la conducta criminal tiene también como consecuencia que la respuesta punitiva constituye el referente dentro de las distintas formas de control social. A partir de lo explicado, ese sector de la doctrina considera que la función asociada al concepto de «delincuentes de gran intensidad» parece utilizarse

–siguiendo en este caso el principio de «incapacitación» acuñado por la práctica judicial norteamericana– con el objetivo de distinguir a un sector de los delincuentes como individuos «incurables» para los que no merece la pena acudir al principio de resocialización. Por el contrario, frente a estos sujetos sólo cabría la utilización de sanciones penales severas con el fin de retirarlos de la circulación el mayor tiempo posible. En el concreto ámbito del Derecho Penal de menores, la asunción de este principio supone ni más ni menos que una renuncia al principio de la educación (Huck 2011: 181), produciendo de forma paralela un importante efecto estigmatizante y excluyente con respecto a esos sujetos menores de edad.

No cabe duda de que el problema y a la vez el reto fundamental con respecto a este «núcleo duro» de la delincuencia juvenil radica en lograr impedir o interrumpir una carrera criminal por parte de un sujeto menor de edad, ya que la implicación de éste en actividades delictivas pone en peligro su desarrollo y su integración social en el mundo adulto. Por consiguiente, los cometidos de todas aquellas instancias (de carácter formal e informal) que son competentes para tratar con y a los menores y jóvenes delincuentes de gran intensidad deben ir dirigidos entre otras cosas a apoyar el éxito de ese proceso de evolución e integración. En todo este contexto debe tenerse en cuenta que aquellos sujetos menores de edad que realizan múltiples actividades delictivas no sólo crean problemas, sino que también los tienen. Y, para superar dichos problemas, estos jóvenes necesitan la correspondiente ayuda por parte de los profesionales competentes. Detrás de una acusada actividad delictiva se esconde a menudo un cúmulo de problemáticas tales como la existencia de una familia desestructurada, la residencia en barrios desfavorecidos, el fracaso escolar, las escasas posibilidades de formación académica o profesional, la pobreza, la inmigración, la adicción al alcohol y/u otras drogas, así como conductas o rasgos de la personalidad antisociales. Teniendo en cuenta que este cúmulo de problemas no sólo se presentan como un fenómeno que acompaña a la actividad criminal, sino que más bien constituyen el origen de esta última, ello ilustra acerca de la necesidad de afrontar esos problemas en una fase temprana a través de mecanismos preventivos de carácter multidisciplinar. En este sentido, aquellos síntomas de desarrollo equivocado que se atisban ya a una edad temprana deben llamar la atención de instituciones tales como las guarderías infantiles, las escuelas o incluso los centros de protección de menores, debiendo todas estas instituciones adoptar las medidas que permitan influir positivamente y de forma duradera en las condiciones de desarrollo del menor. En relación a ello, una investigación llevada a cabo

por el Instituto Alemán de la Juventud ha señalado que prácticamente todos aquellos menores y jóvenes delincuentes de gran intensidad analizados ya habían dado muestras de un desarrollo individual y social equivocado mucho antes de embarcarse en actividades delictivas, por ejemplo mediante un constante absentismo escolar o a través de conductas de tipo antisocial como la reiterada infracción de las reglas escolares o la actitud agresiva frente a compañeros de clase y/o frente al profesorado. Lo curioso del caso es que la mayoría de estas conductas infractoras no fueron en su momento abordadas mediante las ayudas e intervenciones pertinentes.

Como se ha visto, la mayoría de los programas que en Alemania se han destinado a abordar el fenómeno de los delincuentes juveniles de gran intensidad consideran que un objetivo fundamental reside en fortalecer el trabajo conjunto de aquellas instituciones que se ocupan de niños, adolescentes y jóvenes semi-adultos. Para ello debe ante todo priorizarse el intercambio de información entre todas las instancias implicadas. Siguiendo en este caso aquel enfoque según el cual una intervención social realizada en una fase temprana constituye un elemento fundamental del proceso, el objetivo de dichos programas consiste en encomendar tanto a la Oficina de protección de la juventud, a los centros de menores y jóvenes, así como a las escuelas la tarea de concertar con los órganos encargados de la persecución penal la forma de abordar conjuntamente el tratamiento de los menores delincuentes a partir de la elaboración de una serie de rasgos específicos que presentan estos sujetos conflictivos. Pues bien, en el contexto descrito, y más allá de aquellos reparos existentes con respecto a los distintos sistemas y mecanismos de prognosis criminal, las dudas se plantean sobre todo en el hecho de que este intercambio de información entre las distintas instituciones no sólo puede conducir a la adopción de ofertas de ayuda en favor de los menores en conflicto, sino también a ejercer un control social formal sobre ellos a través de una intervención estatal de carácter penal, la cual puede incluso extenderse a aquellos estadios previos a la comisión de una conducta delictiva. Además, el peligro de proporcionar ese flujo de información a los órganos encargados de la persecución penal se encuentra en que ello puede dar lugar a que estos últimos se hagan con una idea equivocada del menor, favoreciéndose así procesos de condena anticipada. Esto adquiere si cabe un mayor peso cuando ese flujo de información afecta a aquellos niños que en el momento de presentar un comportamiento antisocial son todavía inimputables.

Por todo ello, y sin poner en duda la conveniencia de llevar a cabo un tratamiento individualizado a la vez que responsable en relación a

aquella categoría de sujetos menores de edad autores de múltiples acciones delictivas, no menos importante es advertir de los posibles efectos negativos que puede llevar aparejado el concepto de «delincuentes juveniles de gran intensidad»: cuando la inclusión de un determinado sujeto en esta concreta tipología de autor va más allá de objetivos tales como un seguimiento específico del menor o una reacción inmediata de naturaleza preventiva y acorde con sus necesidades, ello puede dar lugar a la creación de una especie de «etiqueta» susceptible de desplegar sus propios efectos en la propia persona del menor infractor. De este modo, las consecuencias negativas de una reacción no meditada pueden conducir a que una serie de medidas dirigidas en principio a la interrupción definitiva de una carrera delictiva se conviertan más bien en instrumentos que promuevan su mantenimiento y consolidación.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBRECHT, Hans-Jörg (2002): *Ist das Jugendstrafrecht noch zeitgemäß? Gutachten für den 64. Deutschen Juristentag*, München: Verlag C.H. Beck.
- BLIESENER, Thomas (2010): «Der Umgang mit jungen Mehrfach- und Intensivtätern – Probleme der Definition, Prävention und Intervention», *Bewährungshilfe*, núm. 4, pp. 357-371.
- BLOCK, Tobias/BRETTFELD, Katrin/WETZELS, Peter (2009): «Jugendliche Mehrfach- und Intensivtäter in Hamburg. Neue Wege zur Beschreibung eines alten Problems», *Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe*, núm. 2, pp. 129-140.
- BOERS, Klaus (2008): «Kontinuität und Abbruch persistenter Delinquenzverläufe», en: DEUTSCHE VEREINIGUNG FÜR JUGENDGERICHTE UND JUGENDGERICHTSHILFEN (Ed.), *Fördern, Fordern Fallenlassen. Aktuelle Entwicklungen im Umgang mit Jugenddelinquenz*, Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg, pp. 340-376.
- BOERS, Klaus/WALBURG, Christian (2007): «Verbreitung und Entwicklung delinquenten und abweichenden Verhaltens unter Jugendlichen», en: BOERS, Klaus/REINECKE, Jost (eds.), *Delinquenz im Jugendalter. Erkenntnisse einer Münsteraner Längsschnittstudie*, Münster: Waxmann, pp. 79-95.
- BOERS, Klaus/REINECKE, Jost (2008): *Entstehung und Verlauf der Jugendkriminalität. Ergebnisse einer kriminologischen Langzeituntersuchung in Duisburg*. Comunicado de prensa de 11 de septiembre de 2008. Disponible en Internet: www.jura.uni-muenster.de.
- BUNDESMINISTERIUM DES INNERN/BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ (Ed.) (2001): *Erster Periodischer Sicherheitsbericht*, Berlin.
- (2006): *Zweiter Periodischer Sicherheitsbericht*, Berlin.

- CANO PAÑOS, Miguel Ángel (2006): *El futuro del Derecho penal juvenil europeo*, Barcelona: Atelier.
- (2007): «El marco jurídico y criminológico de la custodia de seguridad (*Sicherungsverwahrung*) en el Derecho penal alemán», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 91, pp. 205-250.
- CAPDEVILA CAPDEVILA, Manel/FERRER PUIG, Marta/LUQUE REINA, Eulàlia (2005): *La reincidencia en el delito en la justicia de menores*, Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada.
- DEUTSCHES JUGENDINSTITUT (2004): *Kooperation im Fall von jugendlichen Mehrfach- und Intensivtätern. Wissenschaftliche Begleitung des Modellprojektes von 2001 bis 2004*.
- DÖLLING, Dieter (1989): «Mehrfach auffällige junge Straftäter – kriminologische Befunde und Reaktionsmöglichkeiten der Jugendstrafrechtspflege», *Zentralblatt für Jugendrecht*, núms. 7-8, pp. 313-319.
- ELSNER, Erich/STEFFEN, Wiebke/STERN, Gerhard (1998): *Kinder- und Jugendkriminalität in München: Untersuchung von Ausmaß und Ursachen des Anstiegs der Deliktzahlen im Bereich der Kinder- und Jugendkriminalität am Beispiel eines Großstadtpräsidiums*, München: Bayerisches Landeskriminalamt.
- FREHSEE, Detlev (2000): «Kriminalität in den Medien – eine kriminelle Wirklichkeit eigener Art», en: BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ (Ed.), *Kriminalität in den Medien. 5. Kölner Symposium*, 1.ª Ed. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg, pp. 23-42.
- FRITSCH, Konstanze (2011): «Anforderungen an die Jugendhilfe im Umgang mit jugendlichen Intensivtätern/ innen», en: BOEGER, Annette (Ed.), *Jugendliche Intensivtäter*, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, pp. 19-41.
- GRAÑA GÓMEZ, José Luis/GARRIDO GENOVÉS, Vicente/GONZÁLEZ CIEZA, Luis (2007): *Reincidencia delictiva en menores infractores de la Comunidad de Madrid: evaluación, características delictivas y modelos de predicción*, Madrid: Agencia para la Reeducación y Reinserción del Menor Infractor.
- HEINZ, Wolfgang (2002): «Kinder – und Jugendkriminalität – ist der Strafgesetzgeber gefordert?», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 114, pp. 519-583.
- (2008): «Härtere Sanktionen im Jugendstrafrecht = weniger Jugendkriminalität! Stimmt diese Gleichung?», *ajs-informationen. Fachzeitschrift der Aktion Jugendschutz*, núm. 2/44, pp. 4-17.
- HENNINGER, Markus (2002): «Konsequente Inkonzsequenz. Die “kriminelle Karriere” des Mahmoud R. und ihre justizielle Würdigung», *Kriminalistik*, núms. 8/9, pp. 513-523.
- HUCK, Lorenz (2009): *Jugendliche Intensivtäter/innen. Kriminelle Karriere und Präventionsmöglichkeiten aus Sicht der betroffenen Subjekte*, Hamburg: Argument Verlag.
- (2011): «Kriminelle Karrieren und Präventionsmöglichkeiten aus Sicht der betroffenen Subjekte», en: BOEGER, Annette (Ed.), *Jugendliche Intensivtäter*, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, pp. 173-201.

- HUCK, Wilfried (2011): «Intensivtäter aus jugendpsychiatrischer Sicht», en: BOEGER, Annette (Ed.), *Jugendliche Intensivtäter*, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, pp. 141-171.
- KAISER, Günther, *et al.* (Ed.) (1993): *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, 3.^a Ed., Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag.
- KARLICZEK, Kari-Maria (2009): «“Intensivtäter” im Spannungsfeld zwischen Politik und Medien», en: BINDEL-KÖGEL, Gabriele/KARLICZEK, Kari-Maria (Eds.), *Jugendliche Mehrfach – und «Intensivtäter»*. *Entwicklungen, Strategien, Konzepte*, Münster: LIT Verlag, pp. 191-208.
- KERNER, Hans-Jürgen (1984): «Jugendgerichtsverfahren und Kriminalprävention», en: DEUTSCHE VEREINIGUNG FÜR JUGENDGERICHTE UND JUGENDGERICHTSHILFEN (Ed.), *Jugendgerichtsverfahren und Kriminalprävention*, München, pp. 14-45.
- (1989): «Jugendkriminalität, Mehrfachtäterschaft und Verlauf», *Bewährungshilfe*, Vol. 36, pp. 202-220.
- (1998): «Vom Ende des Rückfalls. Probleme und Befunde zum Ausstieg von Wiederholungstätern aus der sogenannten Kriminellen Karriere», en: ALBRECHT, Hans-Jörg, *et al.* (Ed.), *Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag*, Erster Halbband, Berlin: Duncker&Humblot, pp. 141-176.
- (2008): «Jugendkriminalität zwischen Gelegenheitstaten und krimineller Karriere», en: DEUTSCHE VEREINIGUNG FÜR JUGENDGERICHTE UND JUGENDGERICHTSHILFEN (Ed.), *Fördern, Fordern Fallenlassen. Aktuelle Entwicklungen im Umgang mit Jugenddelinquenz*, Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg, pp. 31-53.
- KOCH-ARZBERGER, Claudia, *et al.* (2008): *Mehrfach – und Intensivtäter in Hessen*. Basisbericht Vol. 1, Wiesbaden: Hessisches Landeskriminalamt.
- LÖHR, Eva (1997): «Kriminologisch-rationaler Umgang mit jugendlichen Mehrfachtätern», *Zeitschrift für Rechtspolitik*, núm. 7, pp. 280-286.
- MATT, Eduard/ROTHER, Dunja (2001): «Jugendliche “Intensivtäter”», *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, núm. 6, pp. 472-482.
- MOFFITT, Terrie E./CASPI, Avshalom/RUTTER, Michael/ SILVA, Phil A. (2001): *Sex differences in antisocial behaviour. Conduct disorder, delinquency and violence in the Dunedin Longitudinal Study*. Cambridge: Cambridge University Press.
- NAPLAVA, Thomas (2010): «Jugendliche Intensiv – und Mehrfachtäter», en: DOLLINGER, Bernd/SCHMIDT-SEMISCH, Henning (eds.), *Handbuch Jugendkriminalität. Kriminologie und Sozialpädagogik im Dialog*, 1.^a Ed., Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, pp. 293-306.
- OHDER, Claudius (2007): «“Intensivtäter” in Berlin. Hintergründe und Folgen vielfacher strafrechtlicher Auffälligkeit», *Berliner Forum Gewaltprävention*, núm. 33, pp. 5-75.
- (2009): «“Intensivtäter” – eine neuer Tätertypus?», en: BINDEL-KÖGEL, Gabriele/KARLICZEK, Kari-Maria (Eds.), *Jugendliche Mehrfach – und “Intensivtäter”*. *Entwicklungen, Strategien, Konzepte*, Münster: LIT Verlag, pp. 17-39.

- OHDER, Claudius/HUCK, Lorenz (2006): «“Intensivtäter” in Berlin – Hintergründe und Folgen vielfacher strafrechtlicher Auffälligkeit–. Teil 1 Eine Auswertung von Akten der Abteilung 47 der Berliner Staatsanwaltschaft», *Berliner Forum Gewaltprävention*, núm. 26, pp. 6-56.
- OSTENDORF, Heribert (2007): «“Intensivtäterbekämpfung” auf Abwegen», *Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe*, núm. 3, p. 300.
- (2011): *Jugendstrafrecht*, 6.^a Ed, Baden-Baden: Nomos.
- PFEIFFER, Christian/WETZELS, Peter (1997). «Kinder als Täter und Opfer. Eine Analyse auf der Basis der PKS und einer repräsentativen Opferbefragung», *DVJJ-Journal*, núm. 4, pp. 346-366.
- POLLICH, Daniela (2010): *Problembelastung und Gewalt. Eine soziologische Analyse des Handelns jugendlicher Intensivtäter*, Münster: Waxmann.
- PRITTWITZ, Cornelius (2003): «“Intensivtäter” und “Intensivstrafverfolgung” –Die “Gemeinsame Arbeitsgruppe Amtsanwaltschaft/Staatsanwaltschaft/Polizei” Frankfurt/Main–», en: MINTHE, Eric (Ed.), *Neues in der Kriminalpolitik – Konzepte, Modelle, Evaluation –*, Wiesbaden: Kriminologische Zentralstelle e.V., pp. 153-164.
- PUSCHKE, Jens (2007): «“Intensivtäter”. Neuartige Kontrolle mittels tradierter Zuschreibung», *Vorgänge*, núm. 2, pp. 63-72.
- SCHEERER, Sebastian (1978): «Der politisch-publizistische Verstärkerkreislauf. Zur Beeinflussung der Massenmedien im Prozeß strafrechtlicher Normgenese», *Kriminologisches Journal*, núm. 10, pp. 223-227.
- SCHENDEL, Jürgen (2008): «Die Intensivtäterdiskussion in Berlin und ihre Auswirkungen auf die Prävention», DEUTSCHE VEREINIGUNG FÜR JUGENDGERICHTE UND JUGENDGERICHTSHILFEN (Ed.), *Fördern, Fordern Fallenlassen. Aktuelle Entwicklungen im Umgang mit Jugenddelinquenz*, Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg, pp. 390-398.
- SCHNEIDER, Hans-Joachim (1991): «Ausgewählte besondere Probleme der Kinder- und Jugenddelinquenz und ihre Kontrolle», *Jura*, núm. 11, pp. 570-575.
- SCHWEITZER, Manfred (2006): «Grenzen der Erziehung – Intensivtäter außen vor?», en: DEUTSCHE VEREINIGUNG FÜR JUGENDGERICHTE UND JUGENDGERICHTSHILFEN (Ed.), *Verantwortung für Jugend*, Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg, pp. 111-127.
- STEFFEN, Wiebke (2009): «Junge Intensiv –und Mehrfach Täter– eine “neue” Herausforderung? Überblick über kriminologische Befunde zu intensiv und dauerhaft auffälligen jungen Menschen», en: BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ (Ed.), *Das Jugendkriminalrecht vor neuen Herausforderungen? Jenaer Symposium*, Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg, pp. 83-100.
- STELLY, Wolfgang/THOMAS, Jürgen (2011): «Entwicklungsverläufe jugendlicher Mehrfach Täter», en: BOEGER, Annette (Ed.), *Jugendliche Intensivtäter*, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, pp. 227-254.

- WALTER, Michael (2001): *Jugendkriminalität*, 2.^a Ed., Berlin: Boorberg.
- (2003): «Jugendkriminalität in zeitbedingter Wahrnehmung. Der Intensivtäter – empirische Kategorie oder kriminalpolitischer Kampfbegriff?», *Recht der Jugend und des Bildungswesens*, núm. 3, pp. 272-281.
- (2003a): «Mehrfach- und Intensivtäter – Kriminologische Tatsache oder Erfindung der Medien?», *Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe*, núm. 2, pp. 159-163.
- WOLFGANG, Marvin E./FIGLIO, Robert M./SELLIN, Thorsten (1972): *Delinquency in a Birth Cohort*, Chicago: The University of Chicago Press.



Los nuevos delitos informáticos introducidos en el Código Penal español con la Ley Orgánica 5/2010. Perspectiva de derecho comparado

IVAN SALVADORI

Doctor europeo en Derecho Penal Económico y Derecho Penal Informático,
becario de investigación de la Universidad de Verona-Universitat de Barcelona

RESUMEN

En el presente trabajo se analiza la formulación y la ubicación de las nuevas normas que protegen la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y sistemas informáticos, que se han introducido en el Código Penal español por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. A este respecto se otorgará especial atención a los nuevos delitos de acceso ilícito a datos y programas informáticos (art. 197.3 CP) y a los delitos de daños de datos y de sistemas informáticos (art. 264.1 y art. 264.2 CP). Asimismo, se formularán algunas breves consideraciones sobre las disposiciones que prevén la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Finalmente, para concluir, se desarrollarán en perspectiva comparada algunas consideraciones críticas sobre la formulación de los nuevos delitos informáticos introducidos en el Código Penal español por la Ley Orgánica 5/2010.

Palabras clave: *Derecho Penal Informático, cibercrimen, intrusismo informático, daños informáticos, responsabilidad penal de las personas jurídicas, Convenio sobre Cibercrimen.*

ABSTRACT

In the present paper we will analyse the new offences against confidentiality, integrity and availability of data and computer systems, introduced into the Spanish Criminal Code through the Organic Law No. (n.) 05/2010 of June 22, 2010 amending

Organic Law 10/1995, of November 23, on the Criminal Code. In particular, we will focus on the new offences concerning illegal access (art. 197 CP), data interference (art. 264.1 CP) and system interference (art. 264.2 CP) and the corporate liability. Finally, we will make some critical references about the legislative formulation of the new cybercrime offences introduced into the Spanish Criminal Code through the Law 5/2010 in a comparative perspective.

Keywords: Criminal Information law, cybercrime, illegal access, data and system interference, corporate liability, Cybercrime Convention.

SUMARIO: 1. Introducción.–2. La ubicación sistemática de los delitos informáticos en el Código Penal español.–3. La irrelevancia penal de la conducta de *hacking* en el Código Penal de 1995.–4. El nuevo delito de acceso no autorizado a datos y programas informáticos (art. 197.3 CP).–5. Los delitos de daños informáticos en el Código Penal de 1995.–6. El nuevo delito de daños de datos informáticos (art. 264.1 CP).–7. El nuevo delito de daños de sistemas informáticos (art. 264.2 CP).–8. La responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos informáticos.–9. Consideraciones finales y perspectivas de *lege ferenda*.

1. INTRODUCCIÓN

El 27 de noviembre de 2009 el gobierno español presentó un amplio proyecto de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, esto es, al Código Penal vigente (1). El objetivo principal de la reforma, que en parte retomó el Anteproyecto de Ley Orgánica de 2008 (2), fue dar ejecución a las obligaciones internacionales y colmar las lagunas de punibilidad surgidas en la práctica, que por lo

(1) *Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, 121/000052, disponible en la siguiente página web http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_052-01.PDF. Para un primer comentario sistemático al mencionado proyecto de Ley Orgánica véase ÁLVAREZ GARCÍA F. J., GONZÁLEZ CUSSAC J. L. (dirs.), *Consideraciones a propósito del proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal*, Valencia, 2010.

(2) *Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. Sobre las principales novedades previstas por el Anteproyecto de Ley Orgánica del 2008, de reforma del Código Penal v. VELASCO NÚÑEZ E., «Delitos informáticos, terrorismo y derecho internacional en el Anteproyecto de Ley Orgánica de 2008, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal», en *La Ley Penal*, núm. 63, 2009, 5 ss.; CASANUEVA SANZ I., PUEYO RODERO J. A. (coord.), *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008: algunos aspectos*, Bilbao, 2009.

demás habían sido subrayadas hace tiempo por parte de la mejor doctrina. Además de la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el proyecto de reforma de 2009 previó la modificación de más de cientos de delitos del Código Penal, entre ellos los relativos a la explotación de menores, de combate al terrorismo, a la criminalidad organizada y al cibercrimen.

En referencia a la criminalidad informática, se previó la introducción en el Código Penal de un nuevo delito para castigar el fraude informático cometido mediante tarjetas de crédito y, en línea con las disposiciones de la Decisión Marco 2005/222/JAI, relativa a los ataques contra los sistemas de información, nuevas normas para castigar el acceso ilícito a un sistema informático (*hacking*) y los daños informáticos(3).

Después de una rápida tramitación legislativa, el proyecto gubernamental fue sometido al juicio de la Comisión de Justicia, siendo reenviado al Parlamento para su aprobación definitiva el día 29 de abril de 2010. Finalmente, dicho proyecto fue aprobado por el Senado el 22 de junio de 2010, convirtiéndose en la Ley Orgánica 5/2010(4).

No obstante, conforme a la disposición séptima transitoria de dicha Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, la cual apareció publicada en el Boletín Oficial del Estado al día siguiente, las modificaciones introducidas en el Código Penal entrarían en vigor tras una *vacatio legis* de seis meses, es decir, el 23 de diciembre de 2010.

Dada la extensión que posibilita el objeto del presente trabajo, limitaré mi atención a comentar los nuevos delitos informáticos en «sentido propio» (o *cyber crimes*)(5) introducidos por la mencionada Ley Orgánica 5/2010, sin tomar en consideración aquellos que pueden ser cometidos también a través de las redes informáticas

(3) «Proyecto de Ley Orgánica», cit., *Preámbulo*, XIV.

(4) Por un primer comentario sistemático a la Ley Orgánica 05/2010, v. ÁLVAREZ GARCÍA F. J., GONZÁLEZ J. J. (dir.), «Comentarios a la Reforma Penal de 2010», Valencia, 2010; ORTÍZ DE URBINA GIMENO, I., (coord.), «Memento Experto Reforma penal», Madrid, 2010; QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.), *La reforma Penal de 2010: Análisis y Comentario*, Navarra, 2010. Sobre el contexto político-criminal de la Ley orgánica 05/2010 v. SILVA SÁNCHEZ J. M., «La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto», en *Diario La Ley*, núm. 7464, 9 de septiembre de 2010.

(5) Se hace referencia a aquellos delitos que pueden ser cometidos solamente en el ciberespacio a través de redes telemáticas. En doctrina v. las consideraciones de SIEBER U., *Organised crime in Europe: the threat of cybercrime*, Council of Europe, Strasbourg, 2005, 86; también PICOTTI, L., «Biens juridiques protégés et techniques de formulation des infractions en droit pénal de l'informatique», in *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 77, 2006, 533.

(como por ejemplo el delito de *child grooming* o «ciber-acoso», del art. 183-bis CP (6), el de utilización ilícita de tarjetas de crédito del art. 248.2, let. c), CP, etc.) (7). Antes de proceder al análisis de las nuevas normas que protegen la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y sistemas informáticos, se formularán algunas consideraciones sobre la peculiar ubicación sistemática que se les dio a los nuevos delitos informáticos en el Código Penal (párrafo 3). A continuación se revisarán las disposiciones del Código Penal de 1995 que, a falta de normas específicas, podían ser aplicadas por parte de los jueces para castigar la conducta no autorizada de acceso ilícito a un sistema informático y los denominados daños «funcionales» de sistemas informáticos (párrafos 3 y 5). El análisis de la normativa penal vigente permitirá evaluar si con la reforma legislativa de 2010 se han superado definitivamente aquellas lagunas que limitaban la posibilidad de castigar los más frecuentes ataques a los sistemas informáticos (*Hacking, Cracking, Denial of Service*, ecc.). Posteriormente se efectuará una referencia a la estructura de los nuevos tipos delictivos en materia de criminalidad informática. A este respecto se otorgará una especial atención a los delitos de acceso ilícito a datos y programas informáticos (párrafo 4) y a los delitos de daños de datos (párrafo 6) y de sistemas informáticos (párrafo 7). Asimismo, se formularán algunas breves consideraciones sobre las disposiciones que prevén la responsabilidad penal de las personas jurídicas (párrafo 8). Finalmente, para concluir, se desarrollarán algunas consideraciones críticas sobre la formulación de los nuevos delitos informáticos introducidos en el Código Penal español por la Ley Orgánica 5/2010, del 22 de junio (párrafo 9).

(6) Artículo 183-bis CP: «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». Por un primer análisis del artículo 183-bis, CP, v. VIVES ANTON, T. S., ORTS BERENQUER, E., CARBONELL MATEU, J. C., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., MARTINES-BUJAN PÉREZ, C., *Derecho Penal, Parte especial*, III ed., Valencia, 2010, 269-271.

(7) Artículo 248.2, let. c) CP: «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».

2. LA UBICACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS DELITOS INFORMÁTICOS EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

El legislador español introdujo en el Código Penal de 1995 algunos delitos específicos contra la criminalidad informática (8). En particular tipificó una serie de hechos ilícitos cometidos a través de o contra nuevos «objetos» informáticos y algunos actos preparatorios a la comisión de delitos más graves (en especial en referencia al fraude informático y a la violación de derechos de propiedad intelectual) (9).

La técnica de formulación normativa utilizada en el Código Penal de 1995 puede calificarse de muy peculiar, considerando que en lugar de crear tipos delictivos autónomos, como sucedió por ejemplo en Alemania (por la Ley 2. WiKG) (10) y en Italia (por la Ley 23 de diciembre de 1993, núm. 547), el legislador español prefirió modificar y extender el ámbito de aplicación de los delitos tradicionales (estafa, daños, etc.) que presentaban analogías con los nuevos actos ilícitos cometidos a través de las nuevas tecnologías.

(8) Con referencia a la relevancia penal de los delitos informáticos en la legislación penal española antecedente a la entrada en vigor del Código Penal de 1995 v., por todos, GONZÁLEZ RUS, J. J., «Aproximación al tratamiento penal de los ilícitos patrimoniales relacionados con medios o procedimientos informáticos», en *RFDUCM*, Monográfico núm. 12, 1982, 107 ss.; CAMACHO LOSA, L., *El delito informático*, Madrid, 1987; ROMEO CASABONA, C. M., *Poder informático y seguridad jurídica*, 1987, 90 ss.; GUTIÉRREZ FRANCÉS, M. L., *Fraude informático y estafa*, Madrid, 1991; CORCOY BIDASOLO, M., «Protección penal del sabotaje informático: especial consideración de los delitos de daños», en MIR PUIG, S. (coord.), *Delincuencia informática*, Barcelona, 1992, 177 ss.

(9) Paradigmático es el artículo 248.3 CP, que castiga la fabricación, introducción, posesión y la puesta a disposición de programas informáticos específicamente destinados a la comisión de un fraude informático y el artículo 270.3 CP, que castiga la fabricación, la puesta en circulación y la posesión de medios destinados a neutralizar las medidas de seguridad puestas a protección de programas informáticos. Para un análisis del artículo 248.3 CP, v. GALÁN MUÑOZ, A., «El nuevo delito del artículo 248.3 CP: ¿un adelantamiento desmedido de las barreras de protección penal del patrimonio?», en *La Ley*, núm. 3, 2004, 1859 ss. Sobre el artículo 270.3 CP v. las consideraciones de GÓMEZ MARTÍN, V., «El delito de fabricación, puesta en circulación y tenencia de medios destinados a la neutralización de dispositivos protectores de programas informáticos (art. 270, párr. 3 CP). A la vez, un estudio sobre los delitos de emprendimiento o preparación con el CP de 1995», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 04-16 (2002), disponible en la siguiente página web <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc04-16.pdf>; ID, «El artículo 270.3 CP: breve historia de un despropósito» en *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 21, 2007, 81 ss., con amplias referencias bibliográficas.

(10) «Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität» (2. WiKG), 15 de mayo de 1986, publicado en el *Bundesgesetzblatt*, núm. 21 de 23 de mayo de 1986 (BGBl 1986, I, 721).

La extensión de los tipos delictivos clásicos fue realizada de dos maneras. Por una parte, se introdujo dentro de los delitos tradicionales subtipos autónomos para castigar las nuevas modalidades ilícitas. Y por la otra, se amplió el ámbito de los objetos materiales de aquellos delitos que presentaban analogías con los nuevos hechos delictivos. De esta manera se tutelaron también los nuevos «objetos» informáticos (datos, programas y documentos informáticos)(11).

Un ejemplo paradigmático de la adopción de la primera técnica de formulación normativa es el delito de fraude informático (art. 248.2 CP)(12). Con respecto al delito tradicional de estafa (art. 248.1 CP) el «fraude informático», se realiza por parte del que obtiene un acto de disposición patrimonial mediante una conducta de tipo «lógico», es decir, a través de una manipulación informática u otro artificio semejante, que ocupa el lugar del engaño que induce a un tercero a error(13).

Un ejemplo de extensión del ámbito aplicativo de los delitos tradicionales mediante la introducción de nuevos objetos materiales es el delito de daños de datos, programas y documentos electrónicos contenidos en redes, soportes y sistemas informáticos (art. 264.2 CP), el cual se castiga como hipótesis agravada del delito de daños de cosas materiales (art. 263 CP)(14).

(11) Con referencia a la clasificación sistemática que distingue entre delitos informáticos según que el sistema informático constituya el objeto material del delito o el instrumento para la comisión de delitos, v. GONZÁLEZ RUS, J. J., *Aproximación al tratamiento penal de los ilícitos patrimoniales*, cit., 116 ss.; y, más reciente ID., «Protección penal de sistemas, elementos, datos, documentos y programas informáticos», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 01-14 (1999), disponible al sitio http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-14.html#1. Sobre las peculiaridades de esta técnica legislativa respecto a la que ha sido utilizada por otros legisladores europeos v. las consideraciones de ROMEO CASABONA, C. M., «Tendencias actuales sobre las formas de protección jurídica ante las nuevas tecnologías», en *Poder Judicial*, núm. 31, 1993, 180-181.

(12) Artículo 248.2 CP: «se consideran reos de estafa los que, con ánimo de lucro, y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero».

(13) Sobre la estructura del delito de fraude informático (art. 248.2 CP), v. QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F., TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R. (coords.), *Comentarios al Código Penal, Tomo II, Parte Especial*, V ed., Pamplona, 2008, 710-714; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal español*, Parte especial, VI ed., 2010, 517 ss.; JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., «La delincuencia económica y las nuevas tecnologías: el fraude informático», en *Revista de Derecho Penal*, núm. 27, 2009, 11 ss.

(14) Artículo 264.2 CP: «La misma pena (pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses) se impondrá al que por cualquier medio destruya, altere, inutilice o de cualquier otro modo dañe los datos, programas o documentos

El esfuerzo del legislador de 1995 de integrar y adaptar lo máximo posible los nuevos delitos informáticos a los tipos delictivos tradicionales (estafa, daños, violación de secretos, etc.), pareció responder a la idea de que la llegada de las nuevas tecnologías hubiese comportado un cambio de las modalidades de agresión a los bienes jurídicos clásicos, recurriendo a la creación de artificiosas y poco apropiadas formulaciones legislativas y a una discutible ubicación sistemática de los nuevos delitos informáticos dentro del Código Penal.

Con la reforma de 2010 el legislador español, esencialmente en línea con la técnica adoptada en 1995, ha colocado los nuevos delitos informáticos que se refieren a la tutela de la confidencialidad, de la integridad y de la disponibilidad de los datos y sistemas informáticos al lado de aquellos tipos delictivos tradicionales que presentan respecto a ellos algunas (supuestas) analogías.

Paradigmática es en este sentido la (discutible) ubicación del nuevo delito de acceso ilícito a datos y programas informáticos (art. 197.3 CP) en el título X del Código Penal, que incluye los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio.

A diferencia de lo que hizo el legislador en 1995, el de 2010 ha introducido los nuevos delitos de daños informáticos dentro de un tipo penal autónomo (art. 264 CP), en lugar de ponerlos al lado de las hipótesis agravadas del delito tradicional de daños de cosas materiales (art. 263 CP). Sin embargo, idéntica ha quedado la ubicación de la norma en el capítulo IX del título XIII, entre los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico.

En los siguientes párrafos se subrayará como los nuevos delitos de acceso no autorizado a datos y programas informáticos y de daños informáticos, pese a su ubicación sistemática, tienen poco o nada que ver con los bienes jurídicos de la inviolabilidad del domicilio y del patrimonio.

electrónicos ajenos contenidos en redes, soportes o sistemas informáticos». Por un comentario, v. GONZÁLEZ RUS, J. J., «Daños a través de Internet», en AAVV, *Homenaje al Prof. Dr. G.R. Mourullo*, Navarra, 2005, 1469 ss., 1470-1477. Más en general, con referencia a las problemáticas jurídicas que presentan las conductas de daños informáticos, v. CAMACHO LOSA, L., *El delito informático*, cit., 97 ss.; también, en perspectiva comparada ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «Los daños informáticos en la Unión Europea», en *La Ley*, núm. 1, 1999, 1724-1730; más reciente ID., «Los daños informáticos en el derecho penal europeo», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., VENTURA PÜCHEL, A. (coords.), *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea: la política de la Unión Europea*, 2009, 411 ss.

3. LA IRRELEVANCIA PENAL DE LAS CONDUCTAS DE HACKING EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995

A diferencia de lo que se había previsto en la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos, el legislador español de 1995, no consideró necesario castigar el acceso no autorizado a un sistema informático (*hacking*) (15).

A falta de una específica disposición penal sobre el *hacking*, según doctrina muy destacada, la intrusión ilícita en un sistema informático ajeno hubiera podido ser castigada en cuanto conducta instrumental a la comisión de determinados delitos informáticos, en particular los delitos de forma libre (16). Paradigmático era el artículo 197 CP, que no tipificando la modalidad de apropiación ilícita de mensajes de correo electrónico (art. 197.1 CP) o de datos de carácter personal o familiar contenidos en soportes informáticos o telemáticos (art. 197.2 CP), permite castigar aquellas violaciones de la intimidad que se realizan mediante la introducción ilícita en un ordenador ajeno (17). De igual manera se afirmó en referencia a los delitos de daños «lógicos» (art. 264.1 CP), que en ellos pueden ser subsumidas las conductas de acceso no autorizado que son instrumentales a la agresión de datos y programas informáticos (18). Por tanto, el simple acceso ilícito a un sistema informático hubiera sido ya penado en el ordenamiento jurí-

(15) En doctrina, v. DE ALFONSO LASO, D., *El hacker blanco. Una conducta ¿punible o impune?*, en *Internet y Derecho Penal, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 2001, 514 ss.; MORÓN LERMA, E., *Internet y Derecho Penal: Hacking y otras conductas ilícitas en la Red*, Pamplona, 2002, 55 ss.; más reciente también GONZÁLEZ RUS, J. J., *Daños a través de Internet*, cit., 1481; ID., «Los ilícitos en la red (I): hackers, crackers, cyberpunks, sniffers, denegación de servicio y otros comportamientos semejantes», en ROMEO CASABONA, C. M. (coord.), *El cibercrimen. Nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, Granada, 2006, 246; RUEDA MARTÍN, M. A., «Los ataques contra los sistemas informáticos: conducta de hacking. Cuestiones políticos-criminales», en *Sistema penal*, núm.1, 2008, 74. En la jurisprudencia, v. AP Tarragona, 23 de julio de 2001, JUR 310139/01.

(16) En este sentido, v. GONZÁLEZ RUS, J. J., «El *cracking* y otros supuestos de sabotaje informático», en *Estudios jurídicos, Ministerio Fiscal*, núm. 2, 2003, 246 ss.; ID., *Los ilícitos en la red (I)*, cit., 246-247, según el cual: «a la postre, por tanto, lo que acaba decidiendo el carácter punible o no del acceso no autorizado a sistemas informáticos ajenos es la finalidad con la que el mismo se hace, resultando típico cuando, siendo un medio comisivo posible, el propósito del sujeto coincide con el del elemento subjetivo del injusto o el dolo propio de algún delito (...). El simple acceso no autorizado podrá resultar punible si constituye tentativa de los correspondientes delitos». Análogamente v. MORÓN LERMA, E., *Internet y Derecho Penal*, cit., 55.

(17) Cfr. MORÓN LERMA, E., *Internet y Derecho penal*, cit., 58-64.

(18) GONZÁLEZ RUS, J. J., *El cracking y otros supuestos de sabotaje informático*, cit., 223 ss.; id., GONZÁLEZ RUS, J. J., *Daños a través de Internet*, cit., 1482.

dico español, en cuanto constituya una tentativa de cometer una violación de la intimidad o un daño informático (19).

Mayores dudas han surgido en doctrina y en jurisprudencia en referencia a la posibilidad de castigar, a falta de una disposición específica, las conductas de simple acceso ilícito a un sistema informático realizadas sin finalidad ilícita ulterior (el llamado «*hacking* blanco»)(20). Una parte de la doctrina, ha afirmado la posibilidad de reconducir a estos hechos ilícitos el tipo delictivo de utilización no autorizada de un aparato de telecomunicación (art. 256 CP)(21).

El artículo 256 CP, que se encuentra en la sección III del capítulo VI del título XIII del mismo, entre «los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico», castiga con la pena de multa de 3 hasta 12 meses «el que hiciere uso de cualquier equipo terminal de telecomunicación, sin consentimiento de su titular, ocasionando a éste un perjuicio superior a 400 euros».

En consecuencia, objeto material del delito tiene que ser un «equipo de telecomunicación», concepto que comprende todos aquellos aparatos por medio de los cuales se pueden establecer conexiones a distancia entre personas, ordenadores y redes de sistemas (por ejemplo, teléfonos, fax, correo electrónico, redes telemáticas, Internet, etc.)(22).

La conducta típica del artículo 256 CP consiste en utilizar un equipo de telecomunicación sin el consentimiento del legítimo titular. Esta se realiza tanto a través de la utilización no autorizada de un equipo ajeno, como cuando con su empleo se excede el ámbito de la autorización (23).

La «ratio» de la norma es la de castigar el llamado ««hurto de tiempo»», es decir, la utilización de servicios ofrecidos por un terminal (por ejemplo: navegación en Internet, consultación de bases de datos de pago, etc.) sin el consentimiento de su titular. Paradigmáticas

(19) En este sentido, v. GONZÁLEZ RUS, J. J., *Daños a través de Internet*, cit., 1482.

(20) Sobre la definición de *hacking* «blanco» como mero acceso no autorizado a un sistema informático sin alguna ulterior finalidad ilícita v. en jurisprudencia *Juzgado de lo Penal* núm. 2 de Barcelona, 28 de mayo de 1999, Fundamento jurídico 1 (cd. caso *Hispahack*). En doctrina, v. GONZÁLEZ RUS, J. J., *Los ilícitos en la red (I)*, cit., 244.

(21) Cfr. MORÓN LERMA, E., *Internet y Derecho Penal*, cit., 55-58; GONZÁLEZ RUS, J. J., «Artículo 256 CP», en COBO DEL ROSAL, M. (coord.), *Comentarios al Código Penal*, Tomo VIII, Madrid, 2004, 555.

(22) En doctrina, v. ORTS BERENGUER, E., ROIG TORRES, M., *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, Valencia, 2001.

(23) En este sentido QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F., TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R. (coords.), *Comentarios*, cit., 771.

son las conductas de aquellos empleados (o *insider*), que utilizan de manera indebida los sistemas informáticos, los programas informáticos o la conexión a Internet de la empresa o de la hacienda pública para finalidades privadas o que exceden de las cargas laborales a las que están obligados.

La conducta de utilización no autorizada de un equipo será penalmente relevante si causa al titular del sistema un perjuicio económico superior a 400 euros. Por lo tanto, en el caso en que el sujeto haya utilizado, por ejemplo, el teléfono de la empresa para efectuar llamadas personales, o haya empleado sin autorización servicios de pago en red (por ejemplo bases de datos, etc.) para finalidades privadas, el juez tendrá que evaluar el coste económico de estos servicios empleados abusivamente (24).

Teniendo en consideración la ubicación sistemática y la formulación de la norma, la doctrina mayoritaria ha afirmado que el bien jurídico protegido por el artículo 256 CP es el patrimonio (25). Sin embargo, el carácter patrimonial del interés protegido por la norma impide subsumir en el artículo 256 CP la mayor parte de las conductas de acceso no autorizado a un sistema informático, puesto que estas no causan siempre un perjuicio económico al legítimo titular del sistema informático (26). Por lo tanto, el ámbito de aplicación del tipo delictivo se queda circunscrito a las conductas de utilización no consentida de determinados servicios, que se realizan en una fase temporalmente sucesiva a la de acceso ilícito a un sistema informático (27).

4. EL NUEVO DELITO DE ACCESO NO AUTORIZADO A DATOS Y PROGRAMAS INFORMÁTICOS (ART. 197.3 CP)

Para colmar las lagunas que no permitían castigar las conductas de *hacking* y *cracking*, el legislador español de 2010 ha introducido en el Código Penal una disposición *ad hoc* para sancionar el acceso no

(24) Cfr. MORÓN LERMA, E., *Internet y Derecho Penal*, cit., 57.

Sobre la escasa relevancia aplicativa de la norma debida también a las dificultades de determinar el perjuicio económico, v. GONZÁLEZ RUS, J. J., *Artículo 256 CP*, cit., 553.

(25) V., por todos, ORTS BERENGUER, E., ROIG TORRES, M., *Delitos informáticos*, cit., 76; MORÓN LERMA, E., *Internet y Derecho Penal*, cit., 56.

(26) Cfr. MORÓN LERMA, E., *Internet y Derecho Penal*, cit., 56; análogamente GUTIÉRREZ FRANCÉS, M. L., *El intrusismo informático*, cit., 1174 ss.

(27) En este sentido v. GUTIÉRREZ FRANCÉS, M. L., *El intrusismo informático*, cit., 1175; MORÓN LERMA, E., *Internet y Derecho Penal*, cit., 57.

autorizado a datos y programas informáticos (o «intrusismo informático»).

El nuevo párrafo tercero del artículo 197 CP castiga, con la pena de reclusión de 6 meses a dos años «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».

La formulación del nuevo delito de acceso no autorizado a datos y programas informáticos es muy similar a la del delito de violación de domicilio (art. 202 CP) (28). Muy similares son también las conductas típicas. El artículo 197.3 CP, de manera análoga al artículo 615.ter del Código Penal italiano (29), castiga dos hipótesis alternativas de conductas: aquella activa de quien «acceda sin autorización» a datos y programas informáticos contenidos en todo o en parte de un sistema informático y aquella omisiva de quien «se mantenga en el sistema contra la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo». Idéntico, respecto al delito de violación del domicilio, es el tratamiento sancionador (reclusión de 6 meses a 2 años).

La primera conducta que castiga el artículo 197.3 CP es la de acceso no autorizado a datos y programas informáticos. De esta manera se colma definitivamente la laguna que no permitía castigar el mero *hacking*.

En la mayoría de los casos, el acceso a datos y programas informáticos se verifica ya con la superación de las medidas de seguridad y la introducción en un sistema informático ajeno. La conducta de acceso tiene que ser entendida como la posibilidad por parte del sujeto agente de «utilizar» los datos sin que sea necesario que él se entere de su contenido (30).

(28) Artículo 202 CP: «1. El particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años. 2. Si el hecho se ejecutare con violencia o intimidación la pena será de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses».

(29) Artículo. 615-ter, comma 1, CP. («accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico»): «*Chiunque abusivamente si introduce in un sistema informatico o telematico protetto da misure di sicurezza ovvero vi si mantiene contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo, è punito con la reclusione fino a tre anni*».

(30) Sobre la interpretación de la conducta de «acceso» a un sistema informático, v. SALVADORI, I., «L'esperienza giuridica degli Stati Uniti d'America in materia di hacking e cracking», en *Riv. it. dir. proc. pen.*, núm. 3/2008, 1243 ss.

En concordancia con el artículo 2, párrafo 2, de la Decisión Marco 2005/222/JAH (esencialmente análogo al artículo 2, párrafo 2, del Convenio del Consejo de Europa sobre el cibercrimen) el nuevo artículo 197.3 CP requiere que la introducción no autorizada se realice mediante la violación de medidas de seguridad destinadas a impedir el acceso a los datos y a los programas informáticos contenidos en un sistema. En conformidad con el principio de *ultima ratio*, se evita de esta manera una excesiva extensión del tipo delictivo, ya que se requiere como condición para la intervención penal que el titular haya dispuesto una protección de naturaleza técnica y que ésta se haya demostrado suficiente.

De forma análoga a otros legisladores europeos (por ejemplo al alemán, austríaco, italiano, etc.), el legislador español no ha definido el concepto técnico de medidas de seguridad (31). Faltando una definición expresa, la locución tiene que ser interpretada en sentido amplio para comprender todo tipo de barrera u obstáculo puesto para la protección de datos y de programas informáticos, si bien con un grado mínimo de eficacia (32). Las medidas de seguridad pueden tener naturaleza «física» o «lógica». En consecuencia, dentro de ellas se incluyen tanto medios físicos para el encendido (como claves), como de naturaleza organizativa (colocación del ordenador en un sitio cerrado), hasta los medios técnicos más sofisticados de identificación del usuario (por ejemplo palabras claves, secuencias numéricas, huellas digitales, datos biométricos, etc.), que permiten excluir a personas no autorizadas del acceso a datos y programas informáticos.

Además de la conducta activa de acceso no autorizado a datos y programas informáticos, el artículo 197.3 CP castiga la conducta omisiva del «mantenerse» en un sistema contra la voluntad del legítimo titular (33). El objetivo de esta previsión, que está contemplada tam-

(31) Diferente ha sido la elección del legislador rumano, que yendo más allá del artículo 1 del Convenio sobre el cibercrimen, en el artículo 35, let. h), de la Ley 21 de abril de 2003, núm. 161, ha definido la noción de medidas de seguridad como aquel conjunto de «procedimientos, aparatos o programas informáticos específicos por medio de los cuales el acceso a un sistema informático está restringido o prohibido a determinadas categorías de sujetos».

(32) Análogamente v., en la doctrina alemana HILGENDORF, E., «§ 202a StGB», *Leipziger Kommentar*, 2010, 1448-1449, Rdnúm. 34; KARGL W., «§ 202a StGB», in KINDHÄUSER, U., NEUMANN, U., PAEFFGEN, H.-U. (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Nomoskommentar*, Band 2, 3. Auf., 2010, 486.

(33) Con referencia a la análoga hipótesis del «mantenerse» en un sistema informático, prevista por el artículo 615-ter del Código Penal italiano v. PECORELLA C., *Il diritto penale dell'informatica*, Padova, 2006, 349-352. Sobre el carácter omisivo de esta conducta v. también MUCCIARELLI, F., «Commento agli art. 1,2,4 e 10 l. 1993 núm. 547», en *Legisl. Pen.*, 1996, 100; PICOTTI, L., «voce Reati informatici», en *Enci-*

bién en el Código Penal italiano (art. 615-ter CP), parece castigar aquellas hipótesis muy frecuentes en la práctica en las que, después de una inicial introducción obtenida de manera legítima o casual, el sujeto agente se «mantiene» en el sistema ajeno contra la voluntad de quien tiene el derecho de excluirlo.

La conducta (alternativa) de mantenerse en un sistema incluiría, por lo tanto, las hipótesis omisivas de la «parada» o de la «permanencia» abusiva en un sistema informático, que no podrían ser de otra manera subsumidas en la conducta activa de «acceso» no autorizado. Esta conducta no tendrá que entenderse en sentido «físico», sino como mantenimiento de la conexión, inicialmente obtenida de manera autorizada o fortuita, a todo o en parte de un sistema de información. Lo que se castiga por lo tanto es la «permanencia» *invito domino* en el sistema informático ajeno realizada por quien, por casualidad o teniendo al principio la autorización del legítimo titular, haya seguido manteniéndose en el sistema informático pese a que se haya acabado el consentimiento de aquello.

Con la permanencia no autorizada en un sistema ajeno surge el peligro que el agente o aquellos sujetos que se encuentran cercanos de aquel sistema informático puedan aprovechar su carácter temporalmente abierto para acceder sin autorización a los datos y programas informáticos que están contenidos en el mismo o que son accesibles a través del mismo.

Paradigmático es el caso del técnico informático, que siendo autorizado a acceder a un ordenador para verificar su correcto funcionamiento, se mantiene conscientemente más allá del tiempo necesario para efectuar el mencionado control. De esta manera surgiría el riesgo de que el técnico informático pueda realizar ulteriores actividades no autorizadas (por ejemplo copiar datos, controlar archivos, etc.), contrarias a aquellas por las que estaba inicialmente autorizado (34).

Piénsese también en el profesional que no pudiendo conectarse a Internet, entrega a su secretaria las credenciales de acceso a su cuenta personal de correo electrónico para que ella verifique el horario de una cita o de un asunto profesional. En el caso en que la secretaria, después de haber controlado el correo electrónico de su jefe de tra-

clopedia Giuridica Treccani, Aggiorn., Roma, 2000, 22. Contra PICA, G., *Diritto penale delle tecnologie informatiche*, Torino, 1999, 42, según el cual la de «mantenerse» es una conducta de acción que perdura con consentimiento y por lo tanto comisiva, puesto que la norma no se centra en la sanción de la falta de abandono del sistema, sino en el mantenimiento voluntario del acceso al sistema informático.

(34) En este sentido v. también CARRASCO ANDRINO, M., «El delito de acceso ilícito a los sistemas informáticos», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., GONZÁLEZ CUSSAC, J. J. (dir.), *Comentarios*, cit., 254.

bajo, se ponga sin ser autorizada a mirar otros correos o no proceda a cerrar voluntariamente la cuenta de correo, ella se mantendrá abusivamente en el sistema informático.

Por la formulación del artículo 197.3 CP hay que considerar que también la hipótesis de la permanencia tiene como objeto un sistema informático «protegido» por medidas de seguridad. El sujeto agente tendrá que ser consciente de encontrarse dentro de un espacio protegido del sistema informático. Para la consumación del tipo delictivo no será necesario que el sujeto haya sobrepasado ilícitamente las medidas de protección, siendo esta última conducta ya subsumible en la hipótesis activa de acceso no autorizado a datos y programas informáticos.

El delito se consuma respectivamente con el acceso a datos y a programas informáticos o cuando se acaba el «plazo» establecido para «salir» del sistema informático en el que los datos y los programas están contenidos. Este «plazo», que establece el momento a partir del cual la conducta omisiva del «mantenerse» tiene que ser considerada típica, tendrá que ser establecido en base a las normas extrapenales (por ejemplo: contrato de trabajo, contrato individual, usos empresariales, costumbres, etc.), que disciplinan la actividad del sujeto que opera sobre el sistema informático o sobre la base de la autorización (explícita o tácita) concedida a este sujeto por parte del legítimo titular del derecho de excluirlo.

Pese a su ubicación sistemática en el título X del Código Penal, entre los «delitos contra la intimidad, la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio y de la intimidad», la norma no tutela (solamente) el formal interés del legítimo titular a la intimidad de los datos o programas informáticos contenidos en un sistema. Mejor dicho, la disposición protege el poder del titular del derecho a excluir a otros (o *ius excludendi alios*) de disponer de manera exclusiva de sus datos y programas informáticos, independientemente de su contenido (secreto o reservado) o de su valor económico (35).

(35) En este sentido v. ya en la doctrina extranjera SIEBER, U., *The International Handbook*, cit., 86; ID., «Computerkriminalität und Informationsstrafrecht», *CR*, 1995, 103; ID., en HOEREN, T., SIEBER, U. (Hrsg.), *Handbuch Multimedia-Recht*, München, 2009, 418; en la doctrina española, v. GALÁN MUÑOZ, A., «La internacionalización de la represión y la persecución de la criminalidad informática: un nuevo campo de batalla en la eterna guerra entre prevención y garantías penales», en *Revista Penal*, núm. 24, 2009, 95. Individualiza el bien jurídico protegido por el delito de acceso no autorizado a un sistema informático como la «integridad» de los sistemas informáticos GERCKE, M., «Die Cybercrime Konvention», en *Computer und Recht International*, 2004, 729. Sobre este tema v. también SALVADORI, I., *L'esperienza giuridica*, cit., 1281.

Conforme a lo establecido en el artículo 7, párrafo 1, de la Decisión Marco 2005/222/JAI, el legislador español ha previsto un aumento de pena respecto a la hipótesis básica del artículo 197.3 CP, en el supuesto en que el acceso no autorizado haya sido cometido en el marco de una organización o de un grupo criminal (art. 197.8 CP).

El nuevo artículo 570-*bis* CP, introducido por la Ley Orgánica 05/2010, establece que a los efectos del Código Penal 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» (36).

Por su parte, el nuevo artículo 570-*ter* CP establece que para los efectos del Código Penal constituye un 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» (37).

5. LOS DELITOS DE DAÑOS INFORMÁTICOS EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL DE 1995

Con el fin de superar las lagunas que no permitían castigar los daños a datos y programas informáticos (o daños «lógicos»), el legislador español introdujo en el Código Penal de 1995 un tipo delictivo específico: el «sabotaje informático» (38).

El artículo 264.2 CP, ubicado en el capítulo IX, dentro de los delitos comunes de daños, castigaba con la pena de reclusión de 1 a 3 años y multa de 12 a 24 meses al «que por cualquier medio destruya, altere, inutilice o de cualquier otro modo dañe los datos, programas o docu-

(36) Sobre el concepto legal de organización criminal v. GARCÍA RIVAS, N., LAMARCA PÉREZ, C., «Organizaciones y grupos criminales», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., GONZÁLEZ CUSSAC, J. J. (direc.), *Comentarios*, cit., 507-508.

(37) Sobre el concepto legal de grupo criminal v. GARCÍA RIVAS, N., LAMARCA PÉREZ, C., «Organizaciones y grupos criminales», in ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., GONZÁLEZ CUSSAC, J. J. (direc.), *Comentarios*, cit., 510-512.

(38) Sobre las tentativas jurisprudenciales y doctrinales de reconducir a falta de una norma específica los daños informáticos en los comunes tipos delictivos del Código Penal anterior al de 1995 v., por todos, CORCOY BIDASOLO, M., *Protección penal del sabotaje informático*, cit., 160 ss.; GONZÁLEZ RUS, J. J., *Aproximación al tratamiento penal*, cit., 197 ss., con amplias referencias bibliográficas.

mentos electrónicos ajenos contenidos en redes, soportes o sistemas informáticos».

La doctrina mayoritaria evaluó positivamente la previsión de un tipo penal autónomo de daños informáticos, atendido que permitía castigar aquellas agresiones a los nuevos «objetos» informáticos (datos, informaciones y programas), que no podían ser subsumidos en el delito común de daños en propiedad ajena (art. 263 CP). El principal obstáculo a la posibilidad de reconducir en el tradicional delito de daños a «cosas» las agresiones a los nuevos «objetos» informáticos, era representado por la peculiar naturaleza inmaterial de estos últimos objetos (39).

Un sector de la doctrina había considerado inútil y prescindible la introducción en el Código Penal de 1995 del artículo 264.2 CP, dado que estimaba que las conductas de daños «lógicos» habrían podido ser pacíficamente reconducidas en el delito común de daños (40). Este último, —señalaba este sector— contrariamente, por ejemplo al tipo delictivo de daños previsto por el artículo 635 del Código Penal italiano (41), no requería expresamente un daño a una «cosa» material, sino a la «propiedad» ajena (42). Por lo tanto, era suficiente para su consumación que el objeto material sobre el que tenía que recaer la conducta agresiva pudiera ser dañado, alterado o hecho inutilizable, prescindiendo de su naturaleza corporal o material (43).

El hecho típico del artículo 264.2 CP consistía en «destruir, alterar, hacer inutilizable o dañar en cualquier otro modo» datos y programas informáticos o documentos electrónicos. El tipo delictivo castigaba no solamente los daños «lógicos», sino también aquellos

(39) En este sentido v. CORCOY BIDASOLO, M., *Protección penal del sabotaje informático*, cit., 145 ss.; ORTS BERENGUER, E., ROIG TORRES, M., *Delitos informáticos*, cit., 78; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «El delito de daños en la Unión Europea», en *La Ley*, n.1, 1999, 31.

(40) GONZÁLEZ RUS, J. J., *Aproximación al tratamiento penal*, cit.

(41) Artículo 635, comma 1, CP (*danneggiamento*): «Chiunque distrugge, disperde, deteriora o rende, in tutto o in parte, inservibili cose mobili o immobili altrui, è punito, a querela della persona offesa, con la reclusione fino a un anno o con la multa fino a euro 309».

(42) En este sentido v. ya GONZÁLEZ RUS, J. J., *Aproximación al tratamiento penal*, cit., 178 ss.; ID., «Naturaleza y ámbito de aplicación del delito de daños en elementos informáticos (art. 264.2 del Código Penal)», en AA.VV., *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor Doctor José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, 1285 ss. En términos similares, ROMEO CASABONA, C. M., *Tendencias actuales*, cit., 104 ss.; GUTIÉRREZ FRANCÉS, L. M., «Delincuencia económica e informática en el nuevo Código Penal», en AA.VV., *Ámbito jurídico de las tecnologías de la información*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1996, 295.

(43) GONZÁLEZ RUS, J. J., *Aproximación al tratamiento penal*, cit., 138-142.

«físicos» cometidos contra soportes materiales que contenían los mencionados «objetos» informáticos (44). Los daños que se cometían directamente contra una parte física (o *hardware*) de un sistema (por ej. teclado, pantalla, impresora, etc.) se castigaban a través del delito tradicional de daños de cosas (art. 263 CP).

Los objetos materiales del delito eran los «datos, programas o documentos informáticos» (45). En particular la conducta violenta de daños tenía que recaer sobre datos, documentos y programas informáticos contenidos en un soporte físico (por ej. CD, DVD, tarjetas magnéticas, etc.), archivados o almacenados en un sistema informático o en fase de transmisión en red (por ej. a través de Internet, WI-FI, etc.).

El legislador español de 1995 limitó la tutela penal solamente a datos y programas informáticos y documentos electrónicos «ajenos». Según parte de la doctrina, el propietario de estos «objetos» no podría ser considerado sujeto activo del delito (46). Sin embargo, esta interpretación en clave civilista del concepto de «ajenidad» sería demasiado restrictiva, porque llevaría a la absurda consecuencia de excluir del ámbito de la tutela penal aquellos sujetos que tienen un derecho de usufructo sobre los datos y los programas informáticos y que tienen un legítimo interés a su integridad y disponibilidad, pese a no ser propietarios en sentido civilístico.

6. EL NUEVO DELITO DE DAÑOS DE DATOS INFORMÁTICOS (ART. 264.1 CP)

Con el objetivo de dar plena transposición a las disposiciones de la Decisión Marco 2005/222/JAH sobre *data interference* y *system interference* y de superar los evidentes límites del artículo 264.2 CP, que no permitían sancionar las siempre más peligrosas formas de ataques a

(44) Cfr. ORTS BERENGUER, E., ROIG TORRES, M., *Delitos informáticos*, cit., 79.

(45) Sobre la definición de los objetos materiales típicos del artículo 264.2 CP v. GONZÁLEZ RUS, J. J., *Daños a través de Internet*, cit., 1473 ss.

(46) Cfr. GONZÁLEZ RUS, J. J., *Daños a través de Internet*, cit., 1477; CORCOY BIDASOLO, M., «Problemática de la persecución de los denominados delitos informáticos: particular referencia a la participación criminal y al ámbito espacio temporal de comisión de los hechos», en *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 21, 2007, 17 Análogamente v. en la doctrina italiana, con referencia al hoy abrogado artículo 635-*bis* CP introducido por la Ley núm. 547/1993, MANTOVANI, F., «Danneggiamento di sistemi informatici e telematici», en *Dig. disc. pen.*, vol. agg., Torino, 2004, 172, que excluye la configuración de un delito de daño de datos informáticos cometido por el propietario a daño del titular de un derecho de usufructo sobre la cosa dañada.

los sistemas informáticos que se cometen a través de Internet (por ej. ataques *Denial of service*, *Netrike*, *Spamming*, etc.) (47), con la Ley Orgánica 5/2010, el legislador español ha introducido en el Código Penal dos nuevas figuras delictivas en materia de daños informáticos.

La primera de ellas es el nuevo delito de daños de datos informáticos (art. 264.1 CP) que esencialmente asume el contenido del artículo 4 de la Decisión Marco 2005/222/JAH, castigando con la pena de reclusión de 6 meses a 2 años al 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».

Respecto al hoy derogado artículo 264.2 CP, el legislador español de 2010 ha previsto en el hecho típico del nuevo artículo 264.1 CP, las hipótesis de «borrar», «deteriorar» y «suprimir» y «hacer inaccesibles» datos y programas informáticos o documentos electrónicos. Se trata de «resultados», que en parte se sobreponen entre ellos, evitando de esta manera que en el futuro puedan surgir riesgos de una eventual laguna de protección por la aparición de nuevas formas de agresión a datos informáticos.

El resultado típico de «borrar», que corresponde a la destrucción de un objeto corporal o material puede realizarse no solamente a través del formateo de soportes, sino también a través de la destrucción o el daño del mismo soporte físico en el que están contenidos (48). Desde un punto de vista penal será absolutamente irrelevante el hecho de que los datos informáticos borrados puedan ser recuperados por parte del sujeto que tiene un derecho sobre otro soporte (por ejemplo CD-ROM, copia de *back-up*, *Server*, etc.).

El «deteriorar», que en parte se sobrepone con la hipótesis de dañar, tendrá que ser entendido como un menoscabo de la integridad o del contenido informativo de datos o programas informáticos.

La «supresión» consiste en impedir al titular de los datos acceder de manera tanto permanente como temporal a datos informáticos. Este resultado puede realizarse a través de un traslado de datos a un directorio diferente, o mediante la «ocultación», la mera sustitución o

(47) Para un análisis de la relevancia penal de estas conductas en el ordenamiento jurídico italiano v. SALVADORI, I., *Hacking, cracking «e nuove forme di attacco ai sistemi di informazione. Profili di diritto penale e prospettive de jure condendo»*, en *Cyberspazio e diritto*, núm. 3, 2008, 329 ss.

(48) En este sentido v., con referencia al análogo delito de daños de datos informáticos previsto por el § 303a del Código Penal alemán HILGENDORF, E., FRANK, T., VALERIUS, B., *Computer und Internetstrafrecht*, Berlin, Heidelberg, 2005, 55; TOLKSDORF, K., § 303a *StGB, Leipziger Kommentar*, 2010, 55.

modificación del nombre del archivo en el que son contenidos aquellos o por medio de la sustracción del soporte en el que están archivados (49).

El «hacer inaccesibles» datos o programas informáticos abarca toda acción que obstaculiza de manera permanente o temporal la disponibilidad y la correcta utilización de los datos informáticos por parte del «titular» del derecho. De esta manera pueden ser sancionadas también aquellas conductas que a pesar de no causar un daño (por ejemplo a través su cancelación, supresión o deterioro), impiden al que tiene un legítimo derecho de disposición (propietario, poseedor, etc.), acceder y utilizar de manera regular los datos y los programas informáticos.

En conformidad con el artículo 3 de la Decisión Marco 2005/222/JAH, el legislador español ha limitado el ámbito aplicativo del tipo delictivo a los casos en que el resultado producido a través del daño sea grave. La *ratio* de esta elección es la de restringir el hecho típico, que de otra manera sería lo suficientemente amplio para abarcar incluso la mera alteración de aquellos datos que no tienen ningún valor o utilidad.

Faltando una definición legal del elemento «elástico» o «indefinido» de la gravedad del resultado de daño, tocará a los jueces la tarea de especificar el parámetro para seleccionar aquellos resultados que son penalmente relevantes (50). La previsión de esta locución indeterminada produce fuertes perplejidades con referencia al respeto del fundamental principio de taxatividad.

De forma totalmente pleonástica, el artículo 264.1 CP, requiere también que los hechos típicos de daño de datos y programas informáticos y de documentos electrónicos sean cometidos «de manera grave».

La norma requiere al mismo tiempo que las conductas de daño de datos tienen que ser penadas solamente si se cometen sin autorización: locución que equivale a la de «sin derecho» establecida en el Convenio del Consejo de Europa sobre el cibercrimen (art. 5) y en la Decisión Marco 2005/222/JAH (art. 4). Al lado de esta oportuna cláusula de ilicitud expresa, el legislador español ha mantenido de manera

(49) Afirma que estas conductas no pueden ser subsumidas en el tipo delictivo de daño del artículo 264.2 CP, puesto que no determinan alguna alteración de la substancia de los elementos lógicos: GONZÁLEZ RUS, J. J., *Los ilícitos en la red*, cit., 264.

(50) Teniendo en cuenta la ubicación de la norma entre los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, afirma que la gravedad del resultado dañoso tiene que referirse al valor patrimonial de los objetos materiales (datos, programas o documentos informáticos) dañados: MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, XVIII ed., Valencia, 2010, 480.

errónea el requisito de la «ajenidad» de los datos, programas y documentos electrónicos. De esta manera el ámbito de los sujetos pasivos queda limitado una vez más a los propietarios o por lo menos a los poseedores de los «objetos» inmateriales dañados.

Idéntico a lo del artículo 264.2 CP, introducido en el Código Penal del 1995, es el objeto pasivo del nuevo tipo delictivo de daños de datos informáticos del artículo 264.1 CP. Completamente redundante es la previsión junto a los datos y a los programas informáticos, de los documentos electrónicos, que constituyen un conjunto de datos informáticos creado a través de un procedimiento de elaboración de datos.

En conformidad con lo que establece el artículo 7, párrafo 1 y 2, de la Decisión Marco 2005/222/JAI, la Ley Orgánica 05/2010 introduce un nuevo párrafo al artículo 264 CP, para castigar de manera agravada los daños cometidos en el marco de una organización criminal (art. 264.3.1, CP), y el supuesto en que se produzcan «daños de especial gravedad» o que afecten «intereses generales» (51).

Esta previsión produce fuertes dudas en referencia al respeto del principio de taxatividad, en la parte en que castiga de forma más severa las agresiones a datos que causan «daños de especial gravedad». Si la gravedad de los resultados de daño constituye ya un elemento típico de la hipótesis básica del artículo 264.1 CP, insalvables dificultades prácticas podrían surgir a la hora de distinguir entre las hipótesis que lesionan de manera grave los datos informáticos respecto de aquellas (agravadas) que causan un daño de especial gravedad. Desde una perspectiva de *lege ferenda* será oportuno que el legislador español modifique la formulación del tipo delictivo u ofrezca criterios para definir de manera más precisa esta locución indeterminada.

Al mismo tiempo, imprecisa resulta ser la formulación del artículo 264.3 CP, allí donde castiga de manera agravada el daño que afecta a «intereses generales». Una correcta interpretación de la locución podría llevar a subsumir en la mencionada hipótesis todos aquellos casos en que la agresión a datos informáticos lesionan intereses públicos o de la colectividad o que incidan sobre el regular funcionamiento de las infraestructuras críticas (por ej. el tráfico aéreo, naval o ferroviario, estructuras hospitalarias, centros nucleares, etc.), cuyo

(51) Artículo 264.3 CP: «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. Se hubiese cometido en el marco de una organización criminal. 2. Haya ocasionado daños de especial gravedad o afectado a los intereses generales».

correcto funcionamiento depende cada vez más de la integridad y de la regular disponibilidad de los datos y de los sistemas informáticos.

A pesar de la ubicación entre los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, el bien jurídico protegido por el nuevo delito de daños de datos informáticos tendrá que ser individualizado, de conformidad con las indicaciones de fuente internacional (52), como el interés del legítimo titular a la plena disponibilidad e integridad de los datos y de los programas informáticos (53).

7. EL NUEVO DELITO DE DAÑOS DE SISTEMAS INFORMÁTICOS (ART. 264.2 CP)

Con el objetivo de ejecutar la obligación de incriminar las conductas de *system interference*, requerida por el artículo 3 de la Decisión Marco 2005/222/JAH, el legislador español de 2010 ha introducido un nuevo párrafo segundo en el artículo 264 CP. El nuevo delito de daño de sistemas informáticos castiga con la pena de prisión de seis meses a tres años al 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».

El artículo 264.2 CP constituye una disposición que contiene diversos tipos delictivos. El primer tipo delictivo castiga el daño de un sistema informático cometido mediante uno de los «hechos» típicos establecidos por el artículo 264.1 CP, es decir, el «borrar, dañar, deteriorar, alterar, suprimir o hacer inaccesible» datos informáticos, cuando produzca el efecto de obstaculizar el funcionamiento del sistema.

La segunda previsión castiga el sabotaje informático cometido mediante las conductas de «introducción» o «trasmisión» de datos informáticos en un sistema informático. Esta comprensible previsión, que resulta ser conforme no solamente a las fuentes supranacionales,

(52) En particular v. Conseil de L'europe, *La criminalité informatique. Recommandation n. R (89) 9 sur la criminalité en relation avec l'ordinateur. Rapport final du Comité européen pour les problèmes criminels*, Strasbourg, 1990, 44; Council of Europe, *Convention on Cybercrime, Explanatory Report*, 60.

(53) En este sentido v. ya CORCOY BIDASOLO, M., *Protección penal*, cit. En contra, GONZÁLEZ RUS, J. J., *Naturaleza y ámbito de aplicación*, cit., 1293, 1294, según el cual el bien jurídico tutelado tiene que ser individualizado como la propiedad del titular de los datos dañados.

sino también a las de muchos ordenamientos jurídico-penales europeos (véase por ejemplo el § 303b del Código Penal alemán (54), el art. 635-*quater* del Código Penal italiano (55), etc.) permite castigar las cada vez más frecuentes conductas de *Net-Strike* y *Mail-Bombing*, la introducción o trasmisión de programas *malware* o de mensajes de correo electrónico no deseados (o *spam*), cuyo efecto es interferir de manera grave en el correcto funcionamiento de un sistema de información (56).

Comprensible es la elección del legislador español de castigar solamente aquellas conductas que causan un daño «grave». De esta manera se restringe el ámbito de aplicación del tipo delictivo y se evita el recurso a la sanción penal para castigar hechos típicos que presentan una relevancia solamente bagatelar y que pueden ser resueltos sin un excesivo gasto de tiempo y de dinero. Sin embargo, es esta una cláusula elástica o indeterminada, que levanta perplejidades en referencia al respeto del principio de taxatividad, puesto que el legislador español no ha provisto de un criterio legal para seleccionar las hipótesis de daño grave. Por lo tanto, será tarea de cada juez determinar las hipótesis de daño que resultan ser penalmente relevantes.

Análogamente a lo que establece el artículo 3 de la Decisión Marco 2005/222/JAH, el resultado típico del artículo 264.2 CP consiste en «obstaculizar o interrumpir el funcionamiento» de un sistema informático ajeno. De esta manera se supera la laguna que imposibilitaba la subsunción en el artículo 264.2 CP de las conductas que causan un daño solamente «funcional» a un sistema informático (por ejemplo a través de ataques *Denial of service* o *Mail-bombing*).

Algunas dudas surgen sobre la posibilidad de reconducir al artículo 264.2 CP los daños informáticos «físicos», es decir, aquellos daños cometidos a través de ataques a la parte *hardware* de un sistema

(54) § 303b.1 StGB (*Computersabotage*): «(1) Wer eine Datenverarbeitung, die für einen anderen von wesentlicher Bedeutung ist, dadurch erheblich stört, dass er 1. eine Tat nach § 303a Abs. 1 begeht, 2. Daten (§ 202a Abs. 2) in der Absicht, einem anderen Nachteil zuzufügen, eingibt oder übermittelt oder 3. eine Datenverarbeitungsanlage oder einen Datenträger zerstört, beschädigt, unbrauchbar macht, beseitigt oder verändert, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft»

(55) Artículo 635-*quater* CP: («Danneggiamento di sistemi informatici o telematici»): «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, mediante le condotte di cui all'articolo 635-bis, ovvero attraverso l'introduzione o la trasmissione di dati, informazioni o programmi, distrugge, danneggia, rende, in tutto o in parte, inseribili sistemi informatici o telematici altrui o ne ostacola gravemente il funzionamento è punito con la reclusione da uno a cinque anni».

(56) Sobre estas nuevas formas de ataques a la integridad y la disponibilidad de los datos y de los sistemas informáticos v. SALVADORI, I., *Hacking, cracking*, cit., 329-369.

informático. En efecto no se trata de un delito de resultado a conducta libre, sino vinculada, puesto que la norma sanciona la interrupción o la interferencia en el correcto funcionamiento de un sistema informático, solamente si se cometen a través de un daño a los datos informáticos. También los ataques «físicos» a un sistema informático podrán ser subsumidos en el artículo 264.2 CP, pero solamente si causan de manera indirecta un daño a datos y a programas informáticos contenidos en el mismo sistema. En cambio, los daños a la parte física (o *hardware*) de un sistema informático, que no afecten su correcto funcionamiento, tendrán que ser subsumidos en el delito común de daño en la propiedad ajena (art. 263 CP). Sin embargo, esto implica una evidente disparidad de tratamiento desde el punto de vista sancionador, puesto que hechos ilícitos de análogo disvalor, en cuanto lesivos del mismo interés jurídico de la integridad y de la disponibilidad de sistemas informáticos, serán castigados de manera diferente, según la naturaleza «física» (art. 263 CP: pena de multa de 6 a 24 meses) o «lógica» (art. 264.2 CP: pena de reclusión de 1 a 3 años) de las modalidades agresivas.

Al igual que en el delito de daños de datos informáticos, el legislador español ha previsto un aumento de pena, respecto a la hipótesis básica del artículo 264.2 CP, para los sabotajes informáticos cometidos en el ámbito de una organización criminal (art. 264.3.1. CP), y para aquellos que causen daños de especial gravedad o que afectan a intereses generales (véase *supra* párrafo 6).

8. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR LOS DELITOS INFORMÁTICOS

A pesar de la fuerte resistencia de la doctrina, el legislador español del 2010, en conformidad con las indicaciones internacionales y con las normas de muchos ordenamientos europeos (por ejemplo: francés, holandés, belga, portugués, noruego e italiano) ha superado definitivamente el principio *societas delinquere non potest* introduciendo en el Código Penal la responsabilidad penal de las personas jurídicas (57).

(57) Sobre los presupuestos para la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el debate doctrinal español v., entre todos, BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, 1998; HURTADO POZO, J., DEL ROSAL BLASCO, B., SIMONS VALLEJO, R. (coords.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, Valencia, 2001; MIR PUIG, S., «Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *RECPC*, 06-01 (2004), disponible a la siguiente página web <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06->

El nuevo artículo 31-bis CP prevé un doble criterio de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, inspirado en el modelo de la llamada responsabilidad vicarial (58). La responsabilidad penal del ente se basa en la comisión de un delito por parte de una o más personas físicas pertenecientes a determinadas categorías.

En base al artículo 31-bis.1, primer inciso, CP, el ente colectivo es penalmente responsable por los delitos cometidos por parte de sus representantes legales, del administrador de derecho o de hecho que hayan actuado en nombre o por cuenta o en beneficio del mismo ente. La persona jurídica responde además por los delitos cometidos por sujetos «subordinados» en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta, y en provecho de la misma cuando los hechos se hayan podido realizar por la falta de control de la persona jurídica sobre su actuación (art. 31-bis.1, segundo inciso, CP).

En el Código Penal español no se ha introducido un modelo de culpabilidad de organización en la reglamentación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El artículo 31-bis CP requiere solamente de una omisión de los deberes de control y vigilancia correspondientes a la persona jurídica cuando la actividad delictiva se cometa por parte de un sujeto subordinado. En definitiva este sistema de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas no prevé el posible déficit de estructura organizativa. es decir, de una cul-

01.pdf; NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, 2008; CARBONELL MATEU, J. C., «Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en CARBONELL MATEU, J. C., GONZÁLEZ CUSSAC, J. J., ORTS BERENGUER, E., CUERDA ARNAU, M. L. (coords.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, Valencia, 2009, 307 ss.; MORALES PRATS, F., «La evolución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español: de lo accesorio a lo principal», en MUÑOZ CONDE, F.J. (coord.), *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, 2008, 595 ss. En referencia a los presupuestos de la responsabilidad introducida por la Ley 05/2010 v. en sentido crítico BACIGALUPO ZAPATER, E., «Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de *compliance* (A propósito del Proyecto de reformas del Código Penal del 2009)», en *La ley penal*, núm. 7442, julio de 2010; también ZUGALDIA ESPINAR, M., «Societas delinquere potest (Análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010, de 22 de junio)», *La Ley*, núm. 76, 2010, 5 ss.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal», en *Diario La Ley*, núm. 7534, 2010.

(58) Sobre los criterios de imputación de la responsabilidad penal establecidos por el nuevo artículo 31-bis CP v. MORALES PRATS, F., en QUINTERO OLIVARES, G. (direc.), *La Reforma Penal de 2010*, cit., 47 ss.; BACIGALUPO, S., «Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno» (art. 31-bis y 129 CP), en *Diario La Ley*, núm. 7541, 2011.

pabilidad propia del ente que, como en Italia (arts. 5 y 6 Dlgs. 231/2001), está basado en la comprobación de un déficit organizativo en virtud del cual se hace posible la comisión de un delito por parte de la persona física.

De manera análoga a lo que ha previsto el legislador italiano en el artículo 1, párrafo 3, del Dlgs. 8 de junio de 2001, núm. 231 (59), el artículo 31-*bis* CP se aplica solamente a las personas jurídicas privadas, con exclusión de las entidades de derecho público (Estado, Administraciones públicas territoriales e institucionales, Organismos Reguladores, Agencias y Entidades públicas Empresariales, organizaciones internacionales de derecho público), entidades estatales no económicas, o de aquellos privados que ejercen funciones públicas (por ejemplo organizaciones que ejercen potestades públicas o administrativas, partidos políticos o sindicatos (art. 33-bis.5 CP).

El artículo 31-bis.2 CP establece, análogamente al artículo 8, párrafo 1, Dlgs. 8 de junio de 2001, núm. 231, que la responsabilidad penal de la persona jurídica es autónoma e independiente respecto a la de la persona física que ha cometido el delito. Por lo tanto, para que exista una responsabilidad penal del ente será suficiente probar que el representante o administrador de derecho o de hecho o un sujeto subordinado haya cometido un delito, también en el caso en que no se haya podido individualizar el concreto autor del hecho delictivo o no sea posible ejercer contra el mismo la acción penal (por ejemplo porque ha fallecido o no es imputable).

En conformidad al artículo 33-7 CP a la persona jurídica se le podrá aplicar una de las siguientes penas: a) disolución de la persona jurídica; b) suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años; c) clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años; d) prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito; e) 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; f) intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exce-

(59) Artículo 1 Dlgs. núm. 231/2001: «1. Il presente decreto legislativo disciplina la responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato. 2. Le disposizioni in esso previste si applicano agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica. 3. Non si applicano allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale».

der de cinco años. Alguna perplejidad provoca la falta de previsión en el catálogo de las penas de la publicación de la sentencia (60).

El artículo 33-*bis*.4 CP prevé un catálogo de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando hayan realizado, sucesivamente a la comisión de un delito y mediante su representante legal, una de 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».

De conformidad con lo que ha establecido el legislador italiano con los artículos 24 ss. D.lgs. núm. 231/2001, el legislador español ha limitado de momento la aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a un *numerus clausus* de delitos (61). Entre ellos están previstos, en línea con el artículo 9 de la Decisión Marco 2005/222/JAH, también los nuevos delitos informáticos introducidos en el Código Penal con la reforma legislativa de 2010.

En base al artículo 197.3, párrafo 2, CP, cuando la persona jurídica es responsable de un delito de acceso no autorizado a datos y programas informáticos será sujeta a la pena de multa de seis a 2 años.

(60) Cfr. ZUGALDIA ESPINAR, M., *Societas delinquere potest*, cit., 14.

(61) Con la Ley Orgánica 05/2010 el legislador español ha introducido la responsabilidad penal de las personas jurídicas para los siguientes delitos: tráfico de órganos (art. 156-*bis* CP), trata de seres humanos (art. 177-*bis* CP), prostitución y corrupción de menores (art. 189-*bis* CP), acceso ilícito a datos y programas informáticos (art. 197.3 CP), estafa (art. 251-*bis* CP), insolvencias (art. 261-*bis* CP), daños informáticos (art. 264.4 CP), delitos relativos al mercado y consumidores y corrupción privada (art. 288 CP), receptación y otras conductas afines (art. 302.2 CP), delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (art. 310-*bis* CP), delitos contra los derechos de los trabajadores (art. 318-*bis*.4 CP), delitos contra la ordenación del territorio (art. 319.4 CP), delitos contra el medio ambiente (arts. 327 y 328.6 CP), vertido de radiación ionizante (art. 343.3 CP), fabricación, manipulación, posesión y comercialización de explosivos (art. 348.3 CP), tráfico o favorecimiento del consumo de drogas tóxicas y estupefacientes (art. 369-*bis* CP), falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje (art. 399-*bis* CP), cohecho (art. 427.2 CP), tráfico de influencias (art. 430 CP), corrupción de funcionario público extranjero o de organización internacional (art. 445.2 CP), delitos de pertenencia a organización y grupos criminales (art. 570-*quater* CP) y financiación del terrorismo (art. 576-*bis*.3 CP).

Si la persona física que actúa en nombre o por cuenta o en el interés de una persona jurídica comete un delito de daño informático castigado con la pena de la reclusión superior a dos años, a la persona jurídica se le aplicará una multa del doble hasta el cuádruplo del perjuicio causado (art. 264.4, let. a) CP). En todos los demás casos se le aplicará a la persona jurídica una multa del doble al triple del perjuicio causado (art. 264.4, let. b), CP).

El loable objetivo de ejecutar las obligaciones internacionales en materia de responsabilidad de las personas jurídicas (*corporate liability*) ha sido conseguido solo parcialmente por parte del legislador español de 2010. La responsabilidad penal de las personas jurídicas no ha sido prevista por todos los delitos informáticos, como expresamente se establece en los artículos 12 y 13, párrafo 2, del Convenio del Consejo de Europa sobre el cibercrimen (62), puesto que concierne solamente aquellos delitos que han sido introducidos por la Ley Orgánica de 2010: es decir, para el acceso no autorizado a datos y programas informáticos (art. 197.3 CP) y los daños informáticos (art. 264, 1 y 2, CP).

En perspectiva de *lege ferenda*, será oportuno que el legislador español extienda la responsabilidad penal de las personas jurídicas también a los delitos de fraude informático (art. 248.2 CP), a las falsedades que se realizan a través de medios informáticos (arts. 390 ss. CP) y a los delitos relativos a la propiedad intelectual (arts. 270 ss. CP).

9. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS Y PERSPECTIVAS DE *LEGE FERENDA*

Haciendo un primer balance, si bien sumario, de la reforma legislativa de 2010, no faltan elementos críticos al lado de la comprensible supresión de las lagunas pre-existentes ya subrayadas por la mejor doctrina. Antes de todo la elección político-criminal del legislador español de castigar solamente el acceso ilícito a «datos y programas informáticos» (art. 197.3 CP) y no el mero acceso no autorizado a «sistemas informáticos», como previsto por el artículo 2 de la Decisión Marco 2005/222/JAH (esencialmente idéntico al art. 2 del Con-

(62) Sobre los criterios de atribución de la responsabilidad a las personas jurídicas previstos por el Convenio sobre el cibercrimen v. SILVA SÁNCHEZ, J. M., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el convenio del Consejo de Europa sobre cibercriminalidad», en MORALES GARCÍA, O. (dir.), *Delincuencia informática: problemas de responsabilidad*, Cuadernos de derecho judicial, núm. 9, 2002, 113 ss.

venio del Consejo de Europa sobre el cibercrimen) levanta algunas perplejidades. Si bien en la mayor parte de los casos a cada intrusión no autorizada en un sistema informático sigue la posibilidad de acceder a datos o a programas informáticos contenidos en ello, puede ocurrir que el criminal obtenga solamente el acceso al «sistema».

Piénsese por ejemplo en el *cracker* que se introduce en un sistema informático ajeno para instalar un programa espía (o *spyware*), que le permite tomar el control desde remoto del ordenador para utilizarlo con el fin de crear una *botnet*, para poner en circulación programas *malware*, para enviar *spam*, etc. Esta conducta, que representa una peligrosa amenaza para la integridad y la disponibilidad de los datos y de los sistemas informáticos, no sería penalmente relevante en base al nuevo artículo 197.3 CP, puesto que no implica necesariamente un acceso a datos informáticos contenidos en el sistema informático violado.

Fuertes dudas hace surgir, además, la autónoma previsión de la conducta omisiva de mantenerse en un sistema informático, cuya incriminación no está prevista en ninguna fuente internacional (63). Esta hipótesis, respecto a aquella actividad de acceso a datos y a programas informáticos, resulta ser de escasa ofensividad, haciendo lábil el límite del hecho penalmente relevante. La mera permanencia «abusiva» en un sistema informático genera el peligro que el sujeto agente pueda acceder a datos y a programas informáticos que están en el contenido, con el consiguiente peligro que pueda tomar conocimiento de ellos o modificar su contenido. De esta manera se sancionaría solamente el peligro indirecto para el bien jurídico de la confidencialidad y de la integridad de los datos, de los programas y de los sistemas informáticos (64).

(63) Han decidido sancionar, además de la conducta activa de acceso, también aquella omisiva de «mantenerse» en un sistema informático solo el legislador italiano (art. 615-ter CP), el francés (art. 323-1 *Code Penal*: «Le fait d'accéder ou de se maintenir, frauduleusement, dans tout ou partie d'un système de traitement automatisé de données est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende») y belga (art. 550-bis *Code Penal*: «Celui qui, sachant qu'il n'y est pas autorisé, accède à un système informatique ou s'y maintient, est puni d'un emprisonnement de trois mois à un an et d'une amende de vingt-six francs à vingt-cinq mille francs ou d'une de ces peines seulement»).

(64) Sobre la estructura de los delitos de peligro (eventual o necesariamente) indirecto y su conformidad a los fundamentales principios penalísticos de ofensividad y de proporcionalidad v. DOLCINI, E., MARINUCCI, G., *Corso di diritto penale*, III, ed., Milano, 2001, 595. Sobre los problemas dogmáticos que presentan los delitos de peligro v., por todos, en la doctrina española MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid, 1993; CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia, 1999;

En definitiva resulta ser criticable la elección de equiparar, desde un punto de vista sancionador, la conducta de acceso a datos y a programas informáticos a la de mantenerse en un sistema informático. Más correcta sería la incriminación, al lado del acceso «no autorizado», de aquél que se comete «excediendo los límites de la autorización», así como está por ejemplo previsto a nivel tanto federal cuanto estatal en los Estados Unidos de América (65), y más recientemente también en Bélgica, para castigar a aquellos empleados que acceden a todos o partes de los sistemas de la empresa fuera del ejercicio de sus funciones laborales (66).

En conformidad con la elección político-criminal de la Decisión Marco 2005/222/JAH, el legislador español de 2010 ha adoptado correctamente la bipartición entre daños de datos (art. 264.1 CP) y daños de sistemas informáticos (art. 264.2 CP). Sin embargo, el objetivo de ejecutar las obligaciones de fuentes europeas no ha sido plenamente conseguido.

En primer lugar, el legislador no ha considerado oportuno suprimir la referencia al ambiguo requisito de la «ajenidad» de los datos y programas informáticos y documentos electrónicos. Esta previsión representa una evidente anomalía, no solamente a la luz de las fuentes internacionales, sino también en el panorama jurídico europeo, en el que (a excepción de los arts. 635-*bis*, 635-*ter*, 635-*quater* e 635-*quinqies* del Código Penal italiano), esta referencia ha sido omitida o sustituida con una más oportuna cláusula de ilicitud, expresada con las locuciones «sin derecho» o «sin autorización», que prescinde del derecho de «propiedad» y de la «posesión».

MENDOZA BUERGO, B., *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Granada, 2001; ID., «La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto», en *RDPC*, núm. 9, 2002, 39 ss.; en la doctrina italiana v. GALLO, E., *Riflessioni sui reati di pericolo*, Padova, 1970; FIANDACA, G., «La tipizzazione del pericolo», en *Dei delitti e delle pene*, 1984, 441 ss.; ANGIONI, F., *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale: struttura oggettiva*, Milano, 1994; PARODI GIUSINO, M., *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990; CANESTRARI, S., voce «Reati di pericolo», en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XXIV, 1991, 1 ss.

(65) En base a la definición del § 1030 (I)(6) U.S.C. acceder a un sistema informático excediendo los límites de la autorización significa: «access a computer with authorization and to use such access to obtain or alter information in the computer that the accesser is not entitled so to obtain or alter». En extenso v. SALVADORI, I., *L'esperienza giuridica*, cit.

(66) Artículo 550-*bis*, para. 2, *Code Pénal*: «Celui qui, avec une intention frauduleuse ou dans le but de nuire, outrepassé son pouvoir d'accès à un système informatique, est puni d'un emprisonnement de six mois à deux ans et d'une amende de vingt-six francs à vingt-cinq mille francs ou d'une de ces peines seulement».

Fuertes perplejidades surgen además con referencia a la posibilidad de subsumir en los tipos delictivos de los artículos 264.1 e 264.2 CP los daños físicos, cometidos contra las partes *hardware* de un sistema informático o telemático, que no afectan a las partes lógicas. Si estos daños pudieran ser reconducidos al delito tradicional de daño en la propiedad ajena (art. 263 CP), que prevé un tratamiento sancionador más severo, estaríamos frente a una evidente disparidad de tratamiento entre hechos que lesionan el análogo bien jurídico de la integridad y disponibilidad de sistemas informáticos. Sería por lo tanto oportuno que el legislador español introdujera un sub-tipo autónomo dentro del artículo 264 CP, para castigar expresamente los daños «físicos» de sistemas informáticos, así como establece por ejemplo el § 303b, par. 1, núm. 3 del Código Penal alemán (StGB) (67).

En el adecuar la propia legislación penal en materia de criminalidad informática a las obligaciones internacionales el legislador español, a diferencia de lo que han hecho la mayoría de los legisladores de los Países europeos (Alemania, Italia, Francia, Austria, Rumania, Portugal, etc.) (68), ha dado actuación solamente a las disposiciones de la Decisión Marco 2005/222/JAH. De esta manera el legislador español ha perdido la ocasión para dar plena ejecución a las demás importantes disposiciones del Convenio del Consejo de Europa sobre el cibercrimen, que representa hoy en día el instrumento supranacional más importante en la lucha contra la criminalidad informática y que España ha firmado ya desde el 23 de noviembre de 2001, sin proceder luego a su sucesiva ratificación (69). Solamente con la reciente decisión del

(67) § 303b.1, n.3 StGB: «eine Datenverarbeitungsanlage oder einen Datenträger zerstört, beschädigt, unbrauchbar macht, beseitigt oder verändert, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft».

(68) V. PICOTTI, L., SALVADORI, I., *National legislation implementing the Convention on cybercrime: comparative analysis and good practices*, August 2008, disponible a la siguiente página web http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/cybercrime/Documents/Reports-Presentations/default_en.asp. Para un análisis de la Ley de 18 de marzo de 2008, núm. 48, con la cual el legislador italiano ha ratificado y dado ejecución en el ordenamiento interno a las prescripciones del Convenio del Consejo de Europa sobre el cibercrimen v. PICOTTI, L., «Ratifica della Convenzione Cybercrime e nuovi strumenti di contrasto contro la criminalità informatica e non solo», en *Diritto dell'Internet*, núm. 5, 2008, 437 ss.

(69) El listado de los treinta países que al día de hoy han ratificado el Convenio sobre el cibercrimen está disponible en el portal del Consejo de Europa a la siguiente página web <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=185&CM=8&DF=&CL=ENG>. Sobre la importancia del Convenio del Consejo de Europa sobre el cibercrimen v. en doctrina GERCKE, M., «The Slow Wake of a Global Approach Against Cybercrime», in *CRI*, núm. 5, 2006, 144; SIEBER, U., «Mastering complexity in the Global Cyberspace: The Harmonization of Computer-Related Criminal Law», en DELMAS-MARTY, M., PIETH, M., SIEBER, U. (eds.), *Les*

Parlamento español del pasado día 3 de junio de 2010, ha sido formalmente ratificado el Convenio del Consejo de Europa, sin que luego haya seguido su efectiva actuación en el ordenamiento interno, ni con referencia a las disposiciones en materia de derecho penal sustancial, ni con referencia a aquellas en materia procesal (70).

A pesar de las relevantes novedades en la lucha contra la delincuencia informática introducidas por la Ley Orgánica 05/2010, destaca el Código Penal español la falta de una norma directa a castigar, en línea con el artículo 3 del Convenio del Consejo de Europa sobre el cibercrimen (CoC) (71), las conductas de interceptación de datos informáticos (o *data interference*), que pueden ser subsumidas solo parcialmente en los artículos 197.1, 197.2 y 278.1 CP. También criticable es la falta de previsión de una norma específica para castigar, como lo requiere el artículo 6 CoC, el abuso de los dispositivos (o *misuse of devices*) (72), es decir, la producción, la posesión, la venta,

chemins de l'Harmonisation Pénale. Harmonising Criminal Law, Collection de L'UMR de Droit Comparé de Paris, Bd. 15. Paris, Société de législation comparée, 2008, 127 ss., 141. Cfr. también el informe explicativo de la Decisión Marco 2005/222/JAH, que define el Convenio del Consejo de Europa como la iniciativa legislativa más avanzada a nivel internacional en la lucha contra la ciberdelincuencia (COM (2002) 173 FINAL., OL 203/E 27.8.2002, 109-113, núm. 27).

(70) El instrumento de ratificación del Convenio sobre el cibercrimen, publicado en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 226/2010 está disponible en la siguiente página web http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-14221

(71) Artículo 3 CoC: «Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally, the interception without right, made by technical means, of non-public transmissions of computer data to, from or within a computer system, including electromagnetic emissions from a computer system carrying such computer data. A Party may require that the offence be committed with dishonest intent, or in relation to a computer system that is connected to another computer system».

(72) Artículo. 6 CoC: «1. Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally and without right: a) the production, sale, procurement for use, import, distribution or otherwise making available of: i) a device, including a computer program, designed or adapted primarily for the purpose of committing any of the offences established in accordance with Articles 2 through 5; ii) a computer password, access code, or similar data by which the whole or any part of a computer system is capable of being accessed, with intent that it be used for the purpose of committing any of the offences established in Articles 2 through 5; and b) the possession of an item referred to in paragraphs a.i or ii above, with intent that it be used for the purpose of committing any of the offences established in Articles 2 through 5. A Party may require by law that a number of such items be possessed before criminal liability attaches. 2. This article shall not be interpreted as imposing criminal liability where the production, sale, procurement for use, import, distribution or otherwise making available or possession referred to in paragraph 1 of this article is not for the purpose of committing an offence established in accordance with Articles 2 through 5

la importación, la distribución, la puesta a disposición de un dispositivo, programa informático, código de acceso o palabra clave con la finalidad de cometer un delito contra la confidencialidad, la disponibilidad o la integridad de datos o sistemas informáticos, y además las falsedades informáticas (*computer-related forgery*) (73).

Sin embargo, aun más criticable es la falta de actuación de las fundamentales disposiciones procesales en materia de cooperación judicial establecidas por el Convenio del Consejo de Europa sobre cibercrimen. En la falta de normas *ad hoc* en materia de orden de presentación (art. 18 CoC), registro y confiscación de datos informáticos almacenados (art. 19 CoC), interceptación y obtención en tiempo real de datos relativos al contenido y al tráfico (arts. 20 y 21 CoC), será difícil si no imposible por las autoridades españolas de *law enforcement* poder proceder a realizar investigaciones en materia de criminalidad informática y además proporcionar efectiva asistencia a las autoridades de otros países.

Por lo tanto es deseable que el legislador español se active para dar efectiva actuación también a las disposiciones del Convenio del Consejo de Europa sobre el cibercrimen. Solamente de esta manera podrá conseguir el encomiable objetivo, perseguido por la Ley Orgánica 05/2010, de armonizar la propia legislación penal en materia a las indicaciones de fuente internacional, presupuesto este esencial para contrastar de manera eficaz la criminalidad informática.

of this Convention, such as for the authorised testing or protection of a computer system». 3. Each Party may reserve the right not to apply paragraph 1 of this article, provided that the reservation does not concern the sale, distribution or otherwise making available of the items referred to in paragraph 1 a.ii of this article».

(73) «Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally and without right, the input, alteration, deletion, or suppression of computer data, resulting in inauthentic data with the intent that it be considered or acted upon for legal purposes as if it were authentic, regardless whether or not the data is directly readable and intelligible. A Party may require an intent to defraud, or similar dishonest intent, before criminal liability attaches».

Los beneficios penitenciarios y el tratamiento

MANUEL GALLEGO DÍAZ

Profesor Ordinario de Derecho Penal. Universidad Pontificia Comillas de Madrid

RESUMEN

Los beneficios penitenciarios que prevé el ordenamiento penal y penitenciario español son el adelantamiento de la libertad condicional y la solicitud del indulto particular. Mientras el primero reduce el tiempo efectivo de internamiento, el segundo supone un acortamiento de la pena. Pero en ambos casos su razón de ser radica en la individualización de la pena y en su orientación a la reeducación y reinserción social. Este marcado carácter preventivo especial determina, de un lado, que se diferencien de otras instituciones como las recompensas, y de otro, que vayan unidos al tratamiento. No obstante, los supuestos en que el tratamiento no viniera indicado o no fuera aceptado por el penado no deberían cerrar las puertas al disfrute de los beneficios penitenciarios, ya que también en estos casos las penas privativas de libertad tienen que estar orientadas a la resocialización.

Palabras clave: *Beneficios penitenciarios, Reeducación y reinserción social, Tratamiento penitenciario, Buena conducta, Actividades laborales, culturales u ocupacionales, Evolución positiva del interno.*

ABSTRACT

The penitentiary benefits set forth by the Spanish criminal and penitentiary laws aim to bring parole forward and to enable individual pardon requests. While the former reduces the actual time in custody, the latter involves a shorter sentence. In both cases, however, their raison d'être lies in their individualization of the punishment, and their rehabilitation and social re-integration purpose. This distinct preventive aspect determines, on one side, the fact that they differ from other institutions such as rewards, and, on the other, the fact that they are linked with the treatment side of it.

Nevertheless, if treatment were not indicated or not accepted by the convict, this should not mean the end of penitentiary benefits, since in these cases custodial sentences should also be aimed at rehabilitation.

Keywords: *Penitentiary benefits, Re-education and social re-integration, Penitentiary treatment, Good conduct, Labor, cultural or occupational activities, The convict's good progress.*

SUMARIO: I. Los beneficios penitenciarios en el ordenamiento jurídico español.–II. Finalidad y razón de ser de los beneficios penitenciarios.–III. Beneficios penitenciarios y tratamiento.–IV. Elementos integrantes de los beneficios penitenciarios.–V. ¿Beneficios penitenciarios sin tratamiento?

I. LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

El significado y alcance de la expresión «beneficio penitenciario» no son pacíficos ni en la legislación ni en la doctrina españolas. Esta expresión aparece por vez primera en nuestro ordenamiento jurídico en el Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1956 referida a la redención de penas por el trabajo (arts. 65 a 73)(1). Posteriormente, la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP) sólo efectúa una referencia muy general a los beneficios penitenciarios en el artículo 29.1 al declarar su compatibilidad con algunos supuestos de exención de la obligación de trabajar, en el apartado 2 de este mismo artículo al referirse a los efectos y «beneficios» previstos en la propia Ley para los trabajos realizados voluntariamente y en el artículo 76.2.c) y g) en relación con las competencias de los Jueces de Vigilancia. Pero al no definirlos ni regularlos, la LOGP no establece de forma clara lo que ha de entenderse por beneficios penitenciarios (2). Es más, la propia LOGP no siempre se refiere a ellos en los mismos términos, pues, aparte de la expresión «beneficios penitenciarios» del artículo 76.2.g), el artículo 29.2 alude sólo a «beneficios» y el artículo 76.2 c) menciona los «beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento

(1) Véase BUENO ARÚS, F., «Los beneficios penitenciarios después de la Ley Orgánica General Penitenciaria», en *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona (Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain)*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989, p. 999.

(2) Véase GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 95.

de la condena». Como se verá, esta última expresión no siempre es utilizada con entera propiedad tanto en la LOGP como en el Código Penal (CP).

El Reglamento Penitenciario (RP) de 1981 tampoco definía los beneficios penitenciarios, pero en cambio, después de referirse a los que pudieran suponer acortamiento de la condena en los artículos 59 b) y 67.2, y a los beneficios penitenciarios sin más en los artículos 105 a), 183.2 y 205.2), incluía un Título VI, dedicado exclusivamente a ellos, considerando como tales el adelantamiento de la libertad condicional (art. 256) y la solicitud de un indulto particular (art. 257). Además, la configuración de estos beneficios penitenciarios, como señaló Manzanares Samaniego, revelaba su alejamiento de lo adelantado en el artículo 76.2.c) de la LOGP, ya que no es lo mismo adelantar la libertad condicional, como grado de cumplimiento de la pena, que «acortar» la condena, y el indulto del artículo 257 hubiera cabido sin más en la Ley de 18 de junio de 1870 por la que se establecen reglas para el ejercicio de la gracia de indulto, pues se trataba únicamente de la tramitación de la solicitud correspondiente y, en definitiva, poco significaba como desarrollo de la previsión legal (3). El adelantamiento de la libertad condicional del artículo 256, considerado como beneficio ordinario, fue derogado por el CP 1995, con lo que la referencia a los beneficios penitenciarios en el segundo párrafo del artículo 36 CP quedaba prácticamente sin contenido (4). La solicitud del indulto particular del artículo 257, beneficio considerado de carácter extraordinario, fue derogada por el vigente Reglamento Penitenciario de 1996. Por otro lado y para aumentar esta ceremonia de la confusión, los artículos 61 y 336.4 a) del RP 1981 consideraban también como beneficio penitenciario la libertad condicional (5). Por ello no puede decirse en verdad que la expresión «beneficios penitenciarios» fuera empleada con gran precisión por los textos legales.

Hay que esperar al RP 1996, aprobado por el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, que entró en vigor el 25 de mayo, es decir, al mismo tiempo que el nuevo CP, para encontrar una definición expresa de beneficios penitenciarios en su artículo 202. Según su apartado 1, «a

(3) MANZANARES SAMANIEGO, J.L., en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (dir.) *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, tomo I (art. 36), Trivium, Madrid, 1997, pp. 1013-1014.

(4) El artículo 256 RP 1981 no se compadecía del todo con la legalidad al permitir el adelantamiento de la libertad condicional más allá de los límites del artículo 98 CP 1973, que exigía las tres cuartas partes de la condena cumplida para su concesión.

(5) Véase BUENO ARÚS, F., «Los beneficios penitenciarios después de la Ley Orgánica General Penitenciaria», cit., p. 999.

los efectos de este Reglamento, se entenderá por beneficios penitenciarios aquellas medidas que permiten la reducción de la duración de la condena impuesta en sentencia firme o de la del tiempo efectivo de internamiento». Conforme a esta definición son beneficios penitenciarios tanto las instituciones que permiten el acortamiento de la condena como las que reducen el tiempo efectivo de cumplimiento o internamiento. Entre las que producen el efecto de reducir la duración de la condena impuesta en sentencia firme se encuentra, en tanto se siga aplicando, la institución de la redención de penas por el trabajo, a la que evidentemente se refería el Reglamento de los Servicios de Prisiones, aprobado por Decreto de 2 de febrero de 1956, con la expresión «beneficios penitenciarios».

El CP 1995 se refiere a ellos, también en términos muy generales, en el artículo 36.1 (6) al establecer que el cumplimiento de la pena de prisión, «así como los beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en las leyes y en este Código», y en el artículo 78.1, inicialmente junto a la libertad condicional y después de la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, también junto a los permisos de salida y la clasificación en tercer grado, a efectos de que, con un claro propósito restrictivo, el cómputo del tiempo para su obtención pueda ir referido en determinados casos a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias y no a los límites de cumplimiento establecidos para los supuestos concursales en el artículo 76 CP.

Por otro lado, la mención de los beneficios penitenciarios en el párrafo segundo del artículo 36.1 CP es superflua y confusa. Se trata, en realidad, –considera Manzanares Samaniego– de una previsión superflua tras la previa mención general a «lo dispuesto en las Leyes y en el presente Código» (7). Además el texto, según Mapelli Caffarena, es algo confuso, porque se refiere al cumplimiento y no a la ejecución, que tratándose de la pena de prisión son cosas distintas (8). Por otra parte, se refiere solamente a los beneficios que acortan la condena, cuando, si dejamos al margen la redención de penas por el trabajo, sólo el indulto puede producir semejante efecto, ya que el adelantamiento de la libertad condicional –único que regula el Código Penal–

(6) La mención de los beneficios procede del artículo 34.2 del Borrador de 1990 y se conservó ininterrumpidamente hasta 1995.

(7) MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, tomo I, cit., p. 1013.

(8) MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª ed., Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 107.

tan sólo puede acortar el tiempo efectivo de internamiento. En consecuencia, al igual que el artículo 76.2 c) LOGP, el artículo 36.1 CP, de forma impropia e incompleta, vuelve a referirse sólo a los beneficios que supongan un acortamiento de la condena, es decir, al indulto particular, el beneficio más artificial y anómalo al consistir propiamente en que la Administración Penitenciaria y el Juez de Vigilancia toman la iniciativa en su solicitud o la avalan (art. 206 RP 1996), ya que de todas formas la solicitud podría ser propuesta por el propio penado de acuerdo con la Ley de Indulto de 18 de junio de 1870(9).

Por todo ello, a pesar de la definición que proporciona el artículo 202 RP 1996, la expresión «beneficios penitenciarios» sigue careciendo de la debida precisión y necesaria sistematización. Por un lado, esa definición, a tenor de lo que se establece en el propio artículo 202 RP, tiene efectos únicamente en relación con la aplicación del Reglamento Penitenciario. Cabe, en consecuencia, plantearse si a otros efectos pueden tener tal consideración otras instituciones distintas del adelantamiento de la libertad condicional y de la solicitud del indulto particular. Además sigue existiendo falta de correspondencia entre esa definición y la mención que de los beneficios penitenciarios se hace en el segundo párrafo del artículo 36.1 CP y en el artículo 76.2 c) LOGP, ya que estos preceptos sólo contemplan los beneficios penitenciarios que suponen un acortamiento de la condena, siendo así que el Juez de Vigilancia, a cuyas atribuciones se refiere precisamente el artículo 76 LOGP, no aprueba sólo «las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena», como se dice en el precepto, sino también las propuestas de adelantamiento de la libertad

(9) Considera GARCÍA ARÁN, M., que la denominación del indulto particular como beneficio penitenciario no deja de resultar anómala puesto que su concesión no depende ni de los órganos judiciales ni de la Administración penitenciaria, sino del Gobierno (*Fundamentos y aplicación de penas y medidas...*, cit., p. 95). Ciertamente, como dice BUENO ARÚS, F., no hacía falta ninguna mención expresa en las normas penitenciarias («Los beneficios penitenciarios», en *Vigilancia Penitenciaria (VI Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria y Bibliografía)*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 215). Como pone de relieve MANZANARES SAMANIEGO, J. L., respecto al beneficio consistente en la tramitación de una solicitud de indulto, se trata de un pobre viaje para el que no hacían falta otras alforjas que la Ley de Indulto de 18 de junio de 1870, precisamente la misma que habrá de canalizar el indulto así solicitado. La idea resulta tan artificial que quizá explique –aunque sólo sea hasta cierto punto– el hecho de que algún Juez de Vigilancia interpretara el precepto como una nueva forma de indulto a tramitar y resolver por sí mismo, a espaldas de la Ley de 1870 y del propio artículo 62 i) de la Constitución (*Individualización científica y libertad condicional*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1984, p. 43).

condicional, que sólo reduce la duración del tiempo efectivo de internamiento (art. 91 CP y arts. 204 y 205 RP) (10). Por otro lado, a pesar de que el CP y la LOGP distinguen entre libertad condicional y beneficios penitenciarios, luego, en la misma ceremonia de la confusión que su antecesor de 1981, el RP 1996, en su artículo 194, considera también la libertad condicional como un beneficio (11). Según el artículo 202.2 RP sólo se reconocen como beneficios penitenciarios el adelantamiento de la libertad condicional, previsto en el artículo 91 CP y desarrollado en el artículo 205 RP, y el indulto particular, regulado en el artículo 206 RP (12). La definición de beneficios penitenciarios que proporciona el artículo 202.1 RP viene caracterizada por la reducción de la duración de la condena impuesta en sentencia firme o por la reducción de la duración del tiempo efectivo de internamiento. A la primera caracterización pertenecen el indulto particular y la redención de penas por el trabajo en tanto se siga aplicando a los condenados conforme al CP 1973 en los supuestos y términos establecidos en la Disposición transitoria primera del RD 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (13). El indulto particular, por su parte, no constituye propiamente un beneficio penitenciario, pues, como ya se ha indicado, no aporta nada nuevo

(10) Véase FERNÁNDEZ DE ARÉVALO, L., en *Ley General Penitenciaria. Comentarios, jurisprudencia, doctrina*, Coordinador Francisco Bueno Arús, Colex, Madrid, 2005, pp. 629 ss.

(11) Por eso, algunos autores como BUENO ARÚS, F., adoptan un concepto amplio de beneficio penitenciario en el que tiene cabida incluso la libertad condicional («Los beneficios penitenciarios después de la Ley Orgánica General Penitenciaria», cit., pp. 999-1000). También RACIONERO incluye entre los beneficios penitenciarios la libertad condicional, no sólo su adelantamiento (RACIONERO CARMONA, F., *Derecho Penitenciario y privación de libertad. Una perspectiva judicial*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 219). En el mismo sentido FERNÁNDEZ GARCÍA, J., en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (coords.), *Manual de Derecho Penitenciario*, Ediciones Universidad de Salamanca y Editorial Colex, Madrid, 2001, p. 379).

(12) Según los artículos 256 y 257 RP 1981 también estas dos instituciones tenían la consideración de beneficios penitenciarios, aunque con una configuración no enteramente coincidente con la actual.

(13) Según la Disposición transitoria segunda a) del RP 1981 y en tanto continúe vigente el artículo 100 CP 1973, permanecen subsistentes los artículos 65 al 73 del Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1956, referentes a la redención de penas por el trabajo. El RD 787/1984, de 28 de marzo, reformó en parte el RP de 1981 en el último inciso del apartado a) de la disposición transitoria segunda, y vino a disponer, en armonía con el criterio que venían sustentando los Jueces de Vigilancia, que «en cualquier caso, dicha redención de penas por el trabajo será incompatible con los beneficios penitenciarios regulados en el artículo 256 de ese Reglamento».

a las previsiones de la Ley de 1870 (14), ya que cualquiera puede solicitar esta medida de gracia. Lo distintivo de este beneficio es su tramitación por parte del Juez de Vigilancia Penitenciaria por solicitud de la Junta de Tratamiento, previa propuesta del Equipo Técnico.

El adelantamiento de la libertad condicional no supone, en cambio, un acortamiento de la condena impuesta en la sentencia, sino sólo una reducción del tiempo efectivo de internamiento. A pesar de ello, el CP, en el artículo 36.1, y la LOGP, en el artículo 76.2 c), se refieren a los beneficios penitenciarios que supongan un acortamiento de la condena como paradigma de esta institución, siendo así que sólo revisten esta modalidad el indulto particular y la redención de penas por el trabajo, en tanto siga subsistente por aplicación del anterior CP 1973 (15). El adelantamiento de la libertad condicional no disminuye la duración de la pena impuesta, ya que sólo modifica la forma de su ejecución. Por otro lado, la propia libertad condicional podría ser considerada también como beneficio penitenciario (así se refiere a ella el art. 194 RP), pero el artículo 202.2 RP no la incluye.

Ninguno de los dos beneficios penitenciarios que reconoce el artículo 202.2 RP supone alguna novedad, pues la libertad condicional y el indulto son dos instituciones antiquísimas en cualquier sistema penal contemporáneo (16). El indulto particular, aparte de encontrarse incluido en la Ley de Indulto de 1870, ya estaba previsto en el artículo 257 del RP 1981. Y el adelantamiento de la libertad condicional tampoco constituye ninguna novedad, pues reaparece con algunas ligeras modificaciones respecto al artículo 257 RP 1981, salvo la cobertura legal que supone ahora el apartado 1 del artículo 91 CP. Sí puede resultar más novedosa, en cambio, la introducción por la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, de un apartado 2 en este artículo 91 CP por el que se posibilita un mayor adelantamiento de la libertad condicional (excepción de la excepción). En definitiva, el artículo 91 CP y el artículo 205 RP no constituyen sino una flexibilización de la libertad condicional y, por su parte, el artículo 206, una

(14) Véase GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas...*, cit., p. 95; MANZANARES, J.L. y CREMADES, J., *Comentarios al Código Penal*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1996, p. 39.

(15) Como ha puesto de manifiesto MANZANARES SAMANIEGO, J.L., la inadecuación del beneficio del nuevo artículo 205 RP 1996 a las exigencias del artículo 76.2.c) LOGP no se salva con el concepto acuñado en el nuevo artículo 202 RP 1996 (*Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, cit., Tomo I (artículo 36), p. 1014).

(16) BUENO ARÚS, F., «Los beneficios penitenciarios después de la Ley Orgánica General Penitenciaria», cit., p. 1006.

modalidad en la tramitación del indulto que lleva consigo la garantía de incorporar a la misma al Juez de Vigilancia. Siempre ha existido la posibilidad de conceder un indulto en cualquier momento en que hayan surgido razones de equidad que lo fundamentasen y, de otra parte, la lógica de la figura de la libertad condicional ha de llevar también a su aplicación en cualquier momento en que el interesado permitiese generar confianza en su comportamiento futuro, sin necesidad de atenerse a un momento cronológico determinado(17).

El ordenamiento penal y penitenciario español no es, pues, excesivamente claro a propósito de la regulación de los beneficios penitenciarios, caracterizándose más bien por su falta de precisión y sistematización. De entrada, ni el CP ni la LOGP ofrecen una definición de los mismos. Es el RP el único que lo hace y sólo a los únicos efectos de su propia aplicación. Además, la definición que ofrece no es del todo congruente con las instituciones que luego se consideran beneficios penitenciarios, ya que se excluye de ellos la libertad condicional que cumple con todas sus características y de la que su adelantamiento no es sino una modalidad suya. El hecho de que constituya el último grado del sistema de individualización científica no debería constituir ningún obstáculo para su consideración como beneficio penitenciario. De hecho, algún precepto del RP, como el artículo 194, la califica expresamente como tal. Por otro lado, reina la confusión y falta congruencia a la hora de delimitar los beneficios que acortan la condena y los que sólo suponen una reducción del tiempo de internamiento efectivo.

No parece ser, pues, muy congruente ni lógico el artículo 202 RP cuando, después de definir en su apartado 1 los beneficios penitenciarios como «medidas que permiten la reducción de la duración de la condena impuesta en sentencia firme o de la del tiempo efectivo de internamiento», concluye en el apartado 2 que «constituyen, “por tanto”, beneficios penitenciarios el adelantamiento de la libertad condicional y el indulto particular», pues según esta definición podrían tener también la consideración de beneficios penitenciarios, además de la misma libertad condicional, aquellas instituciones que, como los permisos de salida o el régimen abierto, permiten reducir el tiempo de estancia dentro del establecimiento penitenciario.

De acuerdo con la consideración estricta que acoge el artículo 202 RP beneficios penitenciarios son, pues, únicamente el adelantamiento de la libertad condicional y la solicitud del indulto particular. Pero ambos, según el mismo precepto, lo son a los solos efectos del propio

(17) Véase BUENO ARÚS, en *ibidem*, p. 1006.

Reglamento Penitenciario. El panorama, nada clarificador, que presenta la situación conduce a pensar si a efectos de la aplicación del ordenamiento penal y penitenciario en su conjunto (por ejemplo, en relación con la aplicación del artículo 78 CP) habrá que atenerse también únicamente a estas dos modalidades de beneficios penitenciarios que ofrece el artículo 202 RP o si será posible mantener un concepto amplio de beneficio penitenciario que permita incluir en él otras «medidas favorables al recluso que, aunque no se titulen como tales» (18), puedan suponer algún tipo de reducción o mitigación de la condena impuesta, como la progresión en grado, el régimen abierto o los permisos de salida. A estos efectos habrá que estudiar la razón de ser y el fundamento de los beneficios penitenciarios y la diferencia existente con otras instituciones que puedan tener alguna relación o afinidad. En todo caso algunos de estos problemas se resolverían si los beneficios penitenciarios fueran definidos y regulados con carácter general y de forma sistemática, a salvo de los detalles reglamentarios, en la LOGP o incluso en el mismo Código Penal (19).

II. FINALIDAD Y RAZÓN DE SER DE LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS

No es extraño encontrar en la legislación histórica española, ya desde el mismo CP de 1822, medidas que suponen un efectivo acortamiento de la duración de la condena impuesta o del tiempo efectivo de internamiento aplicables, con fines de corrección o enmienda o con carácter humanitario, a los penados con buen comportamiento y aplicación laboral (20). Pero lo que actualmente constituye la finalidad y razón de ser de los beneficios penitenciarios es su orientación a la reeducación y reinserción social que por mandato constitucional (artículo 25.2 Constitución Española) preside la aplicación de las penas privativas de libertad. En esta dirección el artículo 203 RP declara que

(18) GARCÍA ARÁN, M., «Los nuevos beneficios penitenciarios: una reforma inadvertida», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1983, núm. 1, p. 113.

(19) Véase GARCÍA ARÁN, M., *ibidem*, p. 114. Este silencio de la LOGP respecto de los beneficios penitenciarios resulta incomprensible –afirma JUANATEY DORADO, C.– si tenemos en cuenta el alcance que tienen desde el punto de vista de los fines de la reeducación y reinserción social (*Manual de Derecho Penitenciario*, Iustel, Madrid, p.147).

(20) Véase SANZ DELGADO, E., *Regresar antes: Los beneficios penitenciarios*, Ministerio del Interior, Madrid, 2006, pp. 13-14 y «Los beneficios penitenciarios», en *La Ley Penal*, n.º 8 (septiembre 2004), pp. 47-48.

«los beneficios penitenciarios responden a las exigencias de la individualización de la pena en atención a la concurrencia de factores positivos en la evolución del interno, encaminados a conseguir su reeducación y reinserción social como fin principal de la pena privativa de libertad». Y por ello, según el artículo 204 RP, «la propuesta de los beneficios penitenciarios requerirá, en todo caso, la ponderación razonada de los factores que la motivan, así como la acreditación de la concurrencia de buena conducta, el trabajo, la participación del interesado en las actividades de reeducación y reinserción social y la evolución positiva en el proceso de reinserción». Todo ello con diferentes intensidades o grados, según se trate del adelantamiento de la libertad condicional (art. 205 RP) o del indulto particular (art. 206 RP) (21).

Por razones retributivas y de prevención general es razonable y lógico que las penas se cumplan efectiva e íntegramente, pero ello no significa que tengan que desaparecer los beneficios penitenciarios, pues constituyen una institución de prevención especial necesaria y esencial para el sistema de individualización científica en el cumplimiento de las penas privativas de libertad, con tal que no se apliquen de forma automática e indiscriminada. En determinados supuestos la duración de la pena puede ser excesivamente larga o resultar ésta ya innecesaria o incluso contraproducente de acuerdo con la evolución del tratamiento. Instituciones como los beneficios penitenciarios que, renunciando a la retribución y prevención general en favor de la prevención especial y acortando la condena o al menos reduciendo el tiempo de cumplimiento efectivo de la pena, pueden venir a remediar estas situaciones. Ello no significa ninguna infracción del principio de proporcionalidad de la pena en la medida en que éste supone que la pena no puede ser superior o ir más allá de la establecida en la ley y fijada en la sentencia, en función de la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor, pero puede ser reducida en atención a los fines de prevención especial (22).

Por otro lado, por medio de los beneficios penitenciarios la ley ofrece al condenado estímulos gratificantes a fin de lograr su adhesión a los modos de comportamiento que puedan valorarse como indicia-

(21) Según el artículo 256.1 RP 1981 eran también circunstancias para la concesión del adelantamiento de la libertad condicional la buena conducta, el desempeño de una actividad laboral normal, bien en el establecimiento o en el exterior, que se pueda considerar útil para su preparación para la vida en libertad y la participación en actividades de reeducación y reinserción social. Por su parte, el indulto del artículo 257 exigía las mismas circunstancias anteriores durante un tiempo mínimo de dos años y en un grado que se pudiera calificar de extraordinario.

(22) Véase JUANATEY DORADO, C., *Manual de Derecho Penitenciario*, cit., pp. 148-149.

rios de la evolución positiva del interno (23). «Históricamente –señalan María José Rodríguez Puerta y Francisco Sapena Grau– se ha comprobado que la existencia de una serie de beneficios que estimulen al penado para mejorar su condición dentro del ámbito penitenciario, es uno de los elementos indispensables para la consecución de la pretendida reintegración del recluso en la vida libre» (24). El propio sistema penitenciario no puede dejar enteramente cerrada la esperanza al penado. Tiene que ofrecerle posibilidades de acortamiento de la condena o de reducción de la duración efectiva de la pena creando en él estímulos que le ayuden a colaborar en el tratamiento para avanzar en la línea de su reeducación y reinserción de acuerdo con el mandato constitucional. Como indica Enrique Sanz Delgado, esta idea, protagonista de las recompensas o beneficios penitenciarios, de adelantar la libertad motivando a los penados, activando los resortes de su voluntad y haciendo surgir la esperanza de la salida anticipada, se vino a complementar con la instauración definitiva de los sistemas progresivos, conformando su principal sentido (25). En esta línea, siguiendo lo dispuesto en el artículo 119.1 RP 2006, la Instrucción 12/2006, de 28 de julio, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, señala que «de acuerdo a los artículos 204 y 263 del Reglamento Penitenciario, la participación positiva del interno en actividades y programas de reeducación y de reinserción social, serán incentivadas mediante recompensas y beneficios penitenciarios».

En un segundo plano, de forma indirecta pero no menos importante, los beneficios penitenciarios constituyen también un estímulo para que la conducta del interno se adecue al régimen penitenciario que le corresponde, facilitándose de ese modo una mejor, más ordenada y más fácil convivencia en el establecimiento (26). Por eso, en cualquier caso, considera Francisco Bueno Arús, «los beneficios que permiten el acortamiento o la dulcificación de la condena con base en criterios individualizadores, tendrían que continuar por razones huma-

(23) Véase BUENO ARÚS, F., «Los beneficios penitenciarios a la luz del Código Penal y de la legislación penitenciaria vigentes», en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos (Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López)*, Comares, Granada, 1999, p. 567.

(24) TAMARIT SUMALLA, J.-M., GARCÍA ALBERO, R., RODRÍGUEZ PUERTA, M.J. y SAPENA GRAU, F., *Curso de Derecho Penitenciario*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 186.

(25) SANZ DELGADO, E., *Regresar antes: Los beneficios penitenciarios*, cit., p. 14.

(26) Véase TAMARIT SUMALLA, J.-M. y otros, *Curso de Derecho Penitenciario*, 2.ª ed., cit., pp. 185-186; CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho Penitenciario*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 263.

nitarias y aun de seguridad, al constituir un estímulo indispensable al buen comportamiento de los internos en los establecimientos penitenciarios. Esta labor activa de estimular la conducta de los ciudadanos en un sentido acorde con los principios fundamentales del ordenamiento y de la convivencia me parece igualmente coherente con los postulados del Estado social de Derecho que nuestra Constitución ha adoptado» (27).

En definitiva, como entiende Mercedes García Arán, se trata de entender los beneficios como casos de renuncia a la retribución o la prevención general frente a criterios de prevención especial por entenderse que la aplicación de la pena en toda su extensión no es necesaria, o bien, calificarlos como medidas realistas adoptadas por simples razones de utilidad práctica para el mejor funcionamiento del aparato penitenciario (28).

En atención a todo ello no resulta difícil distinguir los beneficios penitenciarios de las recompensas, pese a que el fundamento de éstas descansa sobre algunos presupuestos análogos a los de los beneficios penitenciarios (la buena conducta, el espíritu de trabajo, el sentido de la responsabilidad en el comportamiento de los internos y la participación positiva en las actividades organizadas en el establecimiento). Tal vez por ello, Carlos García Valdés, al comentar el artículo 46 LOGP, se refiere indistintamente a las recompensas o beneficios penitenciarios (29). Además en el RP 1981 tenían la consideración de recompensas las propuestas al Juez de Vigilancia a efectos de valoración por el mismo en la concesión de beneficios penitenciarios, lo cual evidentemente las ponía en relación con éstos (30). Pero esta modalidad de

(27) BUENO ARÚS, F., «Los beneficios penitenciarios a la luz del Código Penal y de la legislación penitenciaria vigentes», en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos*, cit., p. 568.

(28) GARCÍA ARÁN, M., «Los nuevos beneficios penitenciarios: una reforma inadvertida», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1983, núm.1, pp. 110-111.

(29) GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la legislación penitenciaria*, reimpresión de la 2.^a ed., Civitas, Madrid., p. 141.

(30) Dejando a un lado la probable improcedencia de haber considerado posible materia de recompensa (discrecional por naturaleza) la propuesta de unos beneficios que, aunque condicionados por la evolución personal del interno, constituyen derechos subjetivos del mismo, cree BUENO ARÚS que lo dispuesto en el artículo 105 a) RP 1981 no representaba modificación sustantiva de los preceptos que regulaban los beneficios penitenciarios ni por lo tanto exoneración de los requisitos y condiciones que debían concurrir para la concesión o autorización, judicial o administrativa de los mismos. Por lo tanto, la única eficacia jurídica que podía tener la propuesta administrativa al Juez de Vigilancia de la autorización de un beneficio penitenciario por vía formal y expresa de recompensa era que, con independencia del éxito ulterior de la misma, la «propuesta-recompensa» podía ser suficiente para acortar en su caso el plazo de cancelación de las anotaciones de sanciones disciplinarias que hubiera

recompensa ha sido suprimida en el vigente Reglamento Penitenciario.

El sistema de recompensas que establece la LOGP responde a fundamentos, criterios y finalidades distintos de los de los beneficios penitenciarios. Éstos suponen una reducción de la duración de la condena o del tiempo efectivo de internamiento en atención al buen aprovechamiento del tratamiento y a la concurrencia de factores positivos en la evolución del interno que contribuyen a los fines de la reeducación y reinserción social del penado de acuerdo con el mandato constitucional (art. 25.2 CE). Se renuncia, pues, a la retribución o la prevención general en favor de la prevención especial considerando que ya no es necesaria la aplicación de la pena en toda su extensión o al menos su régimen de internamiento efectivo. Además, indirectamente, los beneficios penitenciarios pueden contribuir también a un mejor funcionamiento del establecimiento penitenciario. Por su parte, las recompensas son también medidas benefactoras, beneficios, pero de distinta naturaleza e índole. Según el artículo 46 LOGP, cuyo texto es básicamente reproducido en el artículo 263 RP, «los actos que pongan de relieve buena conducta, espíritu de trabajo y sentido de responsabilidad en el comportamiento personal y en las actividades organizadas del establecimiento serán estimulados mediante un sistema de recompensas reglamentariamente determinado» (31), cuya concesión y cuantía corresponde determinar a la Comisión Disciplinaria del Centro (art. 264.1 RP).

Las recompensas no tienen, pues, nada que ver con el tratamiento y las actividades resocializadoras, sino con el régimen penitenciario. Con ellas se trata fundamentalmente de garantizar la disciplina y la convivencia ordenada dentro del establecimiento por la vía de estimular el buen comportamiento del interno. Constituyen, pues, la cara positiva, incentivadora y gratificante, del régimen disciplinario. Por ello se regulan en la LOGP en su capítulo V, a continuación del régimen disciplinario (Capítulo IV). Y en el RP se regulan en el Título X que lleva por rúbrica «Del régimen disciplinario y de las recompen-

podido sufrir el interno, en los términos del artículo 127 RP 1981. Eran claros, pues, los abusos y las arbitrariedades a que podía llegar el utilizar en favor de ciertos internos una propuesta que de antemano se sabía que no podía legalmente prosperar («Los beneficios penitenciarios», en *Vigilancia Penitenciaria. VI Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria*, cit., p. 226).

(31) El artículo 264.1 RP establece que «en cada caso concreto, la recompensa concedida y su cuantía, en su caso, se determinará por la Comisión Disciplinaria del Centro, atendiendo a la naturaleza de los méritos contraídos y a cualesquiera otras circunstancias objetivas o subjetivas que pongan de manifiesto el carácter ejemplar de la conducta recompensada».

sas». Para Luis Garrido Guzmán se trata de un encuadramiento lógico si tenemos en cuenta que la disciplina, elemento básico para garantizar la seguridad, el buen orden y conseguir una ordenada convivencia en los establecimientos penitenciarios, tiene que ir acompañada de un sistema equilibrado de recompensas y beneficios penitenciarios que actúen de estímulo y esperanza para aquellos internos que se hagan acreedores de ello (32).

En consecuencia, las recompensas no pueden considerarse beneficios penitenciarios en sentido estricto (33). Como premios o beneficios personales, son un factor clave para la convivencia y el buen orden dentro del establecimiento a lo que ayudan no sólo las sanciones por la comisión de faltas de disciplina sino también los estímulos por la realización de conductas ejemplares. Según García Valdés, constituyen un «elemento regimental tan importante para la buena marcha del establecimiento como el adecuado régimen disciplinario contemplado en el Capítulo inmediatamente anterior, pues el estímulo es clave para lograr también aquella convivencia ordenada en cuyo marco se desenvuelven todas las actividades penitenciarias» (34). Tal sistema de recompensas constituye, en cierto sentido, según Miguel Polaino Navarrete, la antítesis categorial y nomológica del régimen disciplinario (35). Se basan en premiar conductas ejemplares.

Es decir, que mientras lo que caracteriza a las recompensas es su relación con el régimen y el buen orden y convivencia dentro del establecimiento penitenciario, los beneficios penitenciarios están relacionados directamente con los fines resocializadores. No obstante hay otras instituciones que también encuentran su fundamento en una actitud positiva del penado al tratamiento reveladora de un progreso en su reeducación y reinserción social, pero que, sin embargo, no tienen la consideración de beneficios penitenciarios conforme al artículo 202.2 RP. Habrá que considerar, pues, si a otros efectos diferentes del Regla-

(32) GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual de Ciencia Penitenciaria*, Edersa, Madrid, 1983, p. 366. El RP 1981 regulaba las recompensas en los artículos 105 y 106 dentro del Título II (Del régimen penitenciario) y en el Capítulo IX (Régimen disciplinario) en su Sección segunda, antes que las faltas y sus correcciones. Y por otro lado, regulaba los beneficios penitenciarios en el Título VI.

(33) BUENO ARÚS, F., «Los beneficios penitenciarios», en *Vigilancia penitenciaria...*, cit., p. 225; GARCÍA ARÁN, M., «Los nuevos beneficios penitenciarios: una reforma inadvertida», cit., p. 114.

(34) GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la legislación penitenciaria*, cit., p. 141.

(35) POLAINO NAVARRETE, M., «Sistema de recompensas en el régimen penitenciario», en *Comentarios a la legislación penal*, dirigidos por COBO DEL ROSAL, M. y coordinados por BAJO FERNÁNDEZ, M., Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1986, p. 673.

mento Penitenciario pueden ser beneficios penitenciarios otras medidas o instituciones distintas del adelantamiento de la libertad condicional y de la solicitud del indulto particular. De acuerdo con el concepto de beneficio penitenciario que ofrece el mencionado precepto del Reglamento Penitenciario también en un sentido amplio podrían serlo los permisos de salida o el régimen abierto y, por supuesto, la misma libertad condicional, en cuanto que quien disfruta de aquéllos o se encuentra clasificado en tercer o cuarto grado, aparte de mejorar las condiciones regimentales, ve reducido el tiempo de estancia o permanencia efectiva, al menos en parte, bien por algunos días o durante determinados períodos del día, dentro del establecimiento penitenciario (36). García Valdés, por ejemplo, califica los permisos de salida como «trascendente beneficio penitenciario» (37). Pero como sostienen Bueno Arús y otros autores (38), el sentido de la norma no parece haber querido ser tan amplio.

Todo el sistema de individualización científica está estructurado sobre el planteamiento de una evolución positiva del penado respecto de la reeducación y reinserción social, de modo que, en función de los avances experimentados en el tratamiento, se le van reconociendo al penado mayores posibilidades de libertad (permisos de salida, acceso al régimen abierto) hasta conseguir la excarcelación aun antes de haber extinguido completamente la condena. De acuerdo con ello, en un sentido amplio y material, cada avance en esta progresión podría ser considerado como un beneficio penitenciario en la medida en que implica para el penado una mitigación o suavización del régimen penitenciario o la consecución de una mayor libertad. Pero no toda medida beneficiosa para el penado que pueda comportar el sistema de individualización científica puede ser considerada sin más como un beneficio penitenciario. Los beneficios constituyen una institución de prevención especial por la que en atención a la evolución favorable del interno se renuncia a las exigencias de retribución o de prevención general por entender que la aplicación efectiva de la totalidad de la pena ya no es necesaria. Suponen, pues, una reducción de la condena o de la duración efectiva de la reclusión en atención a la concurrencia

(36) Para Mapelli (en MAPELLI CAFFARENA, B. y TERRADILLOS BASOCO, J., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3.^a ed., Civitas, Madrid, 1996, p. 152) en sentido amplio serían beneficios penitenciarios aquellas medidas que mejoran las condiciones regimentales, como los permisos de salida o las visitas. Véanse también las pp. 202 y 205 de la 5.^a ed., 2011, ya citada.

(37) GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios*, cit., p. 161.

(38) BUENO ARÚS, F., en «Los beneficios penitenciarios después de la Ley Orgánica General Penitenciaria», cit., p. 999; SAPENA GRAU, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., en *Curso de Derecho Penitenciario*, cit., p. 186.

de factores positivos que contribuyen a desarrollar en el interno el sentido de la responsabilidad y su cooperación y buen aprovechamiento en el tratamiento en orden a llevar una vida de respeto a la ley y a los derechos de los demás. En cambio, los permisos ordinarios de salida, aunque también estén orientados a contribuir a los fines esenciales de la pena de prisión de acuerdo con el mandato constitucional e incluso aparezcan integrados dentro de las actividades propias del tratamiento, responden a fundamentos y características distintos. Son una institución especial, imprescindible y absolutamente justa de prevención especial vinculada al sistema progresivo y a la preparación del interno para su reinserción social que permiten al penado mantener sus relaciones con el exterior y rebajar la tensión del encerramiento (39). Las reducciones de tiempo efectivo de reclusión que suponen los permisos de salida son pequeños paréntesis de libertad, reducciones intermitentes del efectivo internamiento o liberaciones temporales y puntuales para ir preparando la vida en libertad o por razones humanitarias. Esta es la causa de su concesión. En este sentido se podría decir que más que beneficios constituyen, dentro del sistema progresivo de cumplimiento de las penas privativas de libertad, una manera ordinaria de cumplir estas penas en atención a la preparación a la vida en libertad. Como señala Vicenta Cervelló, no parece muy correcto, dadas sus respectivas características, designar los permisos de salida (ni el régimen abierto) como beneficios penitenciarios. Son más bien medidas de aproximación y preparación a la vida en libertad que han de basarse en las condiciones específicas del sujeto para afrontar tal situación y no en la naturaleza del delito cometido (40). Los permisos extraordinarios (art. 47.1 LOGP y art. 155 RP), por su parte, responden más

(39) Véase BUENO ARÚS, F., «Los beneficios penitenciarios», en *Vigilancia Penitenciaria*, cit., pp. 216-217; RACIONERO CARMONA, F., *Derecho penitenciario y privación de libertad...*, cit., p. 208. Según la Sentencia del Tribunal Constitucional 112/1996, de 24 de junio, «todos los permisos cooperan potencialmente a la preparación de la vida en libertad del interno, pueden fortalecer los vínculos familiares, reducen las tensiones propias del internamiento y las consecuencias de la vida continuada en prisión que siempre conlleva el subsiguiente alejamiento de la realidad diaria. Constituyen un estímulo a la buena conducta, a la creación de un sentido de responsabilidad del interno, y con ello al desarrollo de su personalidad. Le proporcionan información sobre el medio social en el que ha de integrarse e indican cuál es la evolución del penado».

(40) CERVELLÓ DONDERIS, V., «Restricción de beneficios penitenciarios en el Código Penal de 1995», en *Cuadernos Jurídicos*, núm. 42 (junio 1996), p. 36. En cambio, FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J. (*Manual de Derecho Penitenciario*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 518) consideran que los permisos de salida resultan subsumibles en la definición de beneficios penitenciarios del artículo 202.1 RP.

bien a finalidades o razones humanitarias. Por otro lado, como considera Sanz Delgado, en el beneficio se exige por parte del penado además una actuación positiva, diversa, un plus de esfuerzo y dedicación, más allá del mero permitir transcurrir el tiempo que sería lo propio del permiso de salida o el tercer grado (41).

Lo que ya puede resultar cuestionable es que, en buena lógica con su apartado 1, el apartado 2 del artículo 202 RP deje fuera de la consideración de beneficios penitenciarios la libertad condicional, institución que cumple con todas las características definidoras del beneficio penitenciario y de la que su adelantamiento no es más que una modalidad o manifestación suya. Su consideración de último grado del sistema de individualización científica no constituye ningún impedimento para ello. Es más, como ya se ha indicado, el artículo 194 del propio Reglamento Penitenciario se refiere a ella expresamente como beneficio penitenciario, una prueba más de la falta de claridad y precisión de nuestro ordenamiento en torno a los beneficios penitenciarios (42). Por ello algunos autores, como Julio Fernández García y Francisco Racionero (43), se manifiestan a favor de su consideración como beneficio penitenciario. También Joseph Miquel Prats Canut se extraña de que la libertad condicional ordinaria no sea considerada beneficio penitenciario a pesar de suponer un acortamiento del tiempo efectivo de internamiento y de recibir un tratamiento específico en el RP (44). Manuel Vega Alocén tampoco entiende por qué, a diferencia de su adelantamiento, el legislador no incluye de forma expresa la libertad condicional en el concepto de beneficio penitenciario, pues también es una reducción de la duración de tiempo efectivo de internamiento (45).

El RP, aparte de no incluir la libertad condicional entre los beneficios penitenciarios del artículo 202.2, la distingue claramente de ellos,

(41) SANZ DELGADO, E., *Regresar antes: los beneficios penitenciarios*, cit., p. 22.

(42) También la consideraban como beneficio los artículos 61 y 336.4.^ª) del Reglamento Penitenciario de 1981.

(43) FERNÁNDEZ GARCÍA, J. en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Manual de Derecho Penitenciario*, cit., pp. 378-379; RACIONERO CARMONA, F., *Derecho penitenciario y privación de libertad...*, cit., p. 219.

(44) PRATS CANUT, J.M., «Artículo 91», en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Gonzalo QUINTERO OLIVARES (Director) y Fermín MORALES PRATS (Coordinador), 2.^ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 504. También BUENO ARÚS incluye la libertad condicional entre los beneficios penitenciarios que acortan la reclusión efectiva (BUENO ARÚS, F., «Los beneficios penitenciarios después de la Ley Orgánica General Penitenciaria», en *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona*, cit., p. 999).

(45) VEGA ALOCÉN, M., *La libertad condicional en el Derecho español*, Civitas, Madrid, 2001, p. 139.

pese a poner de manifiesto su estrecha relación ya que se regulan juntos en el Título VIII (De la libertad condicional y de los beneficios penitenciarios) dedicándose el capítulo I a la libertad condicional y el II a los beneficios penitenciarios. Según Felipe Renart, el legislador penitenciario delimita con absoluta nitidez la libertad condicional, en cuanto último período del sistema de individualización científica, de la modalidad excepcional de su adelantamiento, que si bien comparte elementos comunes con dicha institución, se nos presenta como algo jurídicamente distinto al regularse en capítulo independiente bajo un *nomen iuris* propio (46). Al considerarla como el último grado del sistema de individualización científica para la ejecución de las penas privativas de libertad (art. 72.1 LOGP), en sentido estricto, nuestro ordenamiento jurídico le priva de la consideración de beneficio penitenciario (47), aunque desde una perspectiva material no habría ninguna dificultad para ello.

En conclusión, la expresión «beneficio penitenciario» debe referirse exclusivamente a las instituciones que recoge el artículo 202.2 RP: el adelantamiento de la libertad condicional y la solicitud del indulto particular (48). Nuestro ordenamiento penal y penitenciario adopta, en consecuencia, un concepto estricto de beneficio penitenciario que además se articula sobre la base de otras instituciones, pues tanto el adelantamiento de la libertad condicional como el indulto particular no son sino manifestaciones o modalidades de la libertad condicional y el indulto, respectivamente. La redacción dada al artículo 78 CP por la LO7/2003, de 30 de junio, corrobora este concepto estricto, toda vez que distingue claramente entre beneficios penitenciarios, libertad condicional, permisos de salida y prisión abierta (49).

(46) RENART GARCÍA, F., *La libertad condicional: nuevo régimen jurídico*, Edisofer, Madrid, 1983, pp. 203-204. En el mismo sentido CERVELLÓ DONDERIS, V., «Restricción de beneficios penitenciarios en el Código Penal de 1995» cit., pp. 36 y 38.

(47) Véase CERVELLÓ DONDERIS, V., *ibid.*, pp. 36 y 38.

(48) Véase GARCÍA ARÁN, M., «Fundamentos y aplicación de penas y medidas...», cit., p. 95; SANZ DELGADO, E., «Acortamientos de la condena: los beneficios penitenciarios en la actualidad», en CUERDA RIEZU, A. (dir.), *La respuesta del Derecho Penal ante los nuevos retos*, Universidad Rey Juan Carlos/Dykinson, Madrid, 2006, p. 196.

(49) En este mismo sentido, CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho Penitenciario*, cit., p. 264; GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, cit., p. 95; JUANATEY DORADO, C., *Manual de Derecho Penitenciario*, cit., p. 148; MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª ed., 2011, p. 202; SANZ DELGADO, E., «Los beneficios penitenciarios», en *La Ley Penal*, cit., p. 49.

III. BENEFICIOS PENITENCIARIOS Y TRATAMIENTO

Al consistir su razón de ser en la orientación de la pena privativa de libertad a la reeducación y reinserción social según el mandato constitucional (art. 25.2 CE), los beneficios penitenciarios se asientan formalmente sobre la consideración del aprovechamiento del tratamiento penitenciario del interno y sobre una prognosis favorable acerca de sus posibilidades de llevar una vida en libertad respetuosa con la ley vinculándose su concesión, en consecuencia, a una actitud positiva del interno al tratamiento manifestada en una evolución favorable de su personalidad (50). Sobre esta base se individualiza la condena impuesta mediante una aplicación ponderada del principio de la sentencia indeterminada en atención a la concurrencia de factores positivos en la evolución del interno en relación con aquellos fines de reeducación y reinserción social y, a la vez, se ofrecen al condenado estímulos gratificantes para lograr su adhesión a los modos de comportamiento que puedan valorarse precisamente como indiciarios de esa evolución positiva (51). En este sentido el artículo 203 RP establece que «los beneficios penitenciarios responden a las exigencias de la individualización de la pena en atención a la concurrencia de factores positivos en la evolución del interno, encaminados a conseguir su reeducación y reinserción social como fin principal de la pena privativa de libertad». Y consiguientemente el artículo 204 RP dispone que «la propuesta de los beneficios penitenciarios requerirá, en todo caso, la ponderación razonada de los factores que la motivan, así como la acreditación de la concurrencia de buena conducta, el trabajo, la participación del interesado en las actividades de reeducación y reinserción social y la evolución positiva en el proceso de reinserción».

Con ello se da cumplimiento a la regla 70 de las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos, aprobadas por las Naciones Unidas en 1955, según la cual «en cada centro ha de instituirse un sistema de privilegios adaptados a los diferentes grupos de reclusos y a los diferentes métodos de tratamiento, a fin de propiciar una buena conducta, desarrollar el sentido de la responsabilidad y promover el interés y la cooperación de los reclusos en aquello que hace referencia a su trata-

(50) Véase GACÍA ARÁN, M., «Los nuevos beneficios penitenciarios...», cit., pp. 110-112 y 119.

(51) Véase BUENO ARÚS, F., «Los beneficios penitenciarios después de la Ley Orgánica General Penitenciaria», cit., p. 1004 y «Los beneficios penitenciarios». En *Vigilancia penitenciaria*, cit., pp. 200-201; TAMARIT SUMALLA, J.-M., GARCÍA ALBERO, R., RODRÍGUEZ PUERTA M.J. y SAPENA GRAU, F., *Curso de Derecho Penitenciario*, cit., pp.185-186.

miento». La existencia de determinados beneficios cuya obtención determina que el penado pueda disfrutar de la libertad antes de que se extinga la totalidad de la condena impuesta y que entre tanto estimulan al penado para mejorar su condición dentro del ámbito penitenciario, constituye un elemento necesario para la reintegración o reinserción en la vida en libertad y al mismo tiempo un elemento regimetal importantísimo para la ordenada convivencia y la buena marcha del establecimiento penitenciario al favorecer indirectamente una adecuación de la conducta del interno al régimen penitenciario que le corresponda (52).

En definitiva, como considera Mercedes García Arán (53), se trata de entender los beneficios, en coherencia con la declaración del artículo 25 CE, como casos de renuncia a la retribución o a la prevención general frente a criterios de prevención especial por entenderse que la aplicación de la pena en toda su extensión no es necesaria por aconsejarlo así la evolución favorable del recluso, o bien, calificarlos como medidas realistas adoptadas por simples razones de utilidad práctica para el mejor funcionamiento del aparato penitenciario. Ha de observarse que la solicitud del indulto particular del artículo 206 RP, en cuanto beneficio penitenciario, participa también de este planteamiento de no necesidad del cumplimiento del resto de la pena por razones de prevención especial, aunque ello no se aviene bien con el fundamento del indulto que radica en razones de utilidad política o en consideraciones de injusticia de la pena impuesta (54).

De acuerdo con este planteamiento resulta evidente que los beneficios penitenciarios tienen que estar vinculados de alguna manera al tratamiento penitenciario, pues, según el artículo 59 LOGP, éste «consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados». En este punto es clara la diferencia respecto a la antigua redención de penas por el trabajo. Ya, en general, en la progresión y regresión de grado, propios del régimen de individualización científica, se tiene en cuenta

(52) Véase SAPENA GRAU, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., en TAMARIT SUMALLA, J.-M., GARCÍA ALBERO, R., SAPENA GRAU, F., y RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., *Curso de Derecho Penitenciario*, cit., p. 185; FERNÁNDEZ GARCÍA, J., «Los beneficios penitenciarios», en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (coordinadores), *Manual de Derecho Penitenciario*, Universidad de Salamanca-Colex, Salamanca-Madrid, 2001, p. 377.

(53) GARCÍA ARÁN, M., «Los nuevos beneficios penitenciarios: una reforma inadvertida», cit., pp. 110-111 y 118-119.

(54) Véase ASENSIO CANTISÁN, H., «La redención de penas por el trabajo: su desaparición y sustitución», en *Papers d'Estudis i Formació*, núm. especial (abril 1987), p. 90.

la evolución del penado en el tratamiento (art. 106.1 RP). Pero, en particular, de acuerdo con el artículo 204 RP, «la propuesta de los beneficios penitenciarios requerirá, en todo caso, la ponderación razonada de los factores que la motivan, así como la acreditación de la concurrencia de buena conducta, el trabajo, la participación del interesado en las actividades de reeducación y reinserción social y la evolución positiva en el proceso de reinserción». Y más en concreto, para la concesión del adelantamiento de la libertad condicional, según los artículos 91 CP y 205 RP, se requiere, aparte de observar buena conducta y haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales, la emisión de un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social que permita verificar la evolución positiva del interno en el proceso de reinserción. Por su parte, el adelantamiento cualificado o extraordinario previsto en el apartado 2 del artículo 91 CP requiere que «el penado haya desarrollado continuamente las actividades indicadas en el apartado anterior y que acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, «en su caso» . Y el artículo 206 RP, para la solicitud del indulto particular, además de la buena conducta y el desempeño de una actividad laboral normal, en el establecimiento o en el exterior, que se pueda considerar útil para su preparación para la vida en libertad, exige también la participación en las actividades de reeducación y reinserción social.

Así, pues, aunque entre los requisitos para la concesión de los beneficios penitenciarios figure la buena conducta, priman las ideas de reeducación y reinserción social ya que el núcleo de las exigencias viene determinado en función de los ideales resocializadores por la colaboración en tareas de esta naturaleza o la participación en alguna actividad tratamental que posibilite un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social (55). Este condicionamiento a la participación en actividades de reeducación y reinserción social en la concesión de beneficios penitenciarios plantea necesariamente las cuestiones de la voluntariedad o no necesidad del tratamiento, por un

(55) Véase MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Individualización científica y libertad condicional*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1984, pp. 445-446; FERNÁNDEZ GARCÍA, J., en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (coords.), *Manual de Derecho Penitenciario*, Ediciones Universidad de Salamanca-Editorial Colex, Madrid, 2001, p. 379. La Instrucción 3/2004, de 29 de diciembre de la DGIP sobre sistema de evaluación e incentivación de las actividades de los internos declara que «la participación en Programas de Tratamiento y Actividades que lo componen alcanza gran trascendencia, por imperativo legal, para la obtención de beneficios penitenciarios».

lado, o las mismas carencias o limitaciones del tratamiento, por otro, pues en estos casos a quien rechazara el tratamiento o no estuviera sometido al mismo por no estar indicado o por inexistencia del mismo en el centro penitenciario no se le podría reducir el tiempo efectivo de condena y llegaría a cumplir más tiempo de condena que aquel otro que hubiera participado en actividades de tratamiento.

IV. ELEMENTOS INTEGRANTES DE LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS

Según el artículo 204 RP «la propuesta de los beneficios penitenciarios requerirá, en todo caso, la ponderación razonada de los factores que la motivan, así como la acreditación de buena conducta, el trabajo, la participación del interesado en las actividades de reeducación y reinserción social y la evolución positiva en el proceso de reinserción». Los beneficios penitenciarios se estructuran, pues, en nuestro ordenamiento jurídico sobre la base de la buena conducta, el trabajo y las actividades de reeducación y reinserción. Estos elementos en el caso del indulto particular han de concurrir «en un grado que se pueda calificar de extraordinario» teniendo en cuenta que en este supuesto se reduce el tiempo de duración de la condena impuesta en sentencia firme y no sólo el del internamiento efectivo. Adicionalmente el adelantamiento cualificado o extraordinario del artículo 91.2 CP requiere la acreditación de «la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso».

Todos estos elementos han de ser valorados de acuerdo con el sistema de individualización científica en función de la evolución positiva del penado en el proceso de reinserción, es decir, atendiendo a la finalidad de los beneficios penitenciarios que no es otra que la resocialización. Así se establece de forma clara en el artículo 203 RP según el cual «los beneficios penitenciarios responden a las exigencias de la individualización de la pena en atención a la concurrencia de factores positivos en la evolución del interno, encaminados a conseguir su reeducación y reinserción social como fin principal de la pena privativa de libertad». Por ello para el adelantamiento de la libertad condicional tanto el CP (art. 90.1.c) como el RP (art. 205) requieren un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social.

Consecuentemente y a diferencia de lo que ocurriría con la redención de penas por el trabajo, la concesión de los beneficios penitenciarios, particularmente el adelantamiento de la libertad condicional, no

es automática e indiscriminada teniéndose que valorar en cada caso su oportunidad (56). Precisamente éste es el sentido que ha de darse al término «excepcionalmente» que utiliza el artículo 91.1 CP. Según este artículo, el Juez de Vigilancia «podrá conceder» (apartado 1) y «podrá adelantar» (apartado 2) la libertad condicional «siempre que (los penados) merezcan dicho beneficio por haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales» y hayan cumplido, por supuesto, los restantes requisitos y circunstancias. No obstante la utilización del verbo «merecer», para la concesión del beneficio no bastará la mera acreditación de la realización de las actividades indicadas sino que será precisa la verificación de una evolución positiva del penado en el proceso de reinserción social. Ello no supone que el adelantamiento de la libertad condicional deba ser considerado de naturaleza premial –aunque algo de ello hay en algunos de los requisitos exigidos–, sino como un auténtico derecho siempre que se den las circunstancias requeridas. Por su parte, la solicitud del indulto particular resulta aún menos automática e indiscriminada toda vez que los requisitos sobre los que se asienta deben concurrir «de modo continuado durante un tiempo mínimo de dos años y en un grado que se pueda calificar de extraordinario», según se dispone en el artículo 206.1 RP.

El primer requisito que exige el ordenamiento jurídico para «merecer» los beneficios penitenciarios es la observancia de buena conducta. La rebaja en el grado de exigencia de este requisito que ha introducido el CP 1995 (art. 90.1 c) para la concesión de la libertad condicional frente a la «intachable conducta» que requería el Código Penal de 1973 (art. 98.3.^a) parece correcta, ya que no se puede exigir a un sentenciado más de lo que se exige a un hombre libre, que es únicamente no cometer delitos, lo que, por otra parte, constituye precisamente el objetivo del tratamiento reeducador (57). Pero, a pesar de su aparente sencillez, la formulación actual constituye un concepto jurídico indeterminado que, al carecer de definición, da lugar a muchos problemas interpretativos. La ausencia de definición legal que delimite su contenido, señala Felipe Renart, genera dos consecuencias negativas: por una parte, una inseguridad jurídica que pudiera propi-

(56) GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, cit., pp.125-126.

(57) Véase BUENO ARÚS, F., «Los beneficios penitenciarios a la luz del Código Penal y de la legislación penitenciaria vigentes», en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos*, cit., pp. 576-577. En el mismo sentido, RÍOS MARTÍN, J.C., *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel*, 6.^a ed., Colex. Madrid, 2011, p. 224.

ciar la adopción de decisiones insuficientemente motivadas y, por otra, la asunción de criterios interpretativos que conducen a automatismos indeseables bajo la égida justificante de la objetividad (58).

La doctrina y la jurisprudencia vienen interpretando la buena conducta en un sentido amplio como ausencia de sanciones disciplinarias por faltas graves o muy graves no canceladas. Y ausencia, por supuesto, de comisión de nuevos delitos. Entender de esta manera la buena conducta convierte la exigencia en un requisito objetivo de fácil comprobación que contribuye a la seguridad jurídica, pero lleva el riesgo de una concesión automática. Sin embargo, la acreditación de este requisito está necesitada siempre de una valoración que resulta evidente en el caso del indulto particular al exigir el artículo 206 RP que la buena conducta concurra «de modo continuado durante un tiempo mínimo de dos años y en un grado que se pueda calificar de extraordinario» (59). En este sentido la existencia de una infracción disciplinaria en el contexto de una valoración global de la trayectoria del comportamiento del interno puede no llegar a desvirtuar la buena conducta exigida en el penado. Y a la inversa, sucesivas faltas leves pueden llegar a ser constitutivas de una mala conducta. No hay que pasar por alto que, estando aún subsistente el catálogo de faltas del RP de 1981, modificado en 1984, podemos encontrarnos, como reconoce Felipe Renart, con conductas trasnochadas o ajenas a los fines disciplinarios, repletas de conceptos vaporosos e indeterminados, engendradas con una técnica normativa más que dudosa cuando no contradictorias, impropias de los principios que informan un Estado social y democrático de Derecho, de cuestionable lesividad y, sobre todo, con abusivas remisiones a normas de régimen interior que vulneran no sólo el principio de reserva de ley sino también el principio de igualdad proclamado en el artículo 14 de la CE. Piénsese, por ejemplo, según indica este autor, en la falta grave consistente en «la organización o participación en juegos de suerte, envite o azar, que no se hallaren permitidos en el establecimiento» (art. 109 g) RP 1981) o en la calificación como falta grave de la «embriaguez producida por el abuso de bebidas alcohólicas autorizadas...» (60).

En este sentido el sector mayoritario de la doctrina considera que a pesar de que el interno haya sido sancionado por la comisión de faltas disciplinarias, un estudio individualizado puede aconsejar no obs-

(58) RENART GARCÍA, F., *Los permisos de salida en el Derecho comparado*, Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, Madrid, 2010, p. 131.

(59) Véase el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 847/2004, de 8 de septiembre.

(60) RENART GARCÍA, F., *Los permisos de salida...*, cit., p. 146.

tante la concesión de la libertad condicional. La justificación de dicha postura, como advierte Felipe Renart, reposa en el fundamento de esta institución que no es otro que el cumplimiento del mandato constitucional que obliga a orientar la ejecución de las penas privativas de libertad hacia la reeducación y reinserción social, por lo que resulta suficiente con que el condenado haya tenido un comportamiento mínimamente correcto, si además se tiene en cuenta que el no observar buena conducta puede ser consecuencia de una incapacidad para vivir en prisión, pero no para vivir en libertad (61). Y también puede suceder a la inversa, que una buena conducta en prisión, como efecto de la «prisionización», no tenga nada que ver con lo que se espera del penado en la vida en libertad. En modo alguno la libertad condicional puede ser un «premio» a la adaptación a la vida carcelaria, sino que, yendo a su fundamento, debe tratarse de un «mal comportamiento» del que se infiera un posible mal uso de la libertad condicional. No faltan por ello llamadas de atención sobre las posibles simulaciones, o la facilidad con que algunos delincuentes empedernidos se adaptan al régimen de la prisión, contestadas, a su vez, por quienes apuntan que el sometimiento a la disciplina constituye un síntoma en cuanto a la posibilidad de respetar –de quererlo así– un orden normativo (62).

Por ello, aparte de evitar automatismos y huir del mero buen comportamiento carcelario, habrá que valorar e interpretar este requisito de la buena conducta dentro de lo que es el sistema de individualización científica en relación con el alejamiento del delito y la colaboración del interno en el buen éxito del tratamiento resocializador. Entenderlo de otra manera parecería más propio del antiguo sistema progresivo y de la naturaleza premial de las recompensas que tienen más que ver con el régimen penitenciario que con el tratamiento y la resocialización. Otra interpretación podría ser contraria a lo dispuesto en el artículo 73.2 del RP pues «las funciones regimentales de seguridad, orden y disciplina no pueden significar un obstáculo para la ejecución de los programas de tratamiento». Ello no impide, sin embargo, que la buena conducta pueda contribuir al mismo tiempo a garantizar el buen orden dentro del establecimiento.

(61) RENART, F., *ibídem*, pp. 146-147. En el mismo sentido RÍOS MARTÍN, J.C., *Manual de ejecución penitenciaria*, cit., p. 224 y Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Sevilla de 17 de febrero de 1989.

(62) RENART GARCÍA, F., *Los permisos de salida en el Derecho comparado*, cit., p. 139. En el mismo sentido, RÍOS MARTÍN, J.C., *Manual de ejecución penitenciaria*, cit., p. 224; MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Individualización científica y libertad condicional*, cit., pp. 59-60.

Otro de los elementos que conforman la estructura de los beneficios penitenciarios es el trabajo, un elemento que viene a dar cierta continuidad a la desaparecida redención de penas por el trabajo. De entrada llama la atención que algo que es obligatorio, que constituye un deber del interno (art. 26 LOGP), pueda constituir un requisito para la concesión de beneficios penitenciarios. Es verdad que, según dispone el citado precepto, el trabajo constituye al mismo tiempo un elemento fundamental del tratamiento –así lo trata el RP (arts. 132 y siguientes)–, pero el trabajo como tratamiento constituye tan sólo una modalidad del trabajo penitenciario (63). Por otro lado, no ha de pasarse por alto la escasez de puestos de trabajo en los centros penitenciarios. Por todo ello, el trabajo habrá de ser entendido en un sentido amplio (64). Así el artículo 206.1 RP exige para la solicitud del indulto particular el «desempeño de una actividad laboral normal, bien en el establecimiento o en el exterior, que se pueda considerar útil para su preparación para la vida en libertad» y el artículo 205 RP para la concesión del adelantamiento de la libertad condicional requiere no sólo el desarrollo de actividades laborales sino también ocupacionales. En esta misma línea de amplitud en la manera de concebir el trabajo penitenciario el artículo 27 LOGP acoge como modalidades del mismo el productivo, el ocupacional, el formativo y de estudio y el artístico.

En consecuencia, habrá que considerar como trabajo cualquier actividad laboral regular, constante y ordenada, dentro o fuera del establecimiento, formativa u ocupacional, retribuida o no, que suponga un medio para la vida en libertad (65). Alcance razonable si, como ya se ha indicado, se tienen en cuenta las dificultades existentes en los centros penitenciarios para ofrecer puestos de trabajo. Todo ello explica que en el adelantamiento de la libertad condicional se equiparen también las actividades culturales a las propiamente laborales y ocupacionales. Por otra parte, la continuidad en el desarrollo de todas estas actividades puede verse frustrada por circunstancias ajenas no imputables al interno como traslados motivados por juicios pendientes

(63) Según el artículo 132 RP el trabajo «...constituye un elemento fundamental del tratamiento cuando así resulte de la formulación de un programa individualizado...».

(64) El RP de 1996 concibe el trabajo en un sentido estricto como relación laboral especial penitenciaria –y el RD 782/2001, de 6 de julio, en un sentido estricto aún (véase FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., *Manual de Derecho Penitenciario*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pág. 467)–, pero no obstante considera también como actividades de tratamiento los trabajos ocupacionales no productivos.

(65) Véase Circular de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de 8 de marzo de 1990.

en otros lugares, o por sobreocupación en el centro, por cesación de la actividad o por ausencia de actividades según la oferta que se haga en el propio establecimiento penitenciario, por lo que será necesario efectuar una valoración tanto de los períodos de trabajo como de las causa de las interrupciones o ceses (66). En todo caso, como el resto de los requisitos, el trabajo o las actividades ocupacionales deberán ser valorados desde el punto de vista de la evolución del interno en el camino hacia su reinserción social.

La participación del recluso en actividades de reeducación y reinserción social constituye otro requisito para poder acceder a los beneficios penitenciarios (art. 204 RP). Así concretamente se establece en el artículo 206.1 c) RP para la solicitud del indulto particular, de la misma manera que para el adelantamiento de la libertad condicional se requiere también el desarrollo continuado de actividades culturales, además de las laborales u ocupacionales (art. 91 CP y art. 205 RP). Por actividades de reeducación y reinserción social, si dejamos al margen las ocupacionales y propiamente laborales, habrá que entender todas las educativas, formativas, socioculturales o deportivas que comprende el Capítulo III, Título V del RP que sean ofertadas por el establecimiento penitenciario (actividades de reeducación) sin excluir los permisos y las salidas programadas (actividades de reinserción social).

El amplio alcance con el que pueden ser concebidas las actividades laborales, ocupacionales y culturales, unido a la indeterminación con que están configurados algunos otros de los requisitos exigidos, como es el caso del «merecimiento» o del «desarrollo continuado» hacen sospechar a Borja Mapelli Caffarena que «los Jueces de Vigilancia van a encontrar verdaderas dificultades para evitar que el adelantamiento de la libertad condicional se utilice arbitrariamente por la administración para premiar ciertas conductas penitenciarias de los reclusos, que nada tienen que ver con el proceso de resocialización» (67).

Mayor contenido tratamental posee el adelantamiento cualificado o extraordinario de la libertad condicional del apartado 2 del artículo 91 CP al exigirse, además del desarrollo continuado de las actividades laborales, culturales u ocupacionales, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de

(66) Véase Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 5.ª, 1909/2007, de 23 de abril.

(67) MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4.ª ed., cit., p. 178. En el mismo sentido, RACIONERO CARMONA, F., *Derecho penitenciario y privación de libertad*, cit., pp. 279-280; BUENO ARÚS, F., «Los beneficios penitenciarios a la luz del Código Penal y de la legislación penitenciaria vigentes», cit., pp. 583-584.

tratamiento o desintoxicación, en su caso (por ejemplo, los programas libre de drogas o de reducción de riesgos con metadona). Ambos son programas, entiende Borja Mapelli, con contenidos y fines muy concretos y muy diferentes que, presumiblemente, no hay que hacer nada más que en una ocasión, por lo que cumplirá con este requisito el penado que acredite que los ha hecho en cualquier momento durante el cumplimiento de la pena (68). Por otra parte, quien esté sometido a cualquier programa de tratamiento o desintoxicación está trabajando activamente sobre las causas que motivaron la conducta delictiva (69).

Suele entender la doctrina que los programas de reparación de las víctimas se dan por ejecutados cuando se haya satisfecho la responsabilidad civil *ex delicto* o se está pagando parte de la misma con el sueldo del trabajo (70). Pero hay que tener en cuenta que la satisfacción de la responsabilidad civil ya se requiere con carácter general para la libertad condicional y su adelantamiento –además de para el progreso al tercer grado–, de modo que este otro requisito adicional del adelantamiento cualificado o extraordinario ha de entenderse en la línea de la justicia restaurativa del esfuerzo del penado por dar satisfacción a la víctima o repararle el daño causado en el sentido más amplio de la palabra (como sería, por ejemplo, el envío a la víctima de una carta sincera de arrepentimiento) que evidencie actitudes positivas de reinserción más favorables e inequívocas que el buen comportamiento, pues, como ya se ha indicado, con frecuencia este último puede ser simulado o fingido o no tener nada que ver con la efectiva resocialización del penado (71). Exigir que se haya participado formalmente en un programa específico de reparación del daño a la víctima supondría un requisito imposible de realizar, ocasionando los correspondientes agravios comparativos en los casos en que no exista este tipo de programas en el centro, no sean necesarios por tratarse de un delito sin víctima o la víctima no quiera participar en ellos. En todo caso esta exigencia constituye, sin duda, una buena oportunidad para potenciar la mediación autor-víctima.

El mero cumplimiento de los requisitos necesarios para poder disfrutar de los beneficios penitenciarios considerados hasta ahora, particularmente la observancia de buena conducta, se inscribe en la línea

(68) MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª ed., cit., p. 200.

(69) Véase RÍOS MARTÍN, J.C., *Manual de ejecución penitenciaria*, cit., p. 213.

(70) RÍOS MARTÍN, J.C., *ibidem*, p. 213; MAPELLI Caffarena, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 179.

(71) Véase HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 138; BERISTAIN, A., *Victimología. Nueve palabras clave*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 500.

del carácter premial de las recompensas y del estímulo para una convivencia pacífica dentro del establecimiento penitenciario, de modo que el artículo 91 CP puede hablar de merecimiento. Pero ello no es todavía suficiente para poder tener acceso a los beneficios penitenciarios. Es necesario además acreditar la evolución positiva en el proceso de reinserción, tal como se establece en el artículo 204 RP. Por muchos méritos que hayan contraído los penados, si no hay una evolución favorable en la línea de su resocialización no se podrá conceder el beneficio penitenciario. Esto es lo que propiamente caracteriza a los beneficios como instituciones que se fundamentan en la resocialización y además resulta coherente con el sistema de individualización científica. En este sentido se pronuncia el artículo 203 RP, según el cual «los beneficios penitenciarios responden a las exigencias de la individualización de la pena en atención a la concurrencia de factores positivos en la evolución del interno, encaminados a conseguir su reeducación y reinserción social como fin principal de la pena privativa de libertad», por lo que también en la solicitud del indulto particular será necesario tener en cuenta esta evolución positiva del penado.

Para ello será preciso, como establecen tanto el CP (art. 90.1 c) como el RP (art. 205), contar con un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social emitido por los expertos que el Juez de Vigilancia considere necesarios. A estos efectos el artículo 67 LOGP establece que «concluido el tratamiento o próxima la libertad del interno, se emitirá un informe pronóstico final, en el que se manifestarán los resultados conseguidos por el tratamiento y un juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro del sujeto en libertad, que, en su caso, se tendrá en cuenta en el expediente para la concesión de la libertad condicional». Este pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, a modo de informe, que es realizado por la Junta de Tratamiento del centro penitenciario en que se encuentre el penado, tras un análisis de su trayectoria personal, penal, penitenciaria, familiar o social, tendrá que contener la emisión de una valoración respecto a sus posibilidades de reinserción social (72).

El problema a añadir a todas las dudas que cualquier pronóstico de futuro pueda llevar consigo es que tales informes no se pueden realizar en condiciones objetivas y científicas suficientemente aceptables teniendo en cuenta la sobreocupación de los centros y la escasez de personal cualificado suficiente para elaborarlos con un mínimo rigor científico. «Con este panorama, señala Julián Carlos Ríos Martín, los informes se basan en datos de la condena y de comportamiento en

(72) MIR PUIG, C., *Derecho penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, Atelier, Barcelona, 2011, p. 114.

prisión, minusvalorando otros de mayor importancia, olvidando que para poder emitir un pronóstico sobre la conducta de una persona habría que realizar estudios individualizados de las instancias socializadoras y de las circunstancias personales y psicológicas que pudieron influir en la conducta delictiva; también debería tenerse en cuenta la evolución en el tratamiento, en los casos en que éste existiera, además de los apoyos de todo tipo que se pudiesen facilitar al penado una vez en libertad. Los Jueces de Vigilancia en su reunión de 2008 establecieron que podrán, antes de aprobar la libertad condicional que les sea propuesta, valorar otros informes distintos al informe de pronóstico final (Criterio 126 JVP 2008)» (73).

Después de la reforma llevada a cabo en el artículo 90.1 c) CP por la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, no se entiende cumplido el requisito del pronóstico individualizado y favorable de reinserción social si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito «en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por el artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria» para la concesión del tercer grado. Esta nueva exigencia, innecesaria y reiterativa, salvo para los supuestos en que se hubiera obtenido el tercer grado con anterioridad a dicha reforma, ignora que la concesión de la libertad condicional puede ser la única vía para que el penado obtenga un trabajo y pueda hacer frente a la responsabilidad civil. No

(73) RÍOS MARTÍN, J.C., *Manual de ejecución penitenciaria*, cit., pp. 225-226. El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 682/2000, de 25 de mayo, se refiere a este pronóstico en los términos siguientes: «El pronóstico de reinserción social ha de existir (...), y no puede eludirse el requisito o hacer como si no existiera. No puede sin embargo olvidarse que todo juicio de probabilidad está sujeto a error y, si es un juicio de futuro, más aún. Y aquí tres consideraciones: 1) El juicio no puede ser voluntarista ni inspirarse en la piedad sino que ha de ser razonable, 2) El juicio no puede tampoco emitirse desde el miedo absoluto al error aun sabiendo que ese error, de producirse, puede traer consecuencias dolorosas para el propio interno, y caso de delinquir, para terceros totalmente inocentes y cuyos derechos deben ser salvaguardados por el derecho penal y el penitenciario; ni menos aún desde el miedo a un reproche, en ocasiones dolorosamente injusto, que tiende a convertir en partícipe del eventual delito del liberado al autor del pronóstico que, a priori razonable, resultó a posteriori equivocado; y 3) Es lícito en este pronóstico conjugar los factores que permiten que se trate de un vaticinio autocumplido, esto es, el pronóstico puede resultar más o menos favorable en función de las condiciones económicas, sociales, familiares, psicológicas y morales en que se alcance la libertad condicional y es conforme a Derecho reforzar todo lo positivo de esas condiciones de suerte que el pronóstico de vida honrada en libertad no juegue un papel aislado y autónomo al margen del programa y plan de seguimiento de la libertad condicional, sino que tenga tantas más posibilidades de acierto cuanto las tengan de éxito ese programa y ese plan».

obstante, en la práctica penitenciaria se ha flexibilizado el requisito al ser suficiente con que se acredite la tendencia a satisfacer la responsabilidad civil, como puede ser el compromiso del pago fraccionado o el pago efectivo de algún plazo o incluso cuando pueda asegurarse el cumplimiento de planes de reparación que puedan pactarse en ese momento (74).

V. ¿BENEFICIOS PENITENCIARIOS SIN TRATAMIENTO?

Como ya se ha indicado, la concesión de los beneficios penitenciarios aparece vinculada al tratamiento. Según el artículo 203 RP «los beneficios penitenciarios responden a las exigencias de la individualización de la pena en atención a la concurrencia de factores positivos en la evolución del interno, encaminados a conseguir su reeducación y reinserción social como fin principal de la pena privativa de libertad», objetivos a cuya consecución está directamente dirigido el conjunto de actividades en las que consiste el tratamiento, de acuerdo con el concepto que de él se proporciona en el artículo 59.1 LOGP. Esta ley, nacida todavía en una época de fervor resocializador aunque ya se hubieran dejado oír muchas voces críticas, hace del tratamiento el eje vertebrador de la toda la actividad penitenciaria. No es extraño, pues, que para la concesión de los beneficios penitenciarios intervengan requisitos que consistan en la participación en actividades de tratamiento y permitan efectuar un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social.

Pero no se puede pasar por alto que si todos los penados han de ser clasificados, no todos estarán sometidos a tratamiento, bien por no necesitarlo, bien por rechazarlo. O simplemente porque no se dan las condiciones adecuadas para hacer tratamiento en el centro penitenciario. Hay penados para los que el tratamiento no está indicado porque se trata de personas que están perfectamente integradas en la sociedad y, en consecuencia, no necesitan ninguna resocialización o simplemente porque el tratamiento ha concluido. Y, sin embargo, estos penados, a pesar de ser en muchos casos los más indicados para poder acogerse al mecanismo de los beneficios penitenciarios por no venir

(74) Véase la Instrucción 2/2004, de 16 de junio, que modificaba y sustituye a la anterior 9/2003, de 25 de julio, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, y que contiene las «indicaciones para la adecuación del procedimiento de actuación de las Juntas de Tratamiento a las modificaciones normativas introducidas por la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas».

ya indicado, por razones de prevención especial, el cumplimiento de la pena o su internamiento en el centro penitenciario, al quedar al margen del tratamiento se encontrarían en peor posición que el resto de penados.

Tampoco podemos ignorar los supuestos en que el interno haya renunciado a someterse a un programa individualizado de tratamiento. En algunos casos, aun siendo necesario el tratamiento, no hay actitud favorable ni consentimiento para asumirlo. Esta situación plantea dos cuestiones. Una es el cuestionamiento de la voluntariedad del tratamiento y la otra es la posible denegación del disfrute de los beneficios para quienes no hayan aceptado someterse a algún programa individualizado de tratamiento. De hecho –como pone de manifiesto Francisco Racionero–, en la práctica de las Juntas de Tratamiento no es infrecuente invocar la no participación en actividades de tratamiento como un desvalor a la hora de tener que resolver propuestas de permisos de salida, libertad condicional, cumplimiento en centro extrapenitenciario, etc. (75)

El tratamiento y las actividades que comporta han de ser en principio voluntarios y, en consecuencia, el interno puede rechazarlos válidamente. Es decir, el tratamiento constituye un derecho del interno que la Administración penitenciaria ha de ofrecer y fomentar, pero nunca imponer, lo cual exige que de su aceptación o rechazo no puedan derivarse ventajas ni consecuencias desfavorables para el penado en la ejecución de la pena. Sin embargo, el ordenamiento penitenciario español dista mucho de ser claro a este respecto. Por una parte, el artículo 61 LOGP insiste en el fomento y estimulación del interés y colaboración del interno en su propio tratamiento, lo cual supone que se trata de algo no impuesto, pero por otra, parece existir una cierta obligatoriedad por el hecho de que su aceptación y colaboración tiene como efecto positivo el acceso a los beneficios penitenciarios, con lo que cabe concluir que no es tan voluntario como la propia legislación expresa (76). Francisco Bueno Arús, por ejemplo, a partir del término colaboración a que se refiere el precepto citado, sostiene que existe una cierta obligatoriedad del interno a participar en el tratamiento, ya que su rechazo llevará consigo, si no sanciones disciplinarias, sí la pérdida de determinados beneficios penitenciarios (clasificación de grados, prisión abierta, libertad condicional...), con la consecuencia

(75) RACIONERO CARMONA, F., *Derecho penitenciario y privación de libertad*, cit., p. 246.

(76) Véase CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho Penitenciario*, cit., pp. 119-200.

de que la prisión podría representar para él una mera retención durante el tiempo establecido en la sentencia judicial (77).

Pero, por otro lado, el artículo 112.3 RP establece que «el interno podrá rechazar libremente o no colaborar en la realización de cualquier técnica de estudio de su personalidad, sin que ello tenga consecuencias disciplinarias, regimentales ni de regresión en grado». Nada se dice, en cambio, respecto del acceso a los beneficios penitenciarios. Pero, como se verá después, el rechazo del tratamiento no puede suponer que la pena se convierta sin más en una mera retención puesto que en todo caso por mandato constitucional tendrá que estar encaminada u orientada a la reeducación y reinserción social del penado. En consecuencia, la no aceptación del tratamiento en modo alguno debería suponer la exclusión del acceso a los beneficios penitenciarios.

Con independencia de esta cuestión, la realidad penitenciaria nos muestra sin embargo, según indica Rodríguez Alonso, que la mayoría de los internos ni lo aceptan voluntariamente ni lo rechazan abiertamente; simplemente pasan del tratamiento, entendiéndolo, desde un punto de vista utilitarista, como acatamiento y sumisión a las normas regimentales, esperando alcanzar todas las ventajas posibles en lo referente a la progresión de grado, los permisos de salida, la libertad condicional o los beneficios penitenciarios (78).

Tampoco se puede desconocer que, teniendo en cuenta las dificultades y limitaciones de todo tipo, desde las propiamente conceptuales a las inherentes a la misma vida cerrada de la prisión, pasando por la insuficiencia de medios tanto personales como materiales, hasta ahora no se haya hecho mucho en la línea del tratamiento y que los resultados conseguidos con él en relación con la reinserción social de los delincuentes hayan sido más bien escasos. Por eso ahora, de vuelta ya del fervor resocializador de los años setenta del siglo pasado y teniendo en cuenta la precariedad de medios personales y materiales de que se dispone, en la praxis penitenciaria se asume un concepto de tratamiento más realista, en cuanto que ya no se insiste tanto en cambiar la personalidad del interno, como en ofrecerle los medios para que no delinca, fundamentalmente a través de su participación en determinadas actividades. Este nuevo planteamiento conduce a concebir el tratamiento en un sentido amplio como formación de personas a través de la realización de actividades culturales, formativas, laborales u ocupacionales, más que en la línea de programas de intervención

(77) BUENO ARÚS, F., «Notas sobre la Ley General Penitenciaria» en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núms. 220-223, 1978, pp. 115-116.

(78) RODRÍGUEZ ALONSO, A. y RODRÍGUEZ AVILÉS, J.A., *Lecciones de Derecho Penitenciario*, 4.^a ed., Comares, Granada, 2011, p. 260.

clínica en una concreta dirección. El mismo RP de 1996, distanciándose en este punto de la LOGP, asume este otro concepto de tratamiento más amplio y realista, más socio-educativo que de intervención clínica, centrándose en la oferta de actividades de distinta naturaleza además de algunos programas específicos.

El peligro que surge de todas estas situaciones es que en la práctica la ejecución de la pena de prisión discurra por otras vías ajenas a la reinserción social del penado, pues los elementos valorativos para clasificar a un interno, por una parte, y otorgarle la libertad condicional y los beneficios penitenciarios, por otra, en buena medida quedan satisfechos con la mera observancia de una buena conducta penitenciaria, a pesar de que los artículos 90.1 CP y 205 RP exijan también respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social. Por desgracia, el sistema de individualización científica sigue siendo en buena medida bastante premial y poco objetivo. La referencia a la buena conducta, por ejemplo, incluye un ingrediente ajeno a este sistema (79), pues el comportamiento no está condicionado por la evolución personal en términos de reinserción, sino por la adaptación al régimen de custodia. Por esta vía, desde un punto de vista práctico y utilitario, se acaba premiando al interno más «prisionizado», al que asume la cultura carcelaria, al tiempo que se utiliza la libertad condicional como elemento pacificador y de gobernabilidad en el interior de los centros penitenciarios. En la misma línea premial se pronuncia el RP al incluir los beneficios penitenciarios entre los incentivos a la participación en las actividades de tratamiento (80).

Pero, como ya ha sido suficientemente indicado, la libertad condicional, y en general los beneficios penitenciarios, como instituciones basadas en la prevención especial, deben concederse al interno después de un estudio en el que se valore no sólo su conducta penitenciaria y la realización de determinadas actividades, sino también, y sobre todo, su evolución desde la perspectiva de la reeducación y reinserción social atendiendo a una evaluación seria y científica de su futura trayectoria de conducta (81).

(79) Véase MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Individualización científica y libertad condicional*, cit., p. 45.

(80) «El seguimiento con aprovechamiento de las actividades educativas y formativas y, en general, de todas a las que se refiere el artículo anterior se estimularán mediante los beneficios penitenciarios y recompensas que procedan» (art. 119.1 RP).

(81) Véase ASENCIO CANTISÁN, H., «Algunas consideraciones en torno a la libertad condicional», *La Ley*, 1989, tomo I, p. 998. «Es cierto, consideran PRATS y TAMARIT, que no es fácil establecer con criterios científicos una adecuada prognosis de peligrosidad criminal, pero la dificultad no debe hacernos renunciar a cumplir

Para los casos en que el interno rechace libremente o no colabore en la realización de cualquier técnica de estudio de la personalidad dispone el artículo 112 RP, en su apartado 4, que «la clasificación inicial y las posteriores revisiones de la misma se realizarán mediante la observación directa del comportamiento y los informes pertinentes del personal penitenciario de los Equipos Técnicos que tenga relación con el interno, así como utilizando los datos documentales existentes». Es verdad que al no hacerse referencia expresa a los beneficios penitenciarios pudiera pensarse que quienes no se sometían al tratamiento, ya sea por no ser aceptado por el penado, ya sea por no venir indicado o ya sea simplemente porque no se ha tenido la oportunidad de acceder a alguna actividad de tratamiento o de encontrarse en un centro en que exista el número de técnicos adecuado para desarrollarlo –situación que lamentablemente apenas existe en alguna prisión española–, vayan a quedar excluidos de la concesión de la libertad condicional y de los beneficios penitenciarios. Pero esta conclusión es sumamente discutible y no puede aceptarse sin más (82). Si fuera así, la pena se convertiría en mera retención o custodia, dejando de estar orientada al fin de la reeducación y reinserción social, y en el supuesto de que el interno no aceptara someterse al tratamiento éste aparecería como algo impuesto que tiene que admitir si quiere salir antes en libertad (83). Con buen criterio Borja Mapelli rechaza esta conclusión ya que la ejecución de la pena también se halla afectada por el mandato constitucional de la resocialización respecto a los no sometidos a tratamiento y no dejaría de ser absurdo y carecería de justificación privar de beneficios penitenciarios por el hecho de no necesitar ningún tipo de terapia. En el ámbito penitenciario donde existe una situación de no libertad cualquier beneficio no recibido tiene la misma naturaleza que una pena (84).

mandatos de orden superior que informan el cumplimiento de las penas. En definitiva supone apostar en favor de criterios de prevención especial, frente al mero castigo desprovisto de finalidad real alguna» (PRATS CANUT, J.M./TAMARIT SUMALLA, J.M., en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 4.^a ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, p. 534).

(82) Véase JUANATEY DORADO, C., *Manual de Derecho Penitenciario*, cit., p. 152.

(83) Véase FERNÁNDEZ, J., en *Manual de Derecho Penitenciario*, cit., p. 379. En buenos principios, sostiene MANZANARES, J.L., los únicos beneficios penitenciarios compatibles con un sistema de individualización científica que respete de veras la voluntariedad del tratamiento serían aquellos en los que no jugaran papel alguno las actividades de reeducación y reinserción social en sentido estricto (*Individualización científica y libertad condicional*, cit., p. 46).

(84) MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1983, pp. 267-268.

Por otra parte, tampoco las legislaciones penal y penitenciaria se refieren, entre sus requisitos, específicamente al tratamiento a los efectos de la concesión de los beneficios penitenciarios. Para su propuesta, el artículo 204 RP exige en general, además de la ponderación razonada de los factores que la motivan, «la acreditación de la concurrencia de buena conducta, el trabajo, la participación del interesado en las actividades de reeducación y reinserción social y la evolución positiva en el proceso de reinserción». Para el adelantamiento de la libertad condicional en concreto no se hace referencia alguna específica al tratamiento, exigiéndose como requisitos para su concesión, además de la buena conducta y el pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, «haber desarrollado continuadamente actividades laborales, culturales u ocupacionales» (arts. 91.1 CP y 205 RP). Y en lo que se refiere al indulto particular, el artículo 206.1 RP exige, buena conducta, «desempeño de una actividad laboral normal, bien en el establecimiento o en el exterior, que se pueda considerar útil a su preparación para la vida en libertad» y la «participación en las actividades de reeducación y reinserción social». Es decir, para la concesión de los beneficios penitenciarios tanto el CP como el RP, posteriores ambos a la LOGP, evitan la referencia expresa y específica al tratamiento refiriéndose en cambio a actividades de reeducación y reinserción social en general. A este tipo de actividades laborales, culturales u ocupacionales se refieren también los Capítulos III, IV y V del Título V del RP, dedicado al tratamiento hasta el punto de disponer el propio artículo 153.2 RP que «los reclusos que desarrollen trabajos ocupacionales podrán recibir incentivos, recompensas o «beneficios penitenciarios» por la realización de su trabajo. Es sólo en el adelantamiento extraordinario o cualificado de la libertad condicional donde se exige expresamente «la participación efectiva y favorable en programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso» alternativamente a la participación en programas de reparación a las víctimas (art. 91.2 CP), requisito que, como recuerda B. Mapelli, puede ocasionar agravios comparativos injustificables cuando tales programas no existen en el centro o cuando no sean necesarios por tratarse de un delito sin víctima y ajeno a las drogas (85). No obstante, se trata de un paso importante en la línea de la justicia restaurativa.

Salvo en este supuesto de adelantamiento extraordinario de la libertad condicional –y sólo en parte, ya que se ofrece la alternativa de la participación en programas de reparación a las víctimas– para el acceso a los beneficios penitenciarios bastaría, pues, además de la

(85) MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª ed., cit., p. 200.

observancia de la buena conducta, con la participación en las distintas actividades –laborales, culturales u ocupacionales– que se oferten en el centro en que se encuentre internado el penado sin necesidad de que estén integradas en un programa individualizado de tratamiento aceptado por el recluso (86). En este sentido el artículo 131.1 RP establece que «se programarán las actividades culturales, deportivas y de apoyo más adecuadas para conseguir el desarrollo integral de los internos» pudiendo éstos incluso proponer las que deseen realizar, actividades que se destinarán al mayor número posible de internos (apartados 2 y 3 del mismo precepto). No obstante, a pesar de lo dispuesto en este artículo 131 RP, estas actividades, cuya oferta varía mucho de unos centros a otros, pueden ser sumamente reducidas en algunos de ellos y con frecuencia quedan paralizadas o interrumpidas en determinados periodos del año.

Además se ha de tener en cuenta que estas mismas actividades pueden tener incluso la condición de regimentales, pues, según dispone el artículo 24 LOGP, en su párrafo primero, con la finalidad de tratar de evitar la ociosidad de los internos, «se establecerán y estimularán en la forma que se señale reglamentariamente, sistemas de participación de los internos en actividades o responsabilidades de orden educativo, recreativo, religioso, laboral, cultural o deportivo», actividades regimentales que, de acuerdo con el artículo 71 LOGP, deben estar debidamente coordinadas con las integrantes del tratamiento. Todas estas actividades, al margen de si forman parte o no de un programa individualizado de tratamiento, constituyen en todo un instrumento para poder emitir un pronóstico favorable e individualizado de reinserción social. A estos efectos el artículo 131.5 RP dispone que «se formará una cartilla donde figurarán todas las actuaciones formativas, laborales, socioculturales y deportivas que hayan realizado los internos».

Sólo en relación con determinados delitos sería necesario para poder acceder a los beneficios penitenciarios la participación en determinados programas específicos de tratamiento, pues únicamente una actuación especializada, realizada con éxito y aprovechamiento, podría incidir en la etiología del delito y en la reinserción social del interno, como es el caso de los drogodependientes o delincuentes sexuales. Únicamente en estos casos estaría justificada la denegación del acceso a los beneficios penitenciarios por no participación en un programa individualizado de tratamiento, pues sin esa actuación especializada sería imposible poder valorar la evolución positiva del

(86) Véase JUANATEY DORADO, C., *Manual de Derecho Penitenciario*, cit., pp. 129-130.

interno en la línea de su reinserción social. En este sentido el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Málaga de 17 de febrero de 2009 desestimó la pretensión de tramitación del indulto, por no participación en programas de reeducación y reinserción social en delito contra la salud pública (87).

Por unas u otras razones no se puede ocultar además que apenas existe tratamiento en los establecimientos penitenciarios. No se ha generalizado aún una política criminal del tratamiento. Como ya dijera hace tiempo Jesús Alarcón, sólo ha habido ensayos aislados y ni aun en esto casos se ha aplicado en condiciones medianamente aceptables (88), situación que no ha variado mucho, pues, como indica Virgilio Valero García, «no hay ninguna iniciativa para promover, impulsar y realizar programas de tratamiento» (89). Y por otra parte, como ya se ha indicado, la experiencia pone de manifiesto que los internos pasan del tratamiento acogiéndolo utilitariamente como acatamiento y sumisión a las normas regimentales a la espera de poder obtener todas las ventajas posibles. En este sentido, ante la exigencia de que para la concesión de los beneficios penitenciarios han de concurrir determinadas actividades –laborales, culturales y ocupacionales–, su realización debería darse por cumplida siempre que se hubieran llevado a cabo en un sentido amplio y teniendo en cuenta su oferta concreta en el centro en que se encuentre internado el penado, sin necesidad de que las mismas formaran parte de un programa individualizado de tratamiento. Todas ellas deberían valorarse como actividades de reinserción y reeducación a los efectos de la concesión del adelantamiento de la libertad condicional o de la solicitud del indulto particular.

Pero, como ya ha sido indicado, lo decisivo desde el punto de vista de la prevención especial en la que se asientan los beneficios penitenciarios es la evolución efectiva del interno hacia la reeducación y rein-

(87) «En cuanto a la situación penitenciaria –se dice en el Auto–, de la información obrante en autos se infiere que, efectivamente, el interno ha colaborado, de manera destacada, en determinados puestos de trabajo productivo y actividades auxiliares del departamento con informe favorable de los encargados del departamento, sin embargo, no consta en autos que el interno haya participado, con éxito y provecho, en las concretas actividades de reeducación y reinserción social programadas para los delitos contra la salud pública cometidos que, por las razones expuestas en el epígrafe anterior, han de ser consideradas prioritarias».

(88) ALARCÓN BRAVO, J., «El tratamiento penitenciario», en *Estudios penales II. La reforma penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1978, p. 22.

(89) VALERO GARCÍA, V., «El tratamiento penitenciario: realidad y perspectivas», en *El Juez de Vigilancia Penitenciaria y el tratamiento penitenciario*, Consejo General del Poder Judicial, núm. 84, Estudios de Derecho Judicial, Madrid, 2006, pp. 30-31.

serción social, es decir, los resultados del tratamiento –o, mejor dicho, de las actividades de reeducación y reinserción social en sentido amplio– en orden a poder formular un pronóstico individualizado y favorable respecto del futuro comportamiento del sujeto en libertad. Si no se tiene en cuenta esta evolución positiva los beneficios penitenciarios perderían su razón de ser y se estarían asimilando sin más a las recompensas que tienen más que ver con el régimen y el buen orden dentro del centro que con la resocialización.

La observancia de buena conducta constituye un requisito que tiene más que ver más con la disciplina y el buen orden dentro del establecimiento que con la resocialización. Lo mismo que el trabajo, cuando lo haya, aunque pueda ser valorado también como una modalidad del tratamiento. Las actividades de reeducación y reinserción son evidentemente las que más tienen que ver con el tratamiento, aunque como ya se ha indicado también pueden estar al servicio del régimen y de la disciplina del centro, pero siempre, de acuerdo con el artículo 71 LOGP, deben estar debidamente coordinadas con las integrantes del tratamiento. Constituyen también un medio para el éxito de este último y, en todo caso, son un instrumento para poder emitir un pronóstico favorable e individualizado de reinserción social.

Todos los requisitos exigidos para acceder a los beneficios penitenciarios –buena conducta, trabajo y actividades de reeducación y reinserción social– tienen que ser valorados, pues, en relación con la evolución del penado desde el punto de vista de su resocialización, de modo que no bastará con la mera acreditación de cada uno de ellos, siendo precisa su evaluación como elementos que permitan formular un pronóstico individualizado y favorable de la futura vida del penado en libertad. En otro caso, como ya se ha indicado, los beneficios penitenciarios no pasarían de tener un carácter premial que no llegaría a diferenciarlos de las recompensas convirtiéndose además en incentivos de la disciplina y el buen orden dentro de los establecimientos penitenciarios, cuando según el artículo 71.1 LOGP «las funciones regimentales deben ser consideradas como medios y no como finalidades en sí mismas». Además, si no se tuviera en cuenta la evolución positiva del penado en su proceso de reeducación y reinserción social, se estaría fomentando una actitud hipócrita y cínica del interno que acataría las reglas del régimen para poder acceder a los beneficios penitenciarios, pero sin que ello tuviera que ver con su futuro comportamiento en libertad.

Por otro lado, además de la valoración y evaluación de todas las actividades realizadas por el penado, sean de la naturaleza que sean y obedezcan o no a un programa individualizado de tratamiento, para el

acceso a los beneficios penitenciarios debería quedar también abierta la vía a que recurre el artículo 112.4 RP para el supuesto de la clasificación inicial y revisiones posteriores en caso de rechazo del tratamiento: «la observación directa del comportamiento y los informes pertinentes del personal penitenciario de los Equipos Técnicos que tenga relación con el interno, así como utilizando los datos documentales existentes». En este sentido tampoco hay que olvidar que en el ámbito de la progresión y regresión de grado el artículo 106.4 RP establece que «cuando el interno no participe en ningún programa individualizado de tratamiento, la valoración de su evolución se realizará en la forma descrita en el artículo 112.4, salvo cuando la Junta de Tratamiento haya podido efectuar una valoración de la integración social del interno por otros medios legítimos».

A través de estas vías los beneficios penitenciarios no deberían quedar cerrados para aquellos internos que no estén sometidos a ningún tratamiento, bien porque no venga indicado o no haya necesidad de él, bien porque se haya concluido o bien porque el interno no haya aceptado someterse a él, ya que en estos casos su no disfrute les colocaría en peor posición pese a no venir ya indicada por razones de prevención especial la continuación del cumplimiento de la pena o del internamiento en un centro penitenciario. En todo caso sería deseable que el artículo 112.3 RP se refiriera expresamente a que el rechazo del tratamiento no debería carecer sólo de consecuencias disciplinarias, regimentales o de regresión de grado, sino también de consecuencias respecto del acceso a los beneficios penitenciarios dejando así también abierta la puerta a la aplicación de su apartado 4 en estos supuestos. Además para el disfrute de los beneficios penitenciarios deberían ofrecerse otras alternativas en la línea de lo exigido en el artículo 91.2 CP para el adelantamiento extraordinario o cualificado de la libertad condicional en la forma de una participación en programas de reparación a las víctimas, programas que pueden operar como factores de una evolución positiva del interno en la vía de su resocialización.

Los reos refugiados *a sagrado*. Segunda parte: su aplicación a los remitidos a los presidios africanos

PEDRO ALEJO LLORENTE DE PEDRO

Doctor en Derecho
Jurista del Cuerpo Superior de Técnicos de IIPP

RESUMEN

El presente trabajo es continuación del publicado en este Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, año 2009, tomo LXII, artículo en el que expuse los aspectos históricos y jurídicos del Derecho de Asilo. Se pretende ahora analizar los lugares de aplicación, razonando por qué fueron muchos los reos trasladados a los presidios norteafricanos y el régimen presidial que allí llevaron, incidiendo en dos grupos, como los principales agentes afectados por esta normativa: los gitanos y los desertores de los ejércitos. Respecto a los gitanos he profundizado en las variables históricas de su secular persecución como grupo étnico. Respecto de los «desertores con iglesia» me he detenido en observar el tratamiento específico llevado por las distintas regulaciones jurídicas, especialmente las del siglo XVIII. La indeterminación de aquellas condenas a cumplir en aquellos enclaves y sus consecuencias de toda índole son otros de los principales elementos objeto de estudio.

Palabras clave: Jurisdicción Eclesiástica; Jurisdicción Ordinaria; Sentencia; Sentenciados sin tiempo condenatorio; Cláusula de Retención; Derecho de asilo; Inmunidad eclesiástica; Bulas y Breves Pontificios; Presidios; Presidios norteafricanos; Trabajos forzados; Presidarios; Desterrados; Tiempo condenatorio; Consejo de Castilla; Ceuta; Orán; Reos; Reos refugiados a Sagrado; Condenados; Confinados; Fugas; Evasiones; Gitanos; Desertores del Ejército; Conde de Aranda.

ABSTRACT

The present work is the second part of the publication in the «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales» year 2009, volume LXII, article in which I explained the historical and legal aspects of asylum law. Now, is the main subject of this article will

analyze the application sites be and why many were transferred to North African presidios and the regime there I banished men away. Also I insist on two groups were the main actors affected by these rules: Gypsies and deserters from the armies. Regarding Gypsies the have delved into the historical variables of secular persecution as an ethnic group. In connection with the so-called «desertores con iglesia», I paused to observe the specific treatment carried by the different legal regulations, especially in the eighteenth century. The core of the paper examines the lives of these inmates influencing a particularity: none had specific time damning logical moreover, he never stood trial.

Keywords: Ecclesiastical jurisdiction; Civil courts; Sentence; Inmates; Banished men; Sentenced; Convicts; Time of conviction; Asylum Law; Personal immunity; Holy Roman See; Prisons; North African prisons; Penal labor force; Ceuta; Orán; Refuge in a church; Escapees; Gypsies; Deserters from the armies; Count Aranda.

SUMARIO: Introducción.-1. Normativa jurídico-procesal sobre el Derecho de Asilo Eclesiástico.-2. Los gitanos refugiados en las iglesias, objetivo preferente para el traslado a los presidios africanos.-2.1. La persecución por presunta peligrosidad social de los gitanos o «egipcianos».-3. El caso específico del tratamiento de la inmunidad eclesiástica con los desertores y su aplicación en los presidios africanos y en ultramar.-3.1. Orán-Mazalquivir, primer destino de los reos con inmunidad eclesiástica remitidos a los presidios norteafricanos.-3.2. La obligatoriedad de servir sin tiempo fijo y en armas y la introducción de nuevos motivos que justificaban el refugio a sagrado de los desertores.-4. Los presidios norteafricanos, destino de los reos refugiados a sagrado desde mediados del siglo XVIII.-5. La vida de los retraídos en los presidios norteafricanos. Apéndice documental.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo es continuación del publicado en este Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, concretamente el del tomo LXII correspondiente al año 2009.

En la primera parte atendí a los aspectos históricos y jurídicos del Derecho de Asilo. Este derecho aludía a ciertas normas canónicas, extendidas hasta principios del XIX, que otorgaban inmunidad personal a quien voluntariamente se refugiaba en una iglesia o en sus anexos (en el cementerio de la misma, por ejemplo) a consecuencia de su participación en un presunto delito, impidiendo así la detención, juicio y sentencia por la jurisdicción civil.

La razón fundamental de la existencia de «reos refugiados a sagrado», cuya denominación habitual fue la de «retraídos», aparte de

la que alegaban sus defensores que residía en corregir posibles abusos del poder ejecutivo o judicial en un mundo donde la presunción de culpabilidad se erigía en el eje del sistema procesal penal, descansaba, sin embargo, en algo más inconfesable: la búsqueda de la reafirmación del poder religioso ante la corona dado el paulatino incremento funcional de esta en detrimento de las demás instituciones.

Su pervivencia durante el Antiguo Régimen se explica por la multiplicidad de jurisdicciones (civil, militar, eclesiástica, inquisitorial, de hacienda, etc.) con fueros personales privilegiados y, como ya indiqué, por la tensión entre la Iglesia y el Estado, temerosa la primera en seguir perdiendo porciones de dominio.

Pero el beneficio real que obtenía la iglesia con esta batería normativa en absoluto compensaba su sostenimiento, atreviéndome a reseñar que le resultaba un pesado lastre. Efectivamente, poco podía reportarle el alojamiento en muchas iglesias de individuos que en su mayor parte se mantenían de la caridad.

Para abarcar este tema con la profundidad conveniente necesitamos precisar los delitos y las personas excluidas del derecho de asilo; las normas procesales que con especial incidencia se dictaron desde el XVIII para que los delincuentes pudieran ser entregados por la jurisdicción eclesiástica a la ordinaria y así ser juzgados por esta y, por fin, los lugares y el régimen presidial de los recintos donde se llevó a cabo su aplicación. A las tres primeras cuestiones me remito a mi anterior investigación, restando ahora la última y, además, incidiendo en un aspecto fundamental: entender el por qué muchos acabaron trasladados a los presidios norteafricanos ya fuera como reos sin tiempo de condena o a continuar su servicio militar interrumpido por el delito de deserción.

1. NORMATIVA JURÍDICO-PROCESAL SOBRE EL DERECHO DE ASILO ECLESIASTICO

Haré una breve anotación respecto a los delitos excluidos y las actuaciones procesales llevadas con estas personas, aspectos que aunque desarrollados ampliamente en la primera parte, resultan importantes para que el lector pueda seguir el presente discurso. Quien ya lo haya leído completará la información pues daré nuevos ejemplos y concordancias inéditas.

La única posibilidad para que el «brazo eclesiástico» (siguiendo la terminología de la época) entregara al «brazo secular» (esto es, el poder civil) al presunto delincuente, «retraído a la iglesia», antes de mediado el

xviii, fue que el delito cometido estuviera en el catálogo de los que se afirmaba no gozaban de este beneficio. Una interesante clasificación que arranca desde el inicio de esta institución la aporta Llobet (1).

A base de Bulas o Breves papales fue incrementándose el tipo de delitos exentos de la protección eclesiástica y llegados al último tercio del setecientos podemos afirmar que tan sólo podía invocarse la inmunidad eclesiástica para los de homicidio, lesiones, desertión militar y algunos otros, siempre que no hubiera intervenido el componente jurídico de dolo (ánimo o voluntad de comisión delictiva). Con nitidez lo refería un Breve de 1748: «el asilo debe únicamente servir para el acaso, la fragilidad y la miseria de no premeditados crímenes» (2) Ahí radicaba su esencia: que el delito no fuera buscado a propósito. Esta previsión ya la mencionaba Hevia Bolaños en su magna obra «Curia Philipica» cuando anotaba: «no goza de inmunidad el que delinque cerca de la Iglesia con esperanza de retraerse en ella» (3).

Pero sería inexacto pensar que dada esta restricción y delimitación delictiva no habría muchos sujetos implicados, pues en cuanto examinemos expedientes penales de los siglos xv, xvi, xvii e incluso xviii apreciaremos que desafíos, reyertas y alborotos estaban a la orden del día entre sujetos de cualquier condición social que por lo regular portaban armas blancas.

Rápidamente nos llamará la atención observar que casi todas las iglesias contaban con individuos acogidos a su amparo mientras se sustanciaba el denominado «pleito de inmunidad», incidente procesal necesario para que «el brazo secular (esto es, la jurisdicción ordinaria) pudiera «extraer a un individuo de sagrado». Y es que quien pretendiera extraerlo a la fuerza cometía un delito perseguido por ambas jurisdicciones: la jurisdicción civil, como crimen de «lesa Maiesta-

(1) AHN, Consejos, leg. 2065: «Estudio en 14 de mayo de 1773 por don Francisco Llobet: "... Inocencio III en el año 1212 dirigió a Guillermo I, rey de Escocia una carta, por la qual a mas de los ladrones publicos quedan excluidos del asilo los que de noche talaren los campos... Gregorio IX en su Decretal del año 1235 dirigida a los arzobispos de Toledo, y de Compostela excluyó del mismo privilegio a los que mataren a alguno en la iglesia, o en su cementerio, o le hirieren de manera, que quede inutilizado en alguna parte del cuerpo... en el siglo xiv, Juan XXII excluyó tambien del asilo a los hereges, o sospechosos de heregia, y a los judios, que una vez abrazada la Religion cristiana apostataren de ella. A fines del siglo xvi promulgó Gregorio XIV la Bula que empieza cum alias nonnulli, por la qual abrogó las concesiones hechas por el o por sus predecesores, y prohibió que se atendiese a ser de una misma naturaleza, o mayor la gravedad de los delitos, para conceder, o negar el asilo: si que solo se debia probar lo que el prescribia en su constitucion, por la qual daba mayor ampliacion a los Canones antiguos».

(2) AHN, Consejos, leg. 2065: Breve de 20 de junio de 1748.

(3) HEVIA BOLAÑOS, J.: «Curia Philipica». Ed. Madrid 1747, p. 216.

tis», y la eclesiástica, castigándolo con penitencia pública, pena civil y excomunión.

Una de las actuaciones políticas con la Santa Sede que dio excelentes resultados fue alcanzar una resolución papal en forma de Breve de Clemente XIV en 1772 por el cual los lugares de asilo quedaron reducidos a una o dos iglesias, aunque de las ciudades más importantes se tratara. Su título: «El Breve de su Santidad sobre la reducción de asilos en todos los dominios de España y de las Indias cometida a los Ordinarios eclesiásticos, expedido a instancia de S.M. Año 1773. Dado en Roma a 12 de septiembre de 1772». Efectivamente, el que tuvieran donde refugiarse cerca de la comisión del delito significaba un acicate para producirle, como exponía una representación de los fiscales del Consejo en 1771 (4).

2. LOS GITANOS REFUGIADOS EN LAS IGLESIAS, OBJETIVO PREFERENTE PARA EL TRASLADO A LOS PRESIDIOS AFRICANOS

Un Breve de 1748 especificaba que muchos de los gitanos con inmunidad eclesiástica «frecuentemente abusan del Sagrado», denunciando que para ellos estos recintos no significaban otra cosa que una base desde donde proseguir sus fechorías: «cuya profesión y oficio es el robo, el engaño y la violencia y su regular hospedage el Atrio de las Iglesias para libertarse de la Justicia, que siempre los persigue por el mal olor de su criminosa vida». La raíz del problema, estimaba, residía en que continuaban con su vida vagante: «los Gitanos que infestan estos Reynos sin tener fija habitación, ni domicilio, contra lo dispuesto por las Reales Pragmaticas». El tema tiene el suficiente calado para merecer un subepígrafe.

(4) «En razon de la multitud de asilos, que hay en los lugares populosos en los quales cabalmente por la mas frecuencia de gentes ociosas y ricas ocurre el maior numero de robos homicidios y otra especie de delitos graves; de manera que donde debia estar mas expedito el egercicio y administracion de justicia, allí es donde los delinquentes encuentran multiplicados los asilos y en eso mismo fundan su confianza para delinquir asegurados con la experiencia de la cercania de los asilos y de la extension que se da en esta materia no obstante de que como privilegiada es odiosa: por lo qual de acuerdo con la autoridad eclesiastica convendria reducir, y moderar el numero de los asilos a la cathedral donde la hubiere a la colegiata en falta de aquella y finalmente a la parroquia matriz, o mas antigua siguiendo lo establecido en Valencia cui a R. Audiencia deberá informar con distincion y claridad lo que se haya establecido en aquel reyno con referencia a sus fueros o leyes municipales». Exposición fiscal en 13 de febrero de 1771 sobre la necesidad de reducir los Asilos. *Vid.* AHN Consejos leg. 2065.

2.1 La persecución por presunta peligrosidad social de los gitanos o «egipcianos» (5)

Los gitanos han sido secularmente perseguidos por su rebeldía a homologarse con el resto de la población. Se emitieron leyes severísimas contra los gitanos vagantes (penas de muerte, galeras o presidios para quienes las quebrantaran) aunque hemos de reconocer que estas leyes quedaron frecuentemente incumplidas (6). El fin último de tales disposiciones fue la búsqueda de su definitivo asentamiento y su desaparición como grupo étnico; para lograrlo, Felipe III dictaminó que «se avecinden en ciudades de más de 1.000 habitantes sin usar traje, nombre y dialecto distintivo no pudiendo ejercer el oficio de compraventa de ganado». Pero fueron inútiles las normas emitidas en distintas épocas; hasta se les prohibió que usaran el calificativo de «gitano» en un intento más de buscar la uniformidad, adoptando entonces como nuevo nombre el de «Castellanos nuevos» (7). Algunos se convirtieron en expertos conocedores del lento engranaje judicial, interponiendo excepciones dilatorias que dificultaban la imposición de las leyes como denuncia una Pragmática de 1726 (8).

Como he suscrito, a muchos de los gitanos retraídos, que en una gran proporción se hallaban con inmunidad eclesiástica, les enviaron a los presidios norteafricanos en 1748, pero el intento más serio para acabar con esta etnia se produjo un año después, el 28 de junio de 1749 tras una redada general que afectó a las 881 familias gitanas existentes en España, siendo todas capturadas. La diferencia con leyes anteriores

(5) El Expediente General sobre Gitanos aparece en AHN, Libro 2682. Contiene informes de los que dimanaron las disposiciones legales referidas al tema del siglo XVIII y XIX. Ej. Pragmáticas de los años 1717 y 1783. Los años 1760 a 1777 están en los legajos 524 a 527.

(6) Las penas contenidas en las Pragmáticas de los Reyes Católicos, Austrias y Borbones aparecen en mi artículo «Modalidades de la ejecución penitenciaria en España hasta el siglo XIX» en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo LVII de 2004.

(7) «A los que se llaman Castellanos nuevos se les ha de reputar por gitanos, pues ellos mismos hacen gala de ser conocidos por tales y porque se les prohibió aquel nombre, usan el de Castellanos nuevos». *Vid.* AGS SG GM leg. 4877: Representación del gobernador del Consejo de Castilla en 26 de marzo de 1761.

(8) BN. Signatura VC Caja 52, núm. 38: «Pragmática del año 1726 contra los gitanos: inclusa la del año 1717 contra los mismos»: «avian usado, y usaban de artificios, y engaños para evadirse de las penas, y dexar inútiles las precauciones tomadas, pues continuamente estaban recurriendo a los tribunales superiores con quejas de las Justicias, de suerte, que detinen la ejecución de las Leyes, y Pragmáticas; siendo bien reparable que una gente viciosa sin fee, honra ni palabra, sea oída sobre casos de Ley, y se querellen de los jueces, que por sí, y su empleo tenían la presunción de Derecho a su favor».

es sustancial. Si hasta esa fecha las aprehensiones ocurrían por encontrarse sin ocupación conocida, igual que a los demás vagos, en la de 1749 abarcaba a todos ya que se dirigía a los «avencindados y vagantes» (9).

Quedaron presos, pues, todos los hallados, pero la clara injusticia y el clamor de muchas autoridades viendo que personas integradas completamente en la comunidad eran encarceladas, motivó una nueva Pragmática, un mes después de la captura, que separó a los llamados «gitanos buenos» (aquellos que cumplían con sus deberes de ciudadanos) los cuales obtuvieron libertad; y los «gitanos malos»: «desobedientes, incumplidores, perniciosos y mal inclinados», con lo cual la genocida idea original quedó en agua de borrajas. A los expurgados les trasladaron principalmente a los arsenales de marina (Cartagena, Carraca en Cádiz y La Graña en Ferrol) y aunque pretendieron cumplir el mismo tiempo que los vagabundos, cuatro años, no lo consiguieron quedando sin tiempo fijo.

En 1761 el gobernador del Consejo reflexionaba, aportando datos históricos (10), sobre el problema de los gitanos que constantemente solicitaban el indulto: «si se han de mantener estas gentes por sus vidas en los destinos, y que son mayores los clamores y expresiones de desesperación de las mugeres que estan presas en Zaragoza, Valencia y Sevilla y las resultas que a havido por los hijos de corta edad que llevaron consigo y que han crecido ya en los encierros; o si se les ha de poner en libertad, quando se experimenta que los que se declararon

(9) GÓMEZ ALFARO, A.: «La gran redada de gitanos». Madrid 1993, pp. 57-61 transcribe el escrito del marqués de la Ensenada, imponiendo obligaciones a los corregidores para prender a los gitanos fugitivos de la redada: «Haviendo resuelto el Rey se recoxan, para destinar como lo tenga por combeniente los gitanos avecindados y vagantes en estos Reynos sin excepcion de sexo, estado ni edad, y respecto de no averse logrado completamente en la prision de todos mandada hazer en el dia 30 del mes pasado, manda aora S.M. que por todos medios y en todas partes se solicite y asegure la de los que hubieren quedado sin reservar refugio alguno a que se ayan acoxido...haciendo responsables de la omision o defecto a las justicias ordinarias de los Pueblos y jurisdicciones en que suceda...todos los vienes de gitanos presos y fugitivos se han de embargar inventariar y vender con quenta justificada para aplicar el producto a su subsistencia y las personas se han de conducir a las Capitales para que con las noticias que por mi mano se dieren de su numero y clases se providencie la conduccion a los parages de sus destinos...12 de agosto de 1749».

(10) AGS SG GM leg. 4877: Representación del Gobernador del Consejo de Castilla en 1761: «No faltan autores criminalistas que digan probienen de una expulsión de judios que se hizo en Boemia de donde salieron cantado el Salmo Inexitu Isrrael de Egipto y llamandose Egipcios, o gitanos que es lo mismo, se esparcieron en Alemania por todos los caminos...haciendo robos».

por buenos y fueron restituidos a sus pueblos viven por lo general con el mismo desorden que siempre» (11).

Trece años después de la redada, en 1763, fueron por fin indultados los aún afectados por la Providencia de 1749 y porque su presencia en los arsenales «era mas de estorvo que de provecho» como decían las autoridades militares que les custodiaban.

Sobre este particular, Carlos III dio nueva Pragmática en 1783 y aunque su título, «Pragmatica de extincion de los llamados gitanos», parece inclinarse hacia una legislación continuista y por lo tanto, persecutoria, lo cierto es que acabó con su individualización como grupo ya que afirmaba: «los que llaman y se dicen Gitanos no lo son por origen ni por naturaleza, ni provienen de raíz infecta alguna» (12) y, de esta forma, los gitanos dejaron de individualizarse por su etnia, aunque fueran siempre un importante contingente de las levadas de vagos.

3. EL CASO ESPECÍFICO DEL TRATAMIENTO DE LA INMUNIDAD ECLESIAÍSTICA CON LOS DESERTORES Y SU APLICACIÓN EN LOS PRESIDIOS AFRICANOS Y EN ULTRAMAR (13)

La desertión tuvo en la mayoría de las ocasiones durante el Antiguo Régimen aparejada la pena capital, aunque en muchas ocasiones no llegó a ejecutarse dada la necesidad de efectivos para engrosar unas filas de ejército generalmente exhaustas. Pero el conocimiento por la soldadesca de tan grave consecuencia jurídica al consumir este delito,

(11) AGS SG GM leg. 4877.

(12) Pragmática 22 de septiembre de 1783: Artículo 5: «Es mi voluntad que los que abandonaren aquel metodo de vida, traje, lengua o jergonza sean admitidos a cualesquiera oficios...» Se prevé en el artículo 9 que se comprendan como el resto de los vagos, aquellos gitanos que anden vagantes, con la diferencia de «sin figura de juicio sellar en las espaldas...con un pequeño hierro ardiente...con las Armas de Castilla» (que sustituía al corte de orejas y pena de muerte establecidas por Pragmáticas) y si persistieran en su vida vagante, previa comprobación de la reincidencia por el sello serían condenados a muerte, exceptuando del sello a los que no excedieren de 16 años que serían apartados de sus padres e ingresados en hospicios o destinados a aprender oficio. En el artículo 35 establecía un indulto para los que «en termino de 90 días se retiraren a sus casas...y se aplicaren a oficio...sin exceptuar los de contrabando y desertión de mis Tropas y Bajeles». *Vid. SÁNCHEZ ORTEGA, M., op. cit.* pp. 75-88.

(13) Nota del Autor: En la primera parte de esta investigación abordé de este subepígrafe los aspectos normativos aplicables restando ahora dónde y cómo se llevaron a efecto.

significaba que en cuanto percibían una inminente captura, optaban por refugiarse en la primera iglesia que vislumbraban (14).

Como cualquier otro delito, la extracción de sagrado de los desertores y su entrega a la jurisdicción militar para su enjuiciamiento tenía un procedimiento sumamente farragoso. Debían dirigirse las autoridades militares al provisor eclesiástico y, ante la negativa de este a acceder a la petición, no quedaba más remedio que la interposición del llamado «recurso de fuerza», incidente procesal que por su elevado coste llegaba frecuentemente a abandonarse cuando de simples soldados se trataba. Desde 1729 la legislación reorientó este estado de la cuestión mediante cartas dirigidas a los Obispos rogando no admitieran la inmunidad por la causa de deserción y, en otro caso, que se impulsara el recurso citado sosteniéndole el auditor, abogado castrense, y pagando el pleito de inmunidad los Intendentes del ejército (15).

En los territorios ultramarinos se actuó de forma parecida valiéndose de los Breves y las reales órdenes emitidas sobre el particular, como se observa en las disposiciones más importantes en esos territorios como fue «El Reglamento de Presidios de Nueva España de 22 de mayo de 1729» que sustituyó al reglamento de La Habana, y rigió hasta el 22 septiembre de 1772 (16).

(14) Para el tema de la deserción ver mi obra: «La deserción militar y las fugas de los presidiarios en el Antiguo Régimen. Especial estudio de su incidencia en los presidios norteafricanos» en Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares, año 2006, pp. 106 ss.

(15) COLÓN y LARRIATEGUI, F., «Juzgados militares de España y sus Indias, vol. 1. Madrid 1788. p. 197: «Competencias con la jurisdicción eclesiástica cuando los reos se refugian a sagrado. Crímenes en que no vale la inmunidad y el modo de extraerlos del asilo en España y en Indias», Real Decreto de 23 de agosto de 1729.

(16) PEDRO DE RIVERA brigadier de los Reales Ejércitos: «Diario y derrotero de lo caminado, visto y observado en el discurso de la visita general de Presidios, situados en las Provincias Ynternas de Nueva España, habiendo transitado por los reinos de Nuevo Toledo, Nueva Galicia, Nueva Vizcaya, Nueva Mexico, Nueva Estremadura, el de Nuevas Philipinas el de Nuevo de Leon y las Provincias de Sonora, Ostimuri, Sinalos y Gualteca». Guatemala 1736. p.: 252: 98. Cuando algún soldado se refugiase en la iglesia por delito criminal en que haya incurrido, le formará el proceso el capitán o comandante del presidio, examinando los testigos que justifiquen el hecho, lo llamará por edictos y pregones por término de 9 días fijándoles en el cuerpo de guardia y ractificará los testigos de la sumaria, hasta poner los autos en estado de sentencia, que si no se presentase en el término perentorio, los remitirá a mi capitania general para que en su vista se declare la pena que en rebeldía le corresponde. Núm. 99. Si algún soldado, sin delito de pena capital se refugiase en la Iglesia, haciendo caución juratoria el capitán o comandante de no practicar con el refugiado castigo que pueda haber efusión de sangre ni otro aflictivo, lo extraerá de la iglesia y le corregirá con caridad el delito que hubiere cometido.

3.1 Orán-Mazalquivir, primer destino de los reos con inmunidad eclesiástica remitidos a los presidios norteafricanos

Hasta la reconquista de Orán (17) de 1732 no tenemos constancia del traslado de los «desertores con iglesia» (empleando el apodo utilizado en la documentación) de la península a ningún presidio o destino penitenciario. Primero trasladaron a los soldados desertores retenidos en cárceles y cuarteles a la par que otros presidiarios, y no siendo suficientes para consolidar la conquista, se acudió en último lugar con estos soldados «refugiados a sagrado». La historia utilitarista penal volvió a repetirse; como ya lo hiciera en el XVI y XVII con la pena de galeras y minas, y en el XVIII intensamente con la de presidios, ante situaciones de urgencia de efectivos se saltaban los inconvenientes jurídicos. Así, se les hizo llegar a Orán: «tiene el rey por combeniente que los soldados de sus regimientos y bueltos a ellos extraídos de sagrado vajo de caucion juratoria, se destinen los de infanteria al regimiento fixo de Oran y los de caballeria y dragones al resto de dragones de la misma plaza».

La referencia de que habían sido «extraídos de sagrado vajo caución juratoria» no es baladí. Significaba que al entregarlos se comprometía la autoridad militar ante la eclesiástica a que serían empleados para el «ejercicio de armas» u otros similares (18). Esto es, que no podían destinarlos como «gastadores», (nombre empleado por entonces a quienes se ocupaban en levantar fortificaciones) o, si se trataba de remitirlos a los arsenales, en el temido destino de bombas de achique de agua; estos puestos se reservaban para quienes llegaban por delitos «feos y denigrativos».

(17) Orán y su puerto inmediato, Mazalquivir se conquistaron en 1509 y 1505 respectivamente. En aquellos tiempos eran frecuentemente sitiadas hasta que fueron arrebatadas, quedando cautivos o muertos sus habitantes, en 1708, aprovechando la debilidad española derivada por encontrarse en plena guerra de Sucesión. Orán-Mazalquivir era una de las ciudades más importantes del litoral mediterráneo africano, razón por la que Felipe V se dispuso a reconquistarla con una fenomenal escuadra en 1732. Para su definitiva defensa se construyó, con la contribución de un enorme contingente de penados que a mediados de ese siglo mediaban los 3.000, una impresionante ciudad con murallas defensivas poliorcéticas (para coger al enemigo entre dos fuegos) compuesta por castillos, fuertes y puestos de tiro alejados junto a túneles y minas que les unían, conjunto militar considerado el más importante de Europa. Un tremendo terremoto fue la principal causa de su abandono en 1792. Para estas cuestiones, ver mi libro: «El penitenciarismo español del Antiguo Régimen aplicado a su presidio más significativo: Orán-Mazalquivir» Madrid 2004.

(18) AHN, Consejos, leg. 2065: Consulta de la Sala de Alcaldes de 23 de diciembre de 1775.

En 1733, dentro de la «correspondencia de capitanes generales de presidios y Oran» se ordenaba al Intendente de Andalucía que quedaran en Cádiz a disposición del Capitán General de Andalucía y hasta que se les trasladara a Orán les retuvieran en las cárceles con el mismo estipendio que al resto de presidiarios (19).

La consolidación de la reconquista de Orán fue enormemente complicada. Desde finales de 1732 se propagaba por la plaza una peste terrible que asoló a la guarnición que la defendía una vez que el ejército expedicionario regresó a España. El envío de refuerzos en esas condiciones implicaba casi una sentencia de muerte, aunque pasados unos meses la peste ya no atacaba con la misma virulencia (20). Pese a esta epidemia, en febrero de 1732 llegaban 101 presidiarios, habiendo en la fecha casi 400 reos ejerciendo como soldados en una guarnición que no superaba los 10.000 hombres. Los soldados desertores con inmunidad eclesiástica también engrosaron estas fuerzas con el mismo itinerario que el resto de desertores, según manifiesta una carta dirigida a los Intendentes de las provincias (21).

El gobernador de Orán, don Joseph Vallejo, daba cuenta de su presencia: «Hallanse entre los Presidiarios de esta plaza 150 desertores de Cavalleria y Dragones, se han traído con el destino de que sirvan en el Regimiento fixo de Dragones». También se extendió este gobernador en comentar su régimen, solicitando se les impusiera tiempo de condena: «como estos Desertores que son todos los que en España se toman con Iglesia, no traen tiempo limitado para su destierro, y que parece hasta aora que es vitalicio ó perpetuo les es de tanto desconuelo el considerarse condenados á estar toda su vida en Oran, que muchos hemos observado han muerto de pasion de ánimo».

El que no supieran cuándo e incluso si acabarían alguna vez de cumplir la pena era un acicate para que intentaran la fuga a territorio enemigo lo que frecuentemente conllevaba la abjuración cristiana

(19) AGS SG GM leg. 1777: 8 de septiembre de 1733: «A los Intendentes de las provincias sobre remision a Oran de los desertores de los reximientos de inganteria cavalleria y dragones con destino a los dos fixos de aquella plaza, los remita a Cadiz al capitan general de Andalucia y los dirija a Oran y se de providencia a que el tiempo que existieren los desertores en las carceles, se les asista con el mismo socorro que a los presidiarios» (Para otros Intendentes cambia el itinerario hasta llegar a Orán, debiendo ser por Malaga o Cartagena).

(20) AGS SG GM leg. 1777: 2 de octubre de 1733.

(21) AGS SG GM, leg. 1777: 8 de septiembre de 1733. «Sobre remision a Oran de los desertores de los reximientos de infanteria cavalleria y dragones con destino a los dos fixos de aquella plaza: los remita a Cadiz al capitan general de Andalucia y los dirija a Oran y se de providencia a que el tiempo que existieren los desertores en las carceles, se les asista con el mismo socorro que a los presidiarios»...

haciéndose musulmanes, única forma de que prosperara ésta: «y aun peor que pasan de 30 los que han desertado á los moros, movidos de este despecho, y al que se avia seguido con evidencia el de que los mas se pierdan para Dios, y para el Rey eternamente».

El relato de este gobernador abundaba, en última instancia, en el principio jurídico de proporcionalidad comparándolos con otros que, aún con mayor delito, sí tenían impuesto tiempo condenatorio quedando por consiguiente en mejor condición que aquéllos: «es cierto que por su delito merecian pena capital: pero como se hallan cubiertos de ynmunidad de la Yglesia, parece duro castigo condenarles a perpetuo Presidio, aunque sea en el decoroso egercicio de las Armas; pues se observa que la Justicia ordinaria á delinquentes á quienes por sus Crimenes destina al mismo egercicio es por tiempo limitado, y no por toda su vida...mucho combiene para que sirvan con consuelo, puntualidad, y no se pasen a los Barbaros, el que se les señale tiempo para que purguen el delito...me parece mui propio de la real piedad y combeniente a su servicio que este fuese de cinco años, cumplidos se les deva dar lizencia como a los demas Presidarios».

Sin embargo, quedaría desestimada su propuesta: «por el hecho de haver sido extraídos del Sagrado halla el Rey reparo en prescrivirles tiempo de servicio, pero viene S.M. en que les haga entender que segun se dirigieren y lo que obraren en las ocasiones que ocurran los atendera a cuio fin Vs dara cuenta como tambien de los que uvieren permanecido en ella cinco años» (22).

Tuvieron que esperar seis años más estos desertores para que fueran atendidas sus súplicas y les reintegrara a España, aunque debiendo recomenzar el servicio militar: «En vista de la instancia de los Desertores de las Tropas desterrados en esa plaza a servir sin tiempo, originándoles trabajo, desconsuelo, y hasta la desesperación de pasarse algunos a los Moros: ha resuelto el Rey, que si hubieren quedado algunos Desertores de los que se remitieron con Iglesia, que hubieren cumplido el tiempo limitado con que se empeñaron en el Real servicio, se restituyan a España con seguridad, para que lo continúen en los Cuerpos de que desertaron, en los términos que previenen las Ordenanzas» Esta Real Orden (23) también comenta que a excepción de

(22) AGS, SG GM, leg. 4736: el gobernador de Orán D. Joseph Vallejo al Secretario de Guerra don Joseph Patiño en 21 de marzo de 1734 y la contestación de éste en 6 de mayo de 1734.

(23) «Real Orden de 26 de octubre de 1740, comunicada a los Gobernadores de Ceuta, y Orán sobre los Desertores remitidos a Presidio con iglesia, y sin señalamiento de tiempo»: Cfr. PORTUGUES, J.A.: «Coleccion general de las Ordenanzas Militares...Tomo VIII, Presidios, desde el año de 1665 hasta el de 1758». Madrid, 1764 p. 202.

los remitidos para la reconquista no hubo más traslados de desertores con iglesia hasta Orán, aunque podrían efectuarse pues «se conformaron a ella sin repugnancia todos los Obispos de España» Y es que cuando se hizo este envío se carecía del instrumento jurídico necesario, instrumento que sería el Breve de 1748.

3.2 La obligatoriedad de servir sin tiempo fijo y en armas y la introducción de nuevos motivos que justificaban el refugio a sagrado de los desertores

La circunstancia de carencia temporal condenatoria no fue sólo patrimonio de este tipo tan particular de desertores. Había muchos más reos con esta cualidad. Eran los llamados en los expedientes: «destinos sin tiempo o perpetuos». Respecto a ellos, siempre los gobernadores de los presidios fueron partidarios de que se les asignara tiempo concreto para evitar, ante todo, la desertión o fuga. Los desertores, como veremos, tuvieron en este aspecto más suerte que los demás retraídos llegados a los presidios.

La «Real Orden 1 de agosto de 1753 (24) sobre Desertores de caballería con Iglesia» aparte de admitir que pudieran recalar también en Ceuta, además de en Orán, tenía dos importantes aclaraciones: en primer lugar confirma lo expuesto, esto es, que debían servir dentro de los presidios «en armas», no en las obras, pues en este caso podía existir vulneración de la legislación canónica: «y habiendo considerado S.M. los inconvenientes y perjuicios que pueden seguirse de que se les aplique a las Obras, y trabajos de los presidios: ha resuelto ahora S.M. que todos los desertores, que se destinen a aquellos regimientos fijos, hayan de hacer precisamente el servicio en ellos, sin aplicarles a otro trabajo, o penalidad, aunque quando lleguen a Presidio esté completo el numero de soldados de los mismos regimientos agregandose precisamente como supernumerarios, reemplazando con ellos los que fueren faltando de la dotacion».

Y como segunda, aunque a priori continuarían sin asignación de tiempo ya que decía: «se destinen por el tiempo de su Real intención en los regimientos de Orán y Ceuta», en realidad en esta Real Orden sí tuvieron tiempo predefinido de condena, precisamente por el que se engancharon, normalmente cinco años: «y que a todo desertor con Iglesia, y destinado a servir en los Regimientos fijos del Presidio, que haya cumplido el tiempo porque se empeñaron a servir, se les haya de dar su licencia, si voluntariamente no quisieren bolver a empeñarse

(24) PORTUGUES, J. A., «Coleccion... T. 3».

de nuevo». Tres años después, 1756, se reinterpretaba aquella orden incidiendo en que el tiempo empezara a contar desde su llegada al presidio, no valiéndoles el extinguido antes de su puesta «en sagrado» (25).

En 1758 a estos militares retraídos culpados de desertión les aumentaron el tiempo condenatorio debiendo cumplir diez años en los regimientos de Orán y Ceuta. Además, aquellos refugiados que estuvieran en esa situación por su imputación en «latrocinios» (hurtos y robos), se emplearían en obras de fortificación según la Real Orden 15 de abril de 1758: «para correccion de los feos delitos de desertion y latrocinio, tan perjudiciales al buen estado de los cuerpos de ynfanteria, ha resuelto el rey, que los soldados de reincidencia en estos crimenes, y que por gozar de inmunidad, no puede imponerseles la pena de muerte que prescribe la ordenanza, se les destine por diez años a servir en los presidios de Oran y Zeuta, con aplicacion a los reximientos fixos los que fueren desertores, y a los trabajos de fortificacion los que ladrones merezcan esta providencia» (26). Esta orden quebraba otro de los principios fundamentales: la caución juratoria analizada de no emplearles más que en el ejercicio de las armas.

Sin embargo, la orden anterior debemos entenderla aislada, pues la legislación posterior siguió estableciendo que para extraerlos debían: «no imponer pena de muerte ni otra corporal al reo, pudiendose estender hasta el destino al servicio de las armas o arsenales, y presidios, pero sin calidad de gastadores, ni aplicacion a bombas», como explica la Consulta de la Sala de Alcaldes 23 de diciembre de 1775 (27), que tras comentar las órdenes de 1708 y 1758, añadía una verdad incontestable al situar la ociosidad y la vagancia como uno de los agentes provocadores de estas situaciones: «de modo que el servicio de las armas, no se reputa por una de aquellas penas, de que segun el espiritu de los canones, y leyes, debe libertar el asilo: lo qual, sobre ser fundado en autoridad, lo

(25) «Real Orden 4 de Octubre de 1756, comunicada al gobernador de Ceuta, sobre Desertores con Iglesia»: «La Real Orden para que los soldados Desertores de Caballeria aprehendidos con Iglesia, y confinados a él, cumplan dentro de su recinto el tiempo, por que se empeñaron en sus respectivos Regimientos, debe entenderse empezando a contarle desde el dia en que llegan a esa Plaza, y se les forma su asiento de tales Presidarios, sin que se considere parte de este plazo el tiempo que sirvieron antes en sus Cuerpos, pues por su desertión interrumpieron el curso de los años estipulados en el contrato de su empeñada libertad...» *Vid.* PORTUGUES, J. A.: «Colección... T. 8» *op. cit.* p. 470.

(26) AHN, Consejos, leg. 2065.

(27) AHN, Consejos, leg. 2065.

persuade también la razón y buena política, porque a la verdad que cosa más opuesta a ella, que proteger la bagancia, y el vicio... una triste experiencia enseña que los refugiados más prudentes, y quietos, son por lo menos unos hombres ociosos expuestos a caer en precipicios por huir de las manos de la justicia y a quienes la misma ha dejado en plena y absoluta libertad, y aun en próximo peligro de arrojarse a ellos».

Una enorme casuística contempló la Ordenanza de Desertores de 1765 (28). Diferenciaba penalísticamente la «simple desertión» que era la ocurrida en tiempo de paz o sin circunstancias agravatorias tales como escalamiento de muralla, por ejemplo, de la acaecida en tiempo de guerra nombrada entonces como «desertión», es decir, sin el calificativo de «simple».

Según esta ordenanza, durante un estado de guerra o con las agravaciones mencionadas, a quien conseguía refugiarse se le extraería, remitiéndole a presidio perpetuo. Para los refugiados comprendidos en la categoría de «simple desertión» configuraba distintas sanciones en función de las veces que esta se hubiera producido: siendo la primera vez que desertaba, se le doblaría el tiempo de enganchamiento además de arrestarle en el cuartel por seis meses, esto es, que en esas circunstancias no se le trasladaría a un presidio africano; pero si desertaba por segunda vez y lograba refugiarse, «se le destinara a servir toda su vida en los Regimientos fixos de Oran y Ceuta». Normas mucho más duras imponía la ordenanza a los atrapados antes de que lograran refugiarse, pues tratándose de la segunda vez que desertaban sufrirían la pena capital (29).

Poco tiempo después, casi a finales de ese año de 1765, una Real Orden (30) anotaba que la experiencia había mostrado que había quienes se refugiaban como medio para que se oyeran sus quejas sobre las malas condiciones de vida del ejército. A estos se les conminó a extraerles y que supieran que por haber tomado esta vía aunque llevaran razón en sus quejas no se las atenderían. Otro caso curioso ocurría si de una misma compañía se refugiaban más de 10 soldados. Podía ser un síntoma de que los oficiales que les mandaban no eran lo suficientemente capaces. Es interesante observar que la introducción de estos motivos en la búsqueda de la inmunidad eclesiástica desnaturalizaba esta institución por apartarse de su fundamento original.

(28) «Ordenanza de S.M. contra desertores de 4 de mayo de 1765». *Vid.* AGM, 2.^a Sección, 9.^a División, leg. 25.

(29) 4 de mayo de 1765. *Vid.* AGM, 2.^a Sección, 9.^a División, leg. 25.

(30) AGM, 2.^a Sección, 9.^a División, leg. 25: «Real Decreto 13 de noviembre de 1765».

4. LOS PRESIDIOS NORTEAFRICANOS, DESTINO DE LOS REOS REFUGIADOS A SAGRADO DESDE MEDIADOS DEL SIGLO XVIII

La situación de los acogidos en las iglesias españolas era tan insostenible que Fernando VI se propuso trasladarles a los presidios africanos. Para ello debía convencer al Papado pues sin su consentimiento era imposible realizarlo. El Papa Benedicto XIV (antes Cardenal Enrique Enríquez) accedió a la solicitud emitiendo un Breve en 1748 (31) justificándolo así: «...el execrable abuso, introducido por los reos refugiados en sus iglesias por delitos no exceptuados para continuarlos impunemente...con la facilidad de tomar los asilos, que debiendo unicamente servir para el acaso, fragilidad y miseria de no premeditados crímenes, maliciosamente contra el piadoso fin, y antiguo uso de la Iglesia, han convertido en barrera, y puerto de sus maldades, haciendo a la casa de Dios cueva de sus latrocinios, determinaron a la Magestad Católica del Señor D. Fernando Sexto a solicitar oportuno remedio de la Silla Apostolica, instando se permitiese trasladar a los tales Reos de las Iglesias y lugares de sus refugios a otros mas distantes, o restrictos en los presidios de Africa». Véase en apéndice documental n.º 1 la redacción completa del Real Decreto que contiene este Breve.

Así, los presidios de Ceuta, Melilla, Orán-Mazalquivir y los peñones de Vélez de la Gomera y Alhucemas fueron acogiendo a la mayoría de este tipo de presidiarios no sometidos a proceso alguno. Luego estos presidios albergaron a los que por nuevo delito allí mismo se «refugiaban a sagrado» (32) [el más común por intentos frustrados de fuga (33)] y a los provenientes de envíos directos desde las iglesias del resto de España.

El Breve de 1748 titulado: «Admitiendo el trasvase de reos a las iglesias de Africa» que examino, fue promulgado para remitir 1.º A

(31) Breve de 25 de abril de 1748. *Vid* AHN, Consejos, leg. 2065.

(32) AGS, SG GM, leg. 4935: Relación de presidiarios del Peñón en diciembre de 1786: «Miguel Garcia, se recibió en Ceuta en 1766 remitido por la Chancilleria de Granada en seis años por robo de aceite y gallinas y por herida que dio en aquella plaza a otro de su clase de desterrados, de que murió y por coger sagrado se le recargó en seis años mas en este adonde llegó en 1770...»

(33) AGS SG CG leg. 5448: Presidio de Alhucemas: «el consejo de guerra 10 de julio 1725 pone en noticia de VM las providencias que tiene dadas al gobernador de las Alhuzemas en assumpto de 4 desterrados que intentaban una sedizion por cuyo delito estando presos quebrantaron los tres la prision y se refugiaron a sagrado y propone que por VM se den las ordenes combenientes a la mayor seguridad de aquel presidio. Como parece al Consejo y assi lo he mandado».

los refugiados alborotadores dentro de los templos; 2.º A los que salían de la iglesia para cometer nuevas infracciones y 3.º Puesto que muchos de los retraídos solían ser gitanos, a todos los que tuvieran esta peculiaridad como he indicado más arriba.

El tener la iglesia como centro de nuevas operaciones delictivas justificaba el traslado: «y que otros Reos de delitos no exceptuados, retraidos en las Iglesias salen por la noche, y a las horas que juzgan mas cómodas a continuar sus robos, y excesos en confianza de volver a tomar el Sagrado, y de que no pueden tener guardas de vista que lo impida».

Por medio del Real Decreto 20 de junio de 1748, habilitador del Breve de 25 de abril, se establecieron las cláusulas cooperativas entre la jurisdicción ordinaria (la civil) y la eclesiástica para llevarle a efecto: «Subdelegamos a (los obispos) cada uno en su distrito para que requeridos por el juez secular que entendiere en la causa de qualquier Reo refugiado en su Diócesis, y constando por testimonio legitimo, y autentico ser de los que se nombran Gitanos, o de aquellos reos contumaces que salen de las Iglesias a continuar sus delitos, o en otros casos semejantes...puedan dar licencias para transferirlos a otras iglesias en qualquiera de los Presidios de Africa siempre a instancia de públicos y Regios Magistrados».

No significaba esta disposición que todos los que tuvieran derecho de asilo salieran forzosamente para África, pero el instrumento jurídico posibilitándolo estaba conseguido. Además servía como clara amenaza si mostraban mala conducta en el «sagrado»: «y para que ninguno de los delinquentes pueda alegar ignorancia encargamos que estas letras se lean y publiquen en las Iglesias Catedrales y parroquiales». Los obispos debían consultar con el Papa los casos dudosos antes de enviarlos (34).

Con la cobertura legal que el Breve proporcionaba fueron potenciándose los traslados: «haviendo resultado reo Juan Casallen, el Bolatinero, que notoriamente havia hecho abuso del Sagrado, saliendo con frecuencia a continuar sus excesos, se le extrajo de él con acuerdo del vicario eclesiatico y se le consignó a una de las yglesias de asilo en

(34) AHN, Consejos, leg. 2065: «previniendo que si un caso ofreciese duda para semejantes translaciones, se deberá ocurrir a Nos; y mientras se ocurra a Nos en estos casos, y a los Ordinarios...pueden dichos Reos, por recelo que tengan de ser trasladados a dichas Iglesias mas remotas, o de Presidios, desampararlas, siguiendose de ello el grave perjuicio de que continuen en sus delitos, y excesos; para evitarlo, luego que por la Justicia secular se pida la licencia referida, deberan ser asegurados; y si para ello los pidiese dicha justicia serla entregados, haciendo la debida caucion de que los tendran como en deposito, y sin opresion, y de que si les fuere negada dicha licencia, les han de volver y restituir al mismo Sagrado».

los presidios de Africa... se extrajeron y destinaron a las iglesias de Africa dos reos del mismo delito, con arreglo al Breve del Nuncio de Su Santidad 20 de junio de 1748».

Cuarenta años más tarde, en 1788, los fiscales del Consejo (35) denunciaban la reproducción de los problemas de siempre con los reos sujetos a inmunidad: «en todos tiempos han causado no poca turbacion los reos de delitos no exceptuados, que se acogen a las Iglesias y no solo hacen habitacion de sus cementerios, y gradas, en que permanecen por largo tiempo, sino que salen de noche a robar». Aludían en su informe el olvido del Breve papal de 1748 de remisión a los presidios africanos, solicitando reimpulsarle: «para precaver las consecuencias de tan perjudicial desorden por el suave medio de la translacion a otras en los presidios de Africa previstas en 1748».

A finales del XVIII aumentó extraordinariamente el delito de contrabando, singularmente el de tabaco, con la consiguiente pérdida de ingresos de las arcas públicas. Puesto que muchos de los contrabandistas lograban la inmunidad eclesiástica refugiándose en las iglesias, los fiscales citados veían muy conveniente la aplicación del Breve mencionado para este tipo de delincuentes: «experimentandose ahora, tal vez por olvido de aquellas letras, hallarse refugiados en las iglesias algunos Reos, y particularmente Contravandistas, que a la sombra del asilo cometen excesos perjudiciales a la causa publica, e interes de la Real Hacienda; para su remedio: a VE suplican se sirva librar las competentes letras».

Iniciadas gestiones ante la Santa Sede sobre este particular, llegó la confirmación papal del Papa Pío Sexto en 6 de octubre de 1788 reiterando el Breve de 1748: «Nos condescendiendo gustosos a esta instancia por Decreto del dia primero de este mes hemos mandado expedir las presentes para que sea aplicado».

Este expediente finaliza dirigiéndose epistolarmente D. Pedro Lerena al conde de Campomanes: «Paso a Vè de Orden del rey los 24 exemplares que se han mandado imprimir de las Letras de Mons. Nuncio D. Hipolito Vincenti Mareri (el Papa Pio Sexto) para que a los reos de delitos no exceptuados (es decir, los delitos por los cuales se admitía la inmunidad) que se acogen a las iglesias puedan trasladarse a otras en los presidios de Africa» (36).

(35) Informe al Consejo de: «los señores fiscales D. Joseph de Ibarra del Consejo de S.M., fiscal de Lanzas y Medias Annatas, y de Rentas Generales y D. Thadeo Segundo Gomez, fiscal de la Renta de Tabaco» *Vid.* AHN, Consejos, leg. 2065.

(36) AHN, Consejos, leg. 2065: 13 de diciembre de 1788: reproducción del Breve de 1748 ordenando los trasvases de reos refugiados a sagrado a los presidios africanos.

Recién estrenado el XIX, todavía la Sala de Alcaldes anotaba como buena medida que un edicto en las iglesias o lugares donde hubiera refugiados advirtiera de la posibilidad de hacer uso del breve de 1748 a quienes no se comportaran en debida forma, disposición que fue pasada a la Novísima Recopilación lo que nos da idea de su dilatada aplicación (37).

5. LA VIDA DE LOS RETRAÍDOS EN LOS PRESIDIOS NOR-TEAFRICANOS

La orden más antigua, prácticamente al inicio de la pena de presidios (38), constata la existencia de reos sometidos a este régimen: «Real Cedula de 29 de agosto de 1665, sobre lo que se debe hacer con los refugiados a sagrado en los presidios para que no dexen de asistir a los trabajos», estableciendo se fijara un lugar específico en el Peñón de Vélez donde estuvieren los retraídos (en la plaza o en el pequeño fuerte situado en la costa marroquí que aún no había sido reconquistado por los magrebíes, y encontrándose fuera del límite se les capturarán y siguieran sus causas) aplicados a los trabajos como contraprestación al sustento (39).

(37) Novísima Recopilación: Ley 4, Título 4, Libro 1. «a la puerta de la iglesia o abitacion de los refugiados se fije un edicto conminando a los contraventores con la consignacion a una de las iglesias de los presidios de África en virtud del breve de 1748».

(38) Salvo envíos excepcionales por urgencias muy concretas (como ocurrió en el presidio de Ibiza allegando 70 reos en 1647) la pena de presidio se regulariza cuando se ordena que la infraestructura existente en el envío de los galeotes sea aprovechada también para remitir presidiarios, en virtud del Auto Acordado del Consejo de Castilla 30 de agosto de 1655 por el cual se otorga comisión a D. Francisco Zapata haciéndole responsable último de las conducciones. *Vid.* mi publicación: «El penitenciarismo español del Antiguo Régimen aplicado a su presidio más significativo: Orán-Mazalquivir». *Accesit.* Premio Nacional Victoria Kent, Madrid, 2004. p. 48.

(39) PORTUGUES, J. A., «Coleccion... T. 8» *op. cit.* p. 1: «El rey. Capitan de a caballos Don Diego de Arce, mi Alcayde de la fuerza del Peñón, estando determinado por los Sagrados Canones, que los delinquentes, que se acogieren a la Iglesia gocen de su inmunidad, tengo entendido no se observa con los de ese Presidio, siendo justo que se haga, y que tambien se dé forma para que los que se retiraren a sagrado, no se detengan en la Iglesia consumiendo el vestimento que se les da, sin servir en lo que en la Plaza se ofriere: atendiendo a que los soldados, que se retraen no se les pueda negar la inmunidad de la Iglesia por derecho divino, ni la racion que les toca, por ser Presidio cerrado, os mando que de aquí adelante dispongais que el Vicario de ese Presidio señale a los delinquentes la Plaza por sagrado, o el fuerte de tierra firme por la parte que mas conviniere; con tal, que si salieren del termino señalado, y fueren aprehendidos, los podais castigar conforme a sus delitos, pues por este medio se con-

Llegados al presidio tomaban conciencia de la cruda realidad: pertenecían al grupo de presidiarios más infeliz que eran los que no tenían tiempo condenatorio. Esto significaba que salvo indulto por algún acontecimiento extraordinario de la corona o gracias a una benignidad particular (muchas derivadas de hechos heroicos de guerra), acabarían sus vidas en presidio. Por eso, optaban por fugarse a territorio musulmán. Los gobernadores de los presidios denunciaban estas fugas y procuraban se les asignara tiempo. Así, desde Ceuta se había representado en 1741: «han intentado hacer fuga diferentes desterrados, haciendo dexacion del sagrado siete reos por hallarse sin esperanza de salir de dicho Presidio aun renunciando la Iglesia, pasandose muchos a los moros...convendria para evitarlo señalarles tiempo como ocho años a cada uno». No fue partidario el poder central de asignarles uniformemente un tiempo ya que la gravedad del delito por el que se habían refugiado podía ser distinta: «como son diferentes las circunstancias de los delitos, no se les puede dar una misma pena a todos». Mucho importaba que voluntariamente «renunciaran al sagrado» pues automáticamente pasaban a ser presidiarios normales. Una vez en esa situación, se haría un estudio personalizado del tiempo a imponer en función del delito y el comportamiento llevado durante su estancia en el presidio. Esto es, que sería el poder ejecutivo (normalmente el Consejo de Castilla) quien a posteriori emitiría la ficción jurídica de una sentencia ya que, insisto, estos sujetos no habían sido nunca juzgados. Esta resolución fue admitida por el Obispo de Ceuta que era, a la postre, de quien dependían (40). Todo provino de la existencia de una Concordia, emitida en 1737, Concordia aprobada por el Arzobispo de Toledo y confirmada por el Papa.

Pero esta solución fue excepcional pues en expedientes posteriores la renuncia a la inmunidad, si bien aparecía frecuentemente, no era garantía alguna de asignación de tiempo.

seguirá el dar satisfacción a la inmunidad de la Iglesia; y que los soldados coman sirviendo, sin faltar a la administración de Justicia, en los que excedieren del territorio que se les asigne para sagrado».

(40) PORTUGUES, J. A., «Coleccion... T. 8» *op. cit.*, p. 222: «Real Cedula 10 de Diciembre de 1741, sobre que por los gobernadores de los presidios se dé cuenta al Consejo de Guerra de los Presidarios, que tengan iglesia, y la renuncien voluntariamente: a Consulta de mi Consejo de Guerra y lo que ha informado el obispo he resuelto que siempre que los reos quieran solicitar Indulto, renunciando voluntariamente el Sagrado, con aprobacion del Eclesiastico, la admitais vos, y vuestros sucesores de que dareis cuenta al dicho Consejo, informandole de la calidad de los delitos, y personas, de la forma con que se hubieren portado en el Presidio, y años, a que se convinieren a servir en él».

Ya que en Orán no existía la Concordia de Ceuta mencionada, se optó por enviarles allí para poder extraerles, mediando la voluntariedad del sujeto. Para ello se establecieron dos categorías: los allegados por delito grave por una parte y a los que se les imputaba uno menos grave por otra. Con los primeros se dispuso que, a ser posible, se enviaran a Ceuta y mientras, no salieran del «sagrado» siendo capturados en caso contrario. Con los segundos, que se transfirieran también a Ceuta y por la «Concordia» citada pudieran trabajar en el presidio. Aunque no consta que en Orán se consiguiera la misma concordia, se toleraba se hiciese como en Ceuta para los de poco delito (41).

Con los retraídos de Orán en 1749, la mayoría procedentes del Breve de 1748 de remisión de retraídos «problemáticos» a los presidios de África, se fue más intolerante. Estos reos significaron que: «se mantienen por providencia en los trabajos de las Reales obras, y otros ejercicios del Real Servicio...solicitando que se les commuten las penas que por sus delitos les corresponden por otras mas suave», solicitud apoyada por el gobernador, marqués de la Real Corona. Sin embargo no se accedió a ello: «S.M. resuelve que no se celebre transaccion alguna con el Eclesiastico sobre estos refugiados, aunque haya habido en esa Plaza costumbre por lo pasado que Ve les haga saber que guarden su reclusión religiosamente, porque si fueren hallados fuera del sagrado, se les prenderá, y continuará la Causa de España por que fueron removidos: que si salen del sagrado para algun robo, u otro crimen, se les prenda, y castigue, segun los Sagrados Canones. Que Ve nunca intente sacarlos del sagrado sin nuevo delito».

El único ofrecimiento consistió en que renunciando voluntariamente a la inmunidad serían tratados como los demás presidiarios, pero en ningún caso se les fijaría tiempo de condena, aunque si los informes sobre su conducta fueran positivos podría tenerse en cuenta en el futuro: «y a los que dexaren expontaneos su inmunidad, baxo la

(41) Vid. PORTUGUES, J. A., Coleccion... T. 8,» *op. cit.*, p. 179: «Real Orden 23 de Septiembre de 1738, comunicada al Comandante General de Orán, sobre los Reos que gozan de inmunidad; y que no se embien otros que tengan Iglesia»: «quanto a los perjuicios con los muchos Reos con Iglesia que se embian a ella, y sobre el destino que Vs ha dado, con acuerdo de ese Vicario, y del Auditor de Guerra, a los que no tenian tan graves delitos...y respecto que los Reos, por sus graves delitos no pueden removerse de esas Iglesias, sin conocimiento del Vicario General: a resuelto S.M. que Vs trate con el Vicario; y que conviniendo éste, y los Reos, se pasen a las Iglesias de Ceuta, y remitiendo Vs los procesos de sus Causas al Gobernador de aquella Plaza, para que si se apreendieren fuera de Sagrado, se sigan los Procesos ante aquel Auditor, y se castiguen; y que en quanto a que en Orán se observe la Concordia de Ceuta lo tiene S.M. por muy conveniente; pero precediendo aprobación del Señor Cardenal Infante, Arzobispo de Toledo, y confirmación del Papa, que es la forma en que se hizo en Ceuta».

promesa de no castigarles, ni prenderles por sus culpas pasadas, y de admitirles a las Obras con el Pan, y Prest de desterrados, se les admita, dandoles caución, y expresando en ella que se ofrece la impunidad por las culpas contenidas en el Testimonio de sus Condenas: que es un efecto de la piedad del rey el dexarlos en libertad fuera del sagrado, como tambien admitirles a las Obras con la racion de desterrados: Que el animo de S.M. con esta clemencia es hacerlos emmendados, y buenos vasallos, y tiene dada orden a sus Oficiales, que informen del proceder de cada uno para distribuir con justicia el alivio, y la libertad, o la agravación de las Obras, haciendoles saber, que si emprendieren una nueva vida christiana, y de loables costumbres, se les concedera su consuelo; pero si la continuaren juradora, despechada, vinosa, malquista, mentirosa, o de otra suerte, se les aumentará el tiempo, y los trabajos; y si reincidieren en delitos, se les acumularan las Causas anteriores...informando Ve a S.M. el proceder de cada uno de estos con su parecer, sobre el merito de alivio, o agrabación» (42).

Un atractivo expediente nos permitirá comprender algunos de los extremos aludidos observando la remota posibilidad de indulto de estos presidiarios: en 22 de marzo de 1743, el alcalde mayor de Badajoz se dirigía al Gobernador del Consejo de Castilla, cardenal de Molina, en los siguientes términos: «he recibido un papel del marques de Monreal (Capitán General de Extremadura) para que pusiese en livertad a Benito Marin, preso en esta carcel, por constarle por carta y certificación que havia tenido del Governador de las Alhucemas, de haver S.M. aprobado se pusiese en livertad al referido Benito Marin, desterrado a aquel presidio, por haver cumplido el tiempo de su sentencia...no le he dado soltura, hasta tener su respuesta».

También hizo un relato de las peripecias pasadas con este personaje que arroja una perfecta visión de los complejos mecanismos procesales que debían utilizarse: «No puedo dexar de manifestar que este Reo lo es de gravisimos delitos de urtos y muertes, y resistencias a la justicia, haziendo armas y que estando preso en Badajoz por ellos y substanciandole la causa quebrantó la carcel, y se refugió a la iglesia, y por el mucho tiempo que se necesitaba para evacuar el articulo de inmunidad y el recelo de que saliendo de el sagrado volviere a cometer nuevas atrocidades, convino el obispo de Badajoz se le pusiese en una de las iglesias de los presidios de Africa, lo que se executó remitiendole a la de las Alhucemas, no en qualidad de presidiario, porque

(42) PORTUGUES, J. A., «Coleccion... T. 8» *op. cit.*, p. 430: «Real Orden 13 de Noviembre de 1749, comunicada al Comandante general de Orán, sobre refugiados a Sagrado, y transacción con el Eclesiástico». (Comunicada por el marqués de la Ensenada al gobernador de Orán)

esto repugnava con la restitucion a la Iglesia, ni por determinado tiempo, porque llevando Innumidad, esta devia durarle mientras se quisiese mantener en el sagrado, aunque fuese por toda su vida».

A renglón seguido comentaba lo irregular de la petición del gobernador de Alhucemas: «De lo que se infiere haver faltado a la verdad el governador de aquel presidio, quando supuso para conseguir el indulto de S.M. que este Reo era presidiario, y havia cumplido el tiempo de su sentencia, e igualmente en no haverlo preso quando lo halló fuera de el sagrado, dandome aviso para traerlo a España (como otras veces se ha hecho) a fin de imponerle la pena de sus delitos, que se suspendió por la restitución a la Iglesia de aquel presidio. Pero Dios que quiere se haga justicia, dispuso que el alcalde mayor de Malaga conociese a este reo, por haverse hallado en la extremadura, en el tiempo en que cometio los delitos arriba expresados; comenzó a inquirir su vida, y halló que la emmieda que sacó de el presidio, fue poner taberna en aquella ciudad, y cometer urtos por lo que lo prendió. Y considerando yo que semejantes causas se devian seguir en Badajoz lo trage aqui».

Al gobernador del Consejo (cardenal de Molina) también le pareció sospechoso las molestias que se daba con este reo el gobernador de Alhucemas, remitiendo el escrito anterior al Secretario de Guerra D. Jose Campillo y añadiendo: «El paso dado por el governador de las Alhucemas, de escribir al marques de Monreal para que se sacase de la prision al Benito Marin, me hace recelar, que la solicitud de indulto haya sido por alguna compadreria o particular fin que haya tenido, pues estando fuera de aquel presidio, no es de su obligación solicitar la soltura de este reo, mayormente ignorando la causa porque se le havia preso en Málaga» (43). No aparecen las averiguaciones que seguro haría Campillo, pero los expedientes atestiguan que por extralimitación grave de sus funciones también los gobernadores podían ser recluidos, generalmente en un castillo.

En el informe del gobernador del Consejo de Castilla de 26 de marzo de 1761 se comenta que la mayoría de los retraídos «...en llegando a los presidios, suelen renunciar la Iglesia y aplicarse a las armas o a otros destinos en que gozan libertad, lo que no asegura de que otro día no aleguen su Iglesia, pues no pueden renunciarla, pero me parece que obteniendo un certificado de el Vicario o juez economico del presidio de no tener ya iglesia con la seguridad de que no se

(43) AGS, SG GM, leg. 4798. La carta del alcalde de Badajoz al Gobernador del Consejo data de 22 de marzo de 1743.

le impondrá la pena correspondiente a los delitos pasados, se evitaria el posible conflicto» (44).

Una aproximación a la vida de estos presidiarios «especiales» aparece en un informe del auditor de Ceuta, don Francisco Pascual Cler, de mediados de 1770: «Este auditor de guerra propone: que a los reos que se restituyen a la iglesia, señalándoseles presidios, se les prefina termino. 1.º Porque viendose sin esperanza de recobrar su libertad en toda su vida, se pasan a los moros y reniegan por lo comun y se llevan a otros consigo. 2.º Que por no poderlos mantener la mitra (el obispo) renuncian la inmunidad y logran el prest (sustento monetario o en especie) que el rey da a los demás desterrados (ya que no les quedaba otro remedio que adscribirse como presidiarios para sobrevivir) pero se les pone en los trabajos con cadena atado a otro reo de mayores delitos que logra su libertad cumplido el plazo de su sentencia; pero el que tenia inmunidad, queda en los trabajos por toda su vida, siendo mucho menos su delito. 3.º Porque desesperados de conseguir su libertad, viven aburridos, se abandonan enteramente, y cometen mayores excesos y delitos, haciendose peores, en lugar de corregirse. 4.º Que la benigna providencia de señalarles plazo, les fijará el pensamiento en el termino de sus fatigas, para vivir con regularidad. 5.º Que de no bolber estos hombres jamas al reyno se causa perjuicios, pues si son casados quedan sus mugeres, e hijos abandonados y perdidos para siempre; y si son solteros, pueden servir de alivio a sus padres en su ancianidad».

Pero el Consejo no aceptó estas propuestas: «En quanto a lo representado por el Auditor de guerra de Zeuta, estiman los fiscales que los reos que se trasladan a las Iglesias de los presidios son por lo comun incorregibles y de mala especie havitual por lo que no es facil señalar tiempo en que havían de permanecer», aunque dejando abierto un atisbo de esperanza: «solo renunciando a la inmunidad y entregandose para los trabajos, de dentro o fuera de los presidios, podrá prevenirse que pasado el tiempo de cuatro o seis años para no dejar indefinida la concesion de su libertad, segun lo que diere de sí el nuevo metodo de vida y la enmienda que se experimentare, podrá el tribunal superior de la provincia (desde donde llegó al presidio) con conocimiento de la causa por que hayan sido trasladados, y precediendo informe de el governador de la plaza, y el auditor, alzarles el destierro o la aplicación» (45).

(44) AGS, SG GM, leg. 4877.

(45) AHN, Consejos, leg. 5993. Carta filtrada a través de una carta remitida por el Secretario de Gracia y Justicia don Manuel de Roda, el 29 de mayo de 1770 al

Como volviera a insistir en la misma cuestión este auditor, el Consejo de Castilla emitió un nuevo parecer dos años después siendo en esta ocasión más comprensible: «los reos confinados a las Yglesias de Africa, renunciando a su asilo se ocupan en los trabajos de las plazas, lo que se obserba y los tribunales les señalan los correspondientes años de servicio, y si pareciere del agrado de V.M. pudiera mandarse que la providencia en que se destinan a dichas Yglesias contenga los años de presidio en que se les condena para en caso que renuncien el asilo, o sean aprendidos fuera de el» (46). Como se desprende de su lectura no quedó dictada orden alguna que fijara los años de presidio desde la renuncia a la inmunidad.

Aunque en una representación del gobernador del Consejo de Castilla en 1761 (47) se aludía a que apenas existían presidiarios sin tiempo predefinido: «los de los tribunales (o sea los juzgados por un tribunal ya que a otros les sentenciaba el poder ejecutivo) todos tienen señalado tiempo de sus condenas», entiendo debemos esperar hasta 1774. Efectivamente, de 1774 y avalada por el conde Aranda, si no redactada por él mismo, data una de las regulaciones penitenciarias fundamentales del período iluminista que dio carpetazo a la indeterminación penal al establecer para todos los supuestos un límite temporal máximo. Esta provenía de la existencia de reos sin tiempo, otros con tiempo pero sometidos a cláusula de retención una vez finalizado su periodo condenatorio y, el caso más espinoso, que eran los de «por orden particular de SM estan sin señalamiento de tiempo» para los que estableció que pasados 10 años solicitaran el indulto.

Una clase especial de estos reos sin tiempo fueron los refugiados a sagrado y remitidos a presidio, los cuales no habían sido juzgados. Esta Real Orden por fin se hizo eco de las innumerables peticiones y súplicas (48) respecto al particular. Ciertamente, a los jueces y tribu-

Gobernador del Consejo de Castilla conde de Aranda. La emisión de la Consulta del Consejo es de 25 de septiembre de 1770.

(46) AHN, Consejos, leg. 3010: 23 de septiembre de 1772. Componían la Sala del Consejo su presidente don Felipe Soler y diez miembros.

(47) «Los presidiarios que o no tienen señalado tiempo o estan por el de 10 años o menos, con la qualidad de que no salgan sin licencia del tribunal; de los primeros ya no ay ninguno sino es que sea alguno remitido por la via reservada en que se aya omitido expresar el tiempo (aunque otros vienen con expresión de años) pero los de los tribunales, todos tienen señalado tiempo de sus condenas, pues aun los que van perpetuos, se les señalan 10 años, y que cumplidos no salgan sin licencia del tribunal, y nunca me parece puede convenir que a los tribunales se les quite la libertad de poner esta qualidad a aquellos reos que los consideran dignos de presidio perpetuo por mas que se quejen los gobernadores» *Vid.* AGS SG GM leg. 4877.

(48) AGS, SG GM, leg. 1564: súplica de 42 presidiarios: Oran a 5 de diciembre de 1774: «Los ynfelices nominados en la relacion adjunta...dizen exclamando que en

nales no se les vedó la posibilidad de que siguieran juzgando sin imponer tiempo de presidio, pero cumplidos 10 años serían automáticamente liberados: «Que los presidiarios...que aun no hayan cumplido los 10 años se licencien luego que los cumplan» Con esta simple frase finalizaba definitivamente una de las mayores arbitrariedades del sistema ejecutivo de penas del Antiguo Régimen.

En relación a los refugiados a sagrado, significó: «los que han hecho dejacion voluntaria de la inmunidad que hayan cumplido diez años de presidio, sea en las armas, trabajos de Reales obras, o otra aplicacion queden indultados y gozen desde luego la libertad». Luego aquí también quedó fijado como límite máximo de presidio el de 10 años, eso sí, desde que voluntariamente renunciaran a la inmunidad eclesiástica. Otra práctica frecuentemente aplicada era destinarles en las iglesias de los presidios, práctica que esta Real Orden estimaba impropio pues encontrándose a gusto en ella, no buscaban renunciar a la inmunidad.

Para los que sí tenían tiempo asignado pero sujetos a cláusula de retención, disponía que finalizado el tiempo cierto: «recurran a los mismos tribunales para que les dispensen su venia» y que incluso si era denegada por el tribunal que le sentenció pudieran buscar su alzamiento recurriendo al Rey.

Esta Real Orden de 1774 que comento, reguló también la llamada «recarga de presidio» que no era otra cosa que tiempo añadido a la condena original por nuevas faltas o delitos cometidos en el presidio, estableciendo que no debía imponerse por los órganos ejecutivos del presidio sino por autoridad judicial previo sumario y que no fuera ese tiempo superior a la mitad de la pena original: «cumplan su tiempo con tal que no exceda el de la recarga la mitad del de su primera condena, y que se les haya impuesto con formacion de Autos, y no por decreto, ni providencia de los gefes del presidio, en cuyo caso se tendran por no recargados» Es de reseñar la importancia de estas últimas líneas pues vedaba la posibilidad de que por medio de una simple orden de los gobernadores o jefes de los presidios pudiera dilatarse la condena con merma de las garantías judiciales. Además, prefería que los juzgados de los presidios establecieran otras penas antes que la

calidad de soldados de presidios se hallan sirviendo en el reglamento de infanteria de oran, algunos mas de 17 años, otros pasado de 10, sin que trabaxos, ni desconsuelos de estar sin tiempo les aiga descaecido de la lealtad mayor y zelo a solicitar ocasion de sacrificarse en el Real servicio y siendo Señor, lo mas apreciabe de la vida la libertad. Rendidos exploran a la piedad de Ve suplicandole se digne de tomar, comiseracion consolandoles, acer presente a SM se digne concederles el indulto o lo que fuere de su mayor agrado».

recarga anunciada: «subrogando según la causa las penas de Azotes, cadena, mas rudo trabajo u otra semejante» estirando las diferencias competenciales entre órganos que irían desembocando en uno de los mayores logros sociales y políticos: la separación de poderes. Por el alto interés de esta Real Orden la transcribo íntegra en el apéndice documental n.º 2.

Como vemos, aprovechando para solucionar un problema menor, las quejas de los presidiarios sin tiempo, una regulación que debiera estar entre las mejores páginas del penitenciarismo por su espíritu innovador y garantista. Esta dispersión normativa es una de las mayores dificultades encontradas al investigar aspectos e instituciones del Antiguo Régimen dada la carencia de disposiciones globalizadoras unitarias.

Apéndice documental núm. 1. AHN Consejos leg. 2065: Real Decreto de 20 de junio de 1748 admitiendo el trasvase de reos con inmunidad eclesiástica a las iglesias de África, conteniendo el Breve de 25 de abril de 1748:

Nos D. Enrique Enriquez... por la Divina Providencia Papa decimoquarto, Nuncio, y colector general Apostolico en estos reynos de España... hacemos saber que el execrable abuso, y desorden introducido en estos reynos por los reos refugiados en sus iglesias por delitos no exceptuados de valerse de su inmunidad, y sagrado para continuarlos impunemente; y la experiencia lamentable de los gravisimos daños y perjuicios que de esto se sigue a la quietud, y tranquilidad publica, cada dia mayores, y mas frecuentes, con la facilidad de tomar los asilos, que debiendo unicamente servir para el acaso, fragilidad y miseria de no premeditados crímenes, maliciosamente contra el piadoso fin, y antiguo uso de la Iglesia, han convertido en barrera, y puerto de sus maldades, haciendo a la casa de Dios cueva de sus latrocinios, determinaron a la Magestad Católica del Señor D. Fernando Sexto a solicitar por sus ministros el oportuno remedio de la Silla Apostolica, instando por el que mas parecia serlo, de que se permitiese trasladar a los tales Reos de las Iglesias y lugares de sus refugios a otros mas distantes, o restrictos en los presidios de Africa, donde logrando los efectos de la inmunidad para no ser castigados en sus personas por sus pasados delitos pudiesen ser contenidos para los futuros; y que para esto, y escusar las precisas dilaciones, inconvenientes, y riesgos de ocurrir en cada negocio, y caso particular a la Corte Romana, se nos concediesen los arbitrios, y facultades necesarias: y habiendo en este asunto acompañado nuestros informes, y representaciones en su vista, y enterado de todo, con no pequeño dolor, dicho Santísimo Padre y Señor Benedicto XIV para obviar quanto fuere posible tan gravisimos perjuicios, cuyas fatales consecuencias no se previnieron suficientemente por el artículo IV del ultimo Concordato celebrado entre la Santa Sede y esta Real Corte el año de 1737; y acomodando su graciable asenso a las instancias, y ruegos de SM Católica justamente indignada de la sacrilega irreligiosidad con que se profanan los Templos, y Santuarios, y no menos lastimada de las deplorables resultas que frecuentemente se experimentan; se ha servido su Santidad en carta del eminentísimo señor Cardenal Valenti, su Secretario de Estado con fecha en Roma de 10 de abril del año proximo pasado concedernos todas las facultades necesarias, para ocurrir a tan grave daño, y permitir las mencionadas translaciones, como viéremos, según nuestro juicio, y prudencia convenir al publico sosiego y tranquilidad de estos

reynos de las que hemos hasta el dia de hoy usado en debida forma...y como en este interin hemos visto por experiencia, que los que mas frequentemente abusan de dichos Sagrados en la forma referida, son los que con nombre de Gitanos infestan estos Reynos, vagando siempre por ellos, sin tener fija habitacion, ni domicilio, contra lo dispuesto por las Reales Pragmaticas; cuya profesion, y oficio es el robo, el engaño, y la violencia, y su regular hospedage, y mansion el Atrio de las Iglesias para libertarse de caer en manos de la Justicia, que siempre los persigue por el mal olor de su criminosa vida, como a públicos perturbadores de la paz, y sociedad humana: y que tambien otros muchos Reos de delitos no exceptuados, que estan retraidos en las Iglesias salen de ellas por la noche, y a las horas que juzgan mas cómodas a continuar sus robos, delitos y excesos, causando riñas, alborotos, y escandalos en los pueblos, en confianza de volver a tomar el Sagrado, y de que no pueden tener guardas de vista que lo impida: Por tanto, para el mas pronto, y eficaz remedio de todo hemos tenido por conveniente librar las presentes, por las cuales, usando de las especiales facultades, que dicho Santísimo Padre y señor Benedicto XIV nos tiene comunicadas por fecha 25 de abril del año corriente de 1748, cometemos, y subdelegamos a los contenidos en la cabeza de ellas, y a cada uno en su distrito y jurisdiccion todas nuestras veces y facultades, para que requeridos por la justicia, o juez secular que entendiere en la causas, o causas de qualquier Reo refugiado en alguna Iglesia o lugar sagrado de su Diócesis, y haciendoles constar por informacion, o testimonio legitimo, y autentico la calidad de ser de los que se nombran Gitanos, o de aquellos reos contumaces y perversos que salen de las Iglesias a continuar sus delitos en la forma relacionada, o en otros casos semejantes, en que se interese la publica quietud y tranquilidad, puedan permitir y dar las correspondientes licencias para transferirlos a otras iglesias mas distantes, o restrictas en qualquiera de los Presidios de Africa; siempre empero a pedimento e instancia de públicos y Regios Magistrados, a quienes incumbe cuidar del buen gobierno, y sosiego de sus Pueblos; y tomando asimismo las cauciones necesarias, a fin de que a qualquiera de los mencionados Reos se les observe, y guarde en ellas su inmunidad, y no en otra forma, sobre que les encargamos la conciencia; previniendo, que si algun otro caso se ofreciese en que se dude, si concurra, o no la utilidad y necesidad de semejantes translaciones, se deberá ocurrir a Nos, y remitirnos los testimonios conducentes, para en su vista proveer lo que convenga: y mediante a que mientras se ocurra a nos en estos casos, y a los Ordinarios contenidos en la cabeza de este Edicto en los demás ya expresados, pueden dichos Reos, por recelo que tengan de ser trasladados a dichas Iglesias mas remotas, o de Presidios, desampararlas, siguiendose de ello el grave perjuicio de que continuen en sus delitos, y excesos; para evitarlo, luego que por la Justicia secular se pida la licencia referida, deberan dichos reos ser asegurados; y si para ello los pidiese dicha justicia serla entregados, haciendo la debida caucion de que los tendran como en deposito, y sin opresion, y de que si les fuere negada dicha licencia, les han de volver y restituir al mismo Sagrado: y para que ninguno de los delinquentes pueda alegar ignorancia, y continuar sus excesos en la confianza del asilo...encargamos que estas nuestras letras se lean y publiquen en las Iglesias Catedrales y parroquiales de estos reynos...en Madrid a 20 de junio de 1748.

Apéndice documental núm. 2. Real Orden de febrero de 1773 regulando límites temporales de la pena de presidio, específicamente el de los reos sin tiempo, los sujetos a cláusula de retención y a los sometidos a recarga de presidio. Fuente AHN, AGS leg. 1564:

El Pardo, febrero de 1773: «Enterado el rey de los continuos recursos que hacen los presidiarios recibidos sin tiempo en los presidios de Africa, para que se les indulte,

o perfina termino a sus condenas: de lo que a instancia de los desertores existentes en los reximientos fixos de Oran y Ceuta, ha representado el Ynspector general de la Ynfanteria: de lo que sobre algunos de tan repetidos recursos han expuesto los comandantes y gobernadores respectivos y de lo que con vista de todo ha informado Ve conmovido el piadoso animo de SM y a efecto de precaver en lo posible la frecuente desercion a los moros, no considerando por otra parte de peor condicion los sentenciados antes de la providencia de 12 de marzo de 1771, en esta calidad, y que han existido en la pena, sin cometer el feo delito de aquella fuga, que los que en adelante se condenen se ha dignado resolver: Que todos los presidiarios asi destinados sin tiempo limitado por los tribunales, y justicias del reino por ordenanzas, o qualquiera otra orden, y disposicion que no sea directamente de SM y los que con arreglo a la Real determinacion de 13 de noviembre de 1749, han hecho dejacion voluntaria de la inmunidad que hayan cumplido diez años de presidio, sea en las armas, trabajos de Reales obras, o otra aplicacion queden indultados y gozen desde luego la libertad.

Que los que se hallen confinados con asignacion de tiempo, y clausula de retencion, o que no salgan sin licencia del tribunal que les sentenció y hayan cumplido el tiempo de sus condenas, recurran a los mismos tribunales para que les dispensen su venia, y con el documento que lo acredite se les licencie inmediatamente; pero si el tribunal tubiese causa grave para denegar la instancia, la representará sin demora, por mano de Ve para que enterado SM despues por la mia, le conste el motibo de la detencion del presidiario, y resuelva lo mas conveniente.

Que los presidiarios de la calidad expresada en los dos articulos anteriores que aun no hayan cumplido los 10 años se licencien luego que los cumplan como va prevenido, anotandose lo conveniente por esta orden en sus correspondientes condenas.

Que todos los desertores que con arreglo al art. 104 titulo 10 tratado 8 de la ordenanza, se destinen en adelante a servir en los regimientos fixos de Oran y Ceuta, sea por el tiempo solo, y preciso de 10 años.

Que los presidiarios que se hallen recargados por nuevos delitos, cumplan su tiempo con tal que no exceda el de la recarga la mitad del de su primera condena, y que se les haya impuesto con formacion de Autos, y no por decreto, ni providencia de los gefes del presidio, en cuyo caso se tendran por no recargados; y que los juzgados de los presidios, eviten quanto sea dable la recarga de tiempo a los desterrados subrogando segun la causa las penas de Azotes, cadena, mas rudo trabajo u otra semejante.

Que los refugiados que en adelante hagan dejacion voluntaria de inmunidad, sean destinados por los mismos 10 años a los trabajos, y cumplidos que se licencien; y que se encargue a los tribunales y justicias del reyno que para lo sucesibo eviten quanto sea posible la traslacion de estos reos a las iglesias de los presidios, usando el medio legal de contraherlos con caucion, para imponerles segun los meritos del proceso la pena, o correccion que previenen las leyes del reino, y permiten los canones.

Y finalmente que de todos los presidiarios que actualmente existen, o se destinen en adelante por orden particular de SM sin señalamiento de tiempo representen los comandantes, o gobernadores de la consulta de cada uno luego que cumplan 10 años de reclusion, haciendolo desde ahora con los que se hallen en el caso. Lo aviso a Ve de Orden de SM para su inteligencia, que la tenga el consejo, y que la comunique a los tribunales. Dios guarde a Ve muchos años.



SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Comentarios a la Jurisprudencia Penal

Sección dirigida por
SANTIAGO MIR PUIG

Problemas de imputación del contagio imprudente de VIH y el cambio del estatus jurídico del objeto de la acción

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2011)

IVÁN NAVAS MONDACA
Doctorando en Derecho Penal. Becario de investigación
Universitat Pompeu Fabra

RESUMEN

El presente trabajo analiza la última jurisprudencia existente sobre la relevancia penal del contagio del virus de inmunodeficiencia adquirida (VIH), examinando desde un punto de vista crítico la imputación de dos delitos de lesiones a título de imprudencia. Se ponen de manifiesto los problemas que tiene la última sentencia del Tribunal Supremo en relación a la existencia de un injusto imprudente cuando el portador del virus utiliza un medio de protección idóneo para asegurar el riesgo y evitar así el resultado de contagio. Por otro lado se analiza el problema que se presenta cuando en el momento de la acción no existe aún el objeto material en el que aquélla recae produciéndose además un cambio en el estatus jurídico de él entre el período que transcurre el comportamiento desaprobado y el resultado.

Palabras clave: *imputación objetiva, dimensión temporal de la imputación, VIH, imprudencia.*

ABSTRACT

This paper analyses the recent jurisprudence about the criminal relevance of human immunodeficiency virus (HIV) transmission, studying from a critical point of view the imputation of two crimes that cause injury because of recklessness. It highlights the problems of the latter Supreme Court decision regarding the existence of an unfair reckless when the carrier of the virus uses a suitable means of protection to ensure the risk and to avoid the result of contagion. Furthermore we analyze the problem that occurs when the time of the action does not already exist in the physical object in which it takes place and that situation implies a change in the legal status between the period of the disapproved behavior and its outcome.

Keywords: *objective imputation, temporal dimension of the imputation, HIV, recklessness.*

1. INTRODUCCIÓN

En general el contagio de una enfermedad grave como el VIH presenta para la dogmática penal grandes retos relacionados con la aplicación de la teoría de la imputación objetiva (1), sobre todo en lo referido a la dimensión temporal de la imputación como ocurre por ejemplo respecto a los resultados tardíos y la posibilidad de conectarlos normativamente con un comportamiento que se llevó a cabo mucho tiempo antes de que ocurriera dicho resultado. En la sentencia del Tribunal Supremo (2) que es objeto aquí de comentario además de lo que se acaba de mencionar aparece también un problema específico acerca del riesgo permitido y que radica en la estructura del injusto imprudente del delito de lesiones, en concreto me refiero a la situación en que el portador del virus utiliza un medio idóneo de protección para evitar el contagio del virus que al final igualmente se acaba produciendo. También y como segunda cuestión, se plantea la dificultad de imputar objetivamente al portador del virus el contagio al feto que nace con el virus producto de una misma acción del acusado que es al mismo tiempo para el Tribunal acción causal de la concepción y de contagio del VIH a la menor, pero discutible de ser acción de un delito de lesiones por la supuesta falta de requisitos del tipo objetivo necesarios para su imputación.

(1) Véase SCHÜNEMANN, 1993, p. 25.

(2) En adelante TS.

Si bien el principal objeto de análisis es la sentencia del TS (3), me parece importante incorporar también los fundamentos de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (4), sala segunda, que en primera instancia absolvió al acusado, para así enriquecer el debate de los problemas que en este caso se presentan.

2. SÍNTESIS DE LOS HECHOS

El acusado Gerardo mantuvo con Araceli una relación de pareja desde el año 1996, fecha en que Araceli tenía 19 años de edad. En el curso de esta relación y siendo pleno conocedor el acusado de que estaba infectado con el virus del VIH al menos desde 1994, habiendo incluso desarrollado la enfermedad del SIDA y habiendo sido a su vez informado de los riesgos y métodos de transmisión a terceros de dicha enfermedad, tuvo relaciones sexuales con Araceli, sin comunicarle su enfermedad, usando como medio de protección en sus relaciones el preservativo.

A pesar de ello, el preservativo se rompió en cuatro o cinco de los contactos sexuales, por lo que en el mes de agosto de 1996 Araceli quedó embarazada y dio a luz en mayo de 1997 a la hija de ambos. En el mes agosto del 1997 la hija cayó gravemente enferma ingresando en un hospital donde se descubrió que estaba infectada de VIH. La niña ha seguido tratamiento en el hospital gracias al cual ha mejorado, sin presentar descompensaciones posteriores, encontrándose en la actualidad en el estadio A-1 de la enfermedad.

A raíz de tal circunstancia se realizó un estudio médico familiar para determinar el origen de la infección. Así Araceli, la madre de la menor, fue diagnosticada como portadora del VIH estando desde entonces en tratamiento y control gracias al cual ha mejorado y no hay constancia de la descompensación por la infección del virus. A su vez se determinó que Araceli fue infectada por el acusado Gerardo, al mantener con ella relaciones sexuales. Desde el nacimiento de la menor el acusado y Araceli continuaron como pareja y el 3 de julio de 1999 (dos años después de haberse diagnosticado el VIH a la madre y a la hija) contrajeron matrimonio. Probablemente y para intentar incluir una estructura de auto puesta en peligro que al final no lleva a cabo, la sentencia destaca en los hechos probados que estando el acusado en la cárcel Araceli le visitó en visitas ordinarias como íntimas.

(3) STS de 6 de junio de 2011 (RJ. 2011/4542)

(4) En adelante AP.

Finalmente en noviembre de 2003 se dictó sentencia de divorcio. El 17 de marzo de 2006 Araceli presentó una querrela contra Gerardo por delito de lesiones, dando lugar al procedimiento que desembocó en esta causa.

3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

La AP (5) aplicando los presupuestos de la teoría de la imputación objetiva absuelve al acusado de los delitos de lesiones imprudentes en base a los siguientes argumentos:

Excluye en primer lugar una estructura dolosa afirmando que si bien el acusado era conocedor del riesgo que genera una relación sexual entre un seropositivo y la persona no infectada, utilizó los medios idóneos necesarios para evitar el resultado lesivo (esto es el uso del preservativo como medio de contención del riesgo de contagio), concluyendo por lo tanto que no le era indiferente la producción de ese resultado. De acuerdo con ello la AP excluye el dolo en el comportamiento del acusado.

Casi la totalidad de los fundamentos de Derecho de la AP dicen relación con la imputación objetiva de la conducta imprudente del acusado, tanto para el contagio de Araceli como de la hija de ambos. Así la AP señala que hay que valorar la previsibilidad o la probabilidad del resultado lesivo y que si bien es previsible y por tanto altamente probable, el contagio de la enfermedad a través de contactos sexuales, no obstante conforme a los protocolos médicos esa probabilidad decae si se utiliza el preservativo, remedio aconsejado precisamente para evitar el contagio.

Ahora bien en opinión de la AP, que el preservativo se pueda romper es posible pero no es probable, por lo que la conducta del acusado no puede ser tachada de imprudente cuando pone el remedio adecuado incluso si no ha informado a la pareja.

Recurriendo a la imputación objetiva la AP señala que se requiere una previsibilidad del resultado como parte de la estructura del delito imprudente. En el delito imprudente, señala, se produce un resultado socialmente dañoso mediante una acción evitable que supera el riesgo permitido. La esencia de dicha acción imprudente es la infracción del deber de cuidado y la tipicidad se determinará mediante la comparación entre la acción realizada y la que era exigida por el deber de cui-

(5) SAP Madrid de 17 de junio de 2010 (Arp. 2010/841).

dado en la situación concreta y debe por tanto excluirse de ser imputado al acusado.

Finalmente la AP afirma que no habrá imputación del resultado cuando éste no sea uno de los que se pretenden impedir con la norma penal y acudiendo al criterio del «fin de protección de la norma» rechaza la imputación al comportamiento del acusado por el resultado de contagio de la madre. En este punto en concreto y hasta donde observo, para la AP el resultado de contagio que se produce mediante la rotura del medio de protección que utilizaba el sujeto no corresponde a la realización de un riesgo que la norma de lesiones quiera prohibir. Es decir, que mediante el uso del medio de protección para contener el riesgo de contagio el sujeto cumplía el deber de cuidado exigido por la norma penal y por lo tanto los riesgos que aun así se originaren por los contactos sexuales entre el portador y la no portadora no son abarcados por el fin de la norma ya que se trata de riesgos que acompañarían a toda actividad peligrosa.

Respecto de la lesión por el contagio del virus a la hija de ambos la AP ve imposible incardinar en algunos de los tipos imprudentes la conducta del acusado ya que la acción del contagio a la madre es al mismo tiempo la acción de la concepción de la menor, pero que en ese preciso acto esta última no existe, al menos en relación a la protección que brindan los delitos contra la vida humana independiente.

La sentencia de la AP es recurrida por la acusación particular. El TS estima el recurso y casa parcialmente la sentencia dictando una nueva que en definitiva condena al acusado como autor de dos delitos de lesiones imprudentes en concurso ideal, imponiendo la pena del más grave en su mitad superior.

4. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

En opinión del TS, al igual que para la AP, el uso de profilácticos por el acusado en los contactos sexuales con Araceli elimina no sólo el dolo directo, sino también el dolo eventual ya que cualquiera fuera el criterio doctrinal que se asuma lo cierto es que queda excluida tanto la hipótesis de una representación próxima de la causación del resultado directamente no querido, como la de la aceptación del mismo como consecuencia de la acción llevada a cabo.

A diferencia de la AP, el TS sí aprecia una conducta imprudente del acusado, señalando que aun con la utilización del preservativo, tal resultado de contagio del VIH vinculado causalmente con los actos realizados por el acusado era no sólo evitable, sino que también previ-

sible. Para el TS el comportamiento descuidado del acusado consiste en no poner la diligencia necesaria para evitar esas cuatro o cinco roturas susceptibles de generar un riesgo real y efectivo que se concretó en los lesivos resultados en las personas, primero en la pareja y posteriormente en la hija de ambos. Resultados que en opinión del TS, y a diferencia de la AP, sí reúnen los requisitos de previsibilidad y evitabilidad.

Sobre el problema de si existen dos delitos o uno solo con doble resultado o dos delitos de lesiones imprudentes el TS rechaza la existencia de un concurso real pues en su opinión existe una sola acción que produce dos resultados. Afirma que cuando a consecuencia de una infracción del deber de cuidado se producen diversos resultados, en estos casos se da lugar a la aplicación de la teoría del concurso. Y si existe una unidad de acción, es decir si mediante la misma conducta se producen varios resultados tipificados individualmente, existirá un supuesto de concurso ideal previsto en el artículo 77. Para el TS estamos ante un concurso ideal de dos diferentes imprudencias del artículo 152.1.2 del CP. Una lesión respecto de la madre y otra lesión respecto de la hija, ambas por imprudencia.

5. EL PROBLEMA DEL INJUSTO IMPRUDENTE EN EL DELITO DE LESIONES

Como hemos observado en una primera instancia, la AP recurre a la imputación objetiva en particular al criterio del fin de protección de la norma para descartar la imputación al acusado de un delito de lesiones imprudente respecto al contagio producido en la madre de la menor. En opinión de la doctrina mayoritaria el criterio del fin de protección de la norma se ubica dentro de la teoría de la imputación objetiva del tipo (6) y consiste básicamente en que algunos casos por la falta de la realización del riesgo no permitido, la concreta forma de producción del resultado no es imputable al sujeto porque el fin de protección de la norma no lo abarcaba (7). La utilidad se constata sobre todo para aquellos casos de concurrencia de riesgos típicos y riesgos permitidos ya que será necesario constatar que el resultado es

(6) GIMBERNAT ORDEIG, ADPCP, p. 5. Acerca de su función véase CORCOY BIDASOLO, 2005, pp. 565 ss. Si bien su ubicación no suscita mayores divisiones en la doctrina, la función que cumple no está exenta de polémica. Véase al respecto REYES ALVARADO, 1996, pp. 209 ss.

(7) ROXIN, 2006, p. 391.

la realización de un riesgo típico (8), o como se ha dicho en general por doctrina que la producción de algunos resultados no son reconducibles al riesgo creado por el autor sino que a otros riesgos que por no estar contemplados por la norma no le son imputables al comportamiento imprudente del sujeto (9). De acuerdo con este criterio es en definitiva otro riesgo, no contemplado por la norma, el que se ha materializado en el resultado. Aun cuando ese riesgo provenga del comportamiento del sujeto, al ser un riesgo no que no está abarcado por la prohibición normativa en concreto no le es imputable al sujeto (10). Ya no se trata de si el resultado puede ser atribuido a un comportamiento riesgoso del sujeto que superase lo permitido, que corresponde por lo demás a la estructura general de la imputación objetiva del comportamiento, sino que se trata de que lo producido en concreto sea la realización de un comportamiento desaprobado por la norma penal y que justamente por su desaprobación buscaba evitar a través del mensaje comunicativo que dirige al destinatario de la norma. Recurriendo al criterio anteriormente señalado la AP sostiene que la norma penal del delito de lesiones pretende evitar sólo determinados comportamientos que por su peligrosidad sean idóneos para producir unos resultados que se quieren evitar y cuando el resultado producido en concreto no es uno de los que busca evitar a través de su prohibición por encontrarse fuera del ámbito de protección de la norma debe negarse la imputación de ese resultado al comportamiento del sujeto.

En consideración a esto último puede concluirse *a priori* que para la AP el resultado de contagio del VIH por la rotura de un medio de protección idóneo no es un resultado imputable al comportamiento del sujeto. Es decir, que no sería parte de la finalidad de la norma del delito de lesiones la producción de contagio imputable a cualquier comportamiento peligroso, sino sólo es imputable a determinadas conductas desaprobadas que por superar el riesgo permitido se transforman en un uso prohibido de la libertad de organización de la propia esfera y que para el caso concreto enjuiciado el acusado al mantener contactos sexuales utilizando profilácticos creaba un riesgo que está fuera del ámbito de protección de la norma aun cuando se produjese igualmente el resultado de contagio. El comportamiento del sujeto en

(8) FEIJOO SÁNCHEZ, 2002, p. 71.

(9) BACIGALUPO, 1999, p. 281; CUELLO CONTRERAS, 2009, p. 397; JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 308; MARTÍNEZ ESCAMILLA, 1992, p. 261; STRATENWERTH, 2005, p. 137; Crítico respecto al aporte del criterio del fin de protección de la norma FRISCH, 2004, pp. 80 ss. También crítico respecto a la terminología JAKOBS, 1997, p. 274.

(10) MARTÍNEZ ESCAMILLA, 1992, p. 261.

el caso de las resoluciones que se comentan no era uno desaprobado ni por lo tanto imputable a juicio de la AP.

En este sentido hasta donde veo lo que en el fondo se deduce de los razonamientos de la AP es que el riesgo que existe al mantener un contacto sexual con un medio de protección idóneo para contener dicho peligro de contagio no es *per se* un comportamiento que busque prohibir la norma a través del delito de lesiones, de hecho cuando la *lex artis* (protocolos médicos en este caso) recomienda al portador de VIH usar el preservativo como medio de contención del riesgo de contagio, su utilización modificaría el comportamiento del sujeto, el cual pasaría a ser un comportamiento que sí cumple con el deber de cuidado (si utiliza el medio de protección) a ser uno que infringe ese deber de cuidado o incluso a ser una conducta con dolo eventual (si no utiliza el medio de protección idóneo para contener el riesgo de contagio).

Evidentemente no se trata de evitar todo contacto social, sino de permitirlos siempre que cada sujeto mantenga su esfera de organización bajo el riesgo permitido. En este sentido el resultado de contagio del VIH cuando se ha utilizado un medio de protección sería consecuencia de un riesgo permitido que acompaña siempre a actividades de por sí peligrosas, como lo son por ejemplo los contactos sexuales con un portador de una enfermedad de transmisión sexual como el VIH. El fin de la norma no es prohibirle a los portadores del VIH cualquier contacto sexual del que resulte un contagio, sino prohibir aquellos contactos que superen un nivel de riesgo tolerado, el cual sólo viene dado, al menos así lo entiende la AP, por el no uso del preservativo como medio de protección idóneo de control del riesgo.

No obstante la solución a la que llega la AP aplicando el criterio del fin de protección de la norma es bastante discutible. Efectivamente no se puede pretender prohibir cualquier clase de comportamiento en determinados contactos sociales que conllevan un cierto peligro inherente, como las relaciones íntimas en que uno de los participantes es portador de un virus que provoca lesiones de significativa relevancia para la salud de otro e incluso la muerte en algunos casos, pero no veo que sea tan claro descartar la imputación objetiva tal como lo hace la AP recurriendo sin más al argumento del fin de protección de la norma ya que justamente el resultado del contagio que finalmente se produjo es prueba clara del riesgo inherente de la acción que realiza el sujeto acusado portador del virus y sobre todo cuando fue el riesgo creado por esa concreta acción el que se materializó en el resultado. En otras

palabras aquí el resultado si bien se produjo de manera no-inmediata sí se produjo de manera directa del riesgo creado por el autor (11). De acuerdo con esto cabe aquí preguntarse si ¿no es el mal uso del preservativo en los contactos sexuales por parte de un portador de VIH una conducta también creadora de un riesgo que efectivamente busca evitar la norma del delito de lesiones? Si un resultado sólo es típico si supone la realización de un riesgo típico, pero no de un «riesgo permitido acompañante» (12) debe uno delimitar si el uso del medio de protección que justamente busca contener ese riesgo, (de entrada al parecer no típico si se trata de un uso correcto de un medio idóneo de control del riesgo), se transforma en un riesgo no permitido por un uso defectuoso. En el sentido de si el uso negligente y reiterado con un previsible contagio del virus es solamente un riesgo permitido acompañante o por el contrario un riesgo típico relevante, previsible e imputable.

Es correcto entonces descartar la imputación de un resultado de contagio cuando el sujeto portador del VIH en su comportamiento no sólo tome los resguardos a través del uso del medio de protección, sino que también que dicho uso no sea negligente. De acuerdo con esto el riesgo de contagio de una enfermedad como el VIH a otra persona sólo se mantiene dentro de lo permitido si junto con la utilización de un medio idóneo de control de dicho riesgo, la concreta utilización es también idónea o adecuada para que el riesgo siga manteniéndose en un nivel permitido pues si no el uso defectuoso del medio de protección hace que el riesgo siga siendo no permitido.

Si para imputar el resultado producido es necesario además de que el riesgo que se realizó en el resultado sea uno de los riesgos que la norma a través del deber objetivo de cuidado busca evitar (13), entonces el solo uso de un medio de protección como el preservativo no es suficiente para afirmar que se cumple con el deber objetivo de cuidado. En otras palabras tanto la no utilización como su negligente uso de manera continuada pueden formar parte de aquellos comportamientos que la norma efectivamente busca evitar por considerar que corresponde a la creación de un riesgo no permitido evitable e imputable.

En opinión del TS la conducta imprudente que es objeto de reproche consiste en el fondo en el comportamiento descuidado del sujeto, en el sentido de no poner la diligencia necesaria para evitar esas roturas que son susceptibles de crear un riesgo real y efectivo. Son estas

(11) SILVA SÁNCHEZ, 1998, pp. 64 y 65.

(12) Véase FEIJOO SÁNCHEZ, 2002, p. 69.

(13) CORCOY BIDASOLO, 2005, p. 574.

cuatro o cinco roturas del medio de protección para contener el riesgo de contagio del VIH lo que en opinión del Tribunal configuran un comportamiento defectuoso del acusado que da lugar al injusto imprudente por el que se le condena.

Luego de analizar el enfoque del TS cabe preguntarse cómo se hubiese resuelto si se demostrase que el contagio del virus, que es el objeto del análisis en sede de tipicidad, se hubiera producido con el primer contacto sexual en que se rompió el medio de protección que utilizó el sujeto portador del virus. ¿Podría entonces mantenerse la estructura de la imprudencia que sostiene el TS frente a una única y primera rotura que hubiera producido igualmente la lesión típica? En otras palabras ¿cuántas roturas del medio de protección configuran una conducta imprudente penalmente imputable como contagio del virus, dos, tres, cuatro? La cuestión es que el TS parece presumir que el contagio del virus se produjo en la cuarta o quinta ocasión en que se rompió el preservativo y esto es lo que representa la base de su juicio de reproche. Aun así hay que contar con la posibilidad de que este, el medio de protección, se rompa en alguna ocasión ya que incluso con un uso correcto de él es posible que se dé una rotura.

Relacionado con este último punto surgen necesariamente algunas interrogantes de significativa importancia para adscribir la responsabilidad basada en la configuración de un injusto imprudente. Una de ellas es la referida al deber de cuidado exigido a un portador del VIH en sus contactos sexuales, ya que de acuerdo al TS no es suficiente el mero uso de preservativo, para la AP por el contrario sí es suficiente con utilizar dicho medio de protección para asegurar el riesgo que deriva de mantener un contacto sexual con un portador del VIH, entre otros argumentos porque así lo disponen los protocolos médicos que en definitiva establecen el deber de cuidado exigible para este caso. Por último ¿Mantendría el TS la imputación de un delito imprudente si se hubiese roto el medio de protección una sola vez y el resultado del contagio y concepción de la menor también infectada se hubiese dado igualmente? En este sentido parece asomar en el fondo una culpabilidad por la conducción de la vida sexual del acusado, en referencia al conjunto de actos que sumados configuran un comportamiento descuidado del portador del virus.

En el fondo el TS le reprocha al sujeto una falta de diligencia en evitar todas esas roturas que crean un riesgo que con única rotura puede ser en principio un riesgo insignificante, pero que cuando esta defectuosa actuación aislada del sujeto se transforma en una constante, crea un riesgo que deja de ser insignificante y se vuelve rele-

vante para el Derecho ya que aumenta significativamente la probabilidad de contagio.

No obstante y aun cuando no se sabe causalmente en cuál de todos los contactos se produjo el contagio del virus, normativamente sí se sabe con seguridad que la negligente utilización del medio de protección en alguno de ellos da lugar a un riesgo jurídico suficientemente desaprobado imputable al sujeto. En otras palabras, el sujeto que utiliza defectuosamente un medio de protección que tiene por objetivo controlar un riesgo jurídico desaprobado está en el fondo actuando por sobre los límites de su libertad de actuación y justamente porque dicha conducta está desaprobada le es por tanto imputable (14). Siendo además objetivamente previsible que por una utilización defectuosa del medio de protección de manera continuada se cree un riesgo de contagio típico a efecto del delito de lesiones.

6. EL CONTAGIO DE LA HIJA COMO SUPUESTO DE LESIÓN TÍPICA

Sin un mayor análisis estructural de la aplicación de los presupuestos que requiere la imputación objetiva de todo delito, el TS afirma la existencia de unas lesiones imprudentes respecto a la hija del acusado que fruto de las relaciones sexuales con la madre, nace portadora del VIH. La cuestión de la existencia de los requisitos necesarios para afirmar la tipicidad de la conducta respecto a la hija es en principio discutible, sobre todo porque la AP rechaza la imputación al tipo objetivo por faltar el objeto de la acción que consiste en ese «otro» que señala el delito de lesiones.

La norma del 149 del Código Penal señala literalmente que comete un delito «el que lesiona a otro...». Esto quiere decir que se castigará con la pena correspondiente a quien provoque en otro un resultado que afecte a su salud. Resulta que la acción en el caso analizado es el contagio que realiza el padre a la madre, y representa al mismo tiempo para el TS la acción de contagio del delito de lesiones respecto de la menor. Lo singular en este caso es que en el momento de la acción del sujeto (la relación sexual que concibe a la hija y que transmite el virus a la madre) no existe efectivamente ningún sujeto pasivo más que la madre, ya que no se ha producido el nacimiento de la hija para afirmar la existencia de ese «otro» al menos no para la protección penal que brindan los delitos contra la vida humana independiente, pues según

(14) Véase FRISCH/ROBLES PLANAS, 2004, p. 104.

la opinión mayoritaria (15) es con el nacimiento cuando comienza la vida humana independiente que es en el fondo el objeto de tutela penal en los delitos de lesiones.

Para el TS el contagio con la menor está conectado causalmente con la conducta negligente del acusado y ese resultado de contagio a la hija se produce de manera indirecta a través del contagio a la madre y a través de esta última un contagio con motivo del parto (transmisión vertical) conectado siempre causalmente con el acusado. De acuerdo con esto le es imputable al acusado el resultado lesivo de contagio de la menor. Sin embargo la dogmática penal hace ya bastante tiempo que sostiene que no es suficiente sólo el criterio de la causalidad para atribuir responsabilidad penal, sino que debe introducirse además criterios normativos. En este sentido parece bastante claro que existe una conexión causal a modo de «cadena de contagio» desde el sujeto hasta la menor, sobre todo si afirmamos que el portador originario del VIH es el padre y se descarta totalmente la posibilidad que haya sido la madre la única que portaba el virus (16). En realidad se puede decir entonces que el padre «ha causado» el contagio de la menor. Sin embargo, y sin perjuicio de la causalidad, para la imputación normativa lo que debe determinarse si el sujeto ha creado un riesgo jurídicamente relevante no sólo para la madre sino que también en este caso para la menor y si subjetivamente la creación de ese riesgo típico (de lesiones para nuestro caso) es dolosa o imprudente.

En realidad la imputación al sujeto de las lesiones producidas a la hija por el contagio del virus no es una cuestión aparentemente sencilla como pudiera pensarse al estudiar la resolución del TS. Este supuesto en concreto, forma parte de aquellos casos problemáticos que se ubican en la denominada dimensión temporal de la imputación objetiva, además de presentarse el problema en que se produce un cambio del «status» jurídico-penal del objeto de la acción (17) y que se presentan por cierto en todos los delitos de resultado. En el caso comentado la cuestión radica en el fondo sobre si puede imputarse objetivamente el resultado de la lesión al sujeto que en el momento que realiza la acción (de contagio) el objeto material en que recae esta no existe de manera alguna. De hecho la conducta del sujeto que es

(15) MUÑOZ CONDE, 2010, pp. 32 y 82; FELIP I SABORIT, 2011, p. 30; GÓMEZ MARTÍN, 2011, p. 29; MENDOZA BUERGO, 2005, p. 1604; PEÑARANDA RAMOS, RDPC, p. 228.

(16) En los hechos probados se establece que fue el acusado quien ocasionó el contagio a la madre.

(17) Véase al respecto SILVA SÁNCHEZ, 2001; Recientemente VÁSQUEZ SHIMAJUKO, 2010, Tesis doctoral Universitat Pompeu Fabra.

enjuiciada por el TS se lleva a cabo antes de la existencia efectiva del feto, produciendo los efectos lesivos de una manera diferida en el tiempo, en el sentido de que el resultado lesivo no alcanza al objeto en el momento mismo de la acción, sino que lo hace muy posteriormente y en un período que abarca casi un año a contar desde la acción que realiza el sujeto, de manera además paralela al desarrollo fisiológico de la menor víctima del contagio del virus.

A primera vista y desde un criterio literalista de interpretación de los tipos penales pareciera que si falta el objeto en que recae la acción, el «otro» para el delito de lesiones, falte un elemento del tipo objetivo y por tanto se deba rechazar toda imputación al comportamiento del sujeto. Sin embargo aquí reside justamente el punto de inflexión, es decir, si debemos partir de la base de afirmar la existencia de un principio de coincidencia temporal entre el comportamiento, la acción del sujeto, y la existencia del objeto material que sufre el efecto lesivo de dicho comportamiento peligroso como sucede por ejemplo en el caso comentado.

Aun cuando para un sector mayoritario siga faltando un elemento de la tipicidad negando por tanto la imputación, otro sector ha negando la necesidad de que al tiempo de la acción deba existir necesariamente el objeto de la acción. En este último sentido se señala que lo único cuya presencia se requiere en el momento de la acción es la pretensión de vigencia del bien jurídico (o de la expectativa), el riesgo penalmente relevante y los elementos de la imputación subjetiva pues la existencia del objeto de la acción es condición de la imputación del resultado lesivo, no de la apreciación de un comportamiento típico respecto al mismo, o en otras palabras, la presencia efectiva del objeto de la acción pertenece al desvalor del resultado, no al desvalor de acción (18). De hecho para aquellos casos de comportamiento típico en que finalmente el objeto de la acción nunca llegue a existir (siempre que *ex ante* su existencia fuera intersubjetivamente probable) se afirma que se tratará de una tentativa inidónea por inidoneidad del objeto (19). En esta línea de análisis y frente a la distinción de dos

(18) SILVA SÁNCHEZ, 2001, pp. 762 y 763. En esta misma línea paradigmático resulta el ejemplo de Feinberg acerca de las actuaciones llevadas a cabo incluso antes de la concepción como el de aquel sujeto que oculta en el armario de un jardín de niños una bomba con un mecanismo de tiempo para que esta explote varios años después, de modo que en el momento de la acción los niños que posteriormente resultaron afectados no habían sido ni siquiera concebidos. Y similar es también el caso en que a una mujer se le realiza una transfusión de sangre la cual estaba infectada con sífilis y posteriormente se embaraza y el menor nace contagiado producto del primer contagio a la madre. Al respecto Véase FEINBERG, 1984, p. 97.

(19) SILVA SÁNCHEZ, 2001, p. 763.

niveles que se hace de la imputación objetiva, imputación objetiva del comportamiento por un lado e imputación objetiva del resultado por el otro, el problema de la imputación de las acciones con resultados tardíos halla su correcto tratamiento en estricto rigor en el primer nivel de imputación, es decir, en la imputación objetiva del comportamiento (20).

En base a lo anterior no se observa un problema que haga decaer la imputación objetiva por faltar el objeto de la acción en el momento en que el sujeto realiza la conducta creadora de un riesgo típico como lo afirma al menos la AP, ya que como se ha señalado para un sector de la doctrina lo único preciso que se dé «ex ante» es una conducta de un sujeto que contenga un riesgo jurídico desaprobado que pueda producir el resultado lesivo en el bien jurídico (21). De acuerdo a esto anterior está acertada la solución del TS aunque es bastante cuestionable que este no se halla referido en absoluto a los fundamentos normativos que permiten imputar el delito de lesiones imprudente en que falta el objeto material que recibe la acción lesiva posteriormente al momento en que ella tuvo lugar y por el contrario diera todo lo referente a este último punto por supuesto y solo señalara que existe una pura conexión causal.

Sin embargo la doctrina anterior (22) ha sido objeto de ciertas críticas, sobre todo bajo el argumento que de sostener tal interpretación se llegaría a la conclusión de que toda agresión al feto que no produzca un resultado en el estado prenatal y sí lo haga en un estado postnatal sería entonces calificada como homicidio (si se produce la muerte en estado postnatal) o lesiones personales (si sólo se trata de una afectación a la salud), es decir, supondría «tratar al ser en gestación igual» que al «ya nacido», en «clara contradicción» a la distinción que hace el Derecho positivo. Por ello sería preferible, para esta posición doctrinal, atender al momento en que la conducta del autor llega a «incidir» en el objeto típico, pues lo fundamental para calificar la infracción es que el objeto material y el bien jurídico sean efectivamente afectados (23). En este sentido, y de acuerdo a esta última doctrina, las lesiones, cualquiera sea el momento en que se produzca (antes o después del nacimiento) y que hayan sido consecuencia de acciones que incidieron sólo durante la fase prenatal deben ser calificadas de lesiones al feto (24).

(20) SILVA SÁNCHEZ, 2001, pp. 762 ss; VÁSQUEZ SHIMAJUKO, 2010, p. 342.

(21) SILVA SÁNCHEZ, 2001, p. 769.

(22) Véase nota al pie núm. 18.

(23) MENDOZA BUERGO, 2005, pp. 1606 y 1607.

(24) MENDOZA BUERGO, 2005, pp. 1607 y 1608.

De acuerdo a esto último no queda libre de críticas la calificación de lesiones de los artículos 147 y siguientes (contra la vida humana independiente) para los hechos cometidos por el acusado sobre la menor ya que si el TS entiende que es el padre (el acusado) el que lesiona, a través del contagio del virus a la menor, no se entiende por qué no pueda entonces apreciar un delito de lesiones al feto ya que antes del nacimiento, la menor ya portaba el VIH aun cuando no desarrollara o no fueran apreciables todas las manifestaciones o efectos propios de la enfermedad.

Desde la postura dominante tanto en Alemania como en España la doctrina postula que lo decisivo para calificar un comportamiento será justamente la cualidad que tenga el objeto material en el momento en que la acción incida perjudicialmente en él (25), bajo esta posición no se presentarían mayores problemas para afirmar que el comportamiento del acusado en el caso que comentamos, antes de constituir lesiones contra la vida humana independiente era un comportamiento ya típico a la luz de las lesiones al feto en relación con el artículo 158 del Código Penal aun cuando la lesión o la causación de la enfermedad continúe desarrollándose tras el nacimiento. Para ello se ha de sostener como un sector de la doctrina lo hace que el contagio de VIH es una lesión desde el primer momento, pese a que sus diversas manifestaciones externas tengan lugar posteriormente (26). En tal sentido la solución más acorde con el anterior punto de vista sería apreciar unas lesiones al feto imprudentes en virtud del artículo 158 del Código Penal. Cabe señalar por último respecto de las lesiones al feto que la embarazada nunca responde por imprudencia ya que los comportamientos imprudentes que provoquen lesiones al feto son punibles sólo respecto de terceros.

7. CONCLUSIONES

Sobre la condena por un delito imprudente del acusado respecto a la madre de la menor y a la luz de las reflexiones anteriores acerca de la configuración del injusto imprudente me parece correcta la decisión del TS. Creo que el uso defectuoso y reiterado del medio de protección cuya función es justamente la de contención del riesgo de contagio del VIH crea ciertamente un riesgo jurídico desaprobado que sí

(25) Por todos y con amplias referencias al respecto Peñaranda Ramos, RDPC, pp. 228 ss.

(26) RAMÓN RIBAS, 2002, p. 266.

está abarcado por el fin de la norma del delito de lesiones. El resultado de contagio y por tanto la lesión a la salud de la víctima es además absolutamente previsible y evitable por una persona en una situación de normalidad motivacional que conoce que es portadora de un virus de significativa peligrosidad para la salud. Por ello el deber objetivo de cuidado no está cumplido sólo con la voluntad de actuar bajo un riesgo permitido a través del uso de un medio de protección idóneo, sino que exige que en concreto el sujeto realice con ese medio de protección una utilización conforme al cuidado exigido por la norma. En el fondo, el comportamiento del sujeto está normativamente desaprobado por las características de periodicidad y reiteración de su actuar imprudente pues este comportamiento da lugar a la creación de un riesgo intolerable ya que ni siquiera la *lex artis* podría aceptar el uso defectuoso del preservativo como un medio aceptable para la contención del riesgo de contagio del VIH.

Respecto al segundo problema que observo en la sentencia comentada y partiendo de la base de que el contagio del VIH es ya una lesión desde el primer momento, aun cuando sus manifestaciones no se desarrollen hasta más tarde, me parece que se deberían descartar las lesiones de los artículos 147 y siguientes y apreciar unas lesiones al feto. El fin de la norma del delito de lesiones no es evitar una afectación de la salud a un sujeto que se encuentra bajo un estatus jurídico penal de protección de la vida dependiente, la norma del delito de lesiones sólo abarca la protección del sujeto que posee vida independiente cuando dicha la acción del autor incida sobre la víctima y esta se encuentre en un estatus de vida independiente.

Cabe señalar que se debe descartar la tesis que apunte a una impunidad como lo sostuvo la resolución de la AP bajo el argumento de que al momento de la acción el objeto material del delito no existía, ya que como se ha sostenido, las normas penales también brindan protección a objetos inexistentes al momento de la acción pero que se hallarán presentes en el momento en que la acción incida sobre ellos (27). Así, el feto inexistente al momento de la acción del acusado llega a existir con posterioridad y en ese estatus jurídico es objeto de protección de los delitos que afecten a su salud. La diferencia que observo con los casos problemáticos de cambio del estatus jurídico del objeto de la acción es que en el caso aquí comentado la afectación o incidencia del riesgo creado por el comportamiento peligroso del acusado se lleva a cabo antes del cambio de estatus de la víctima. La lesión se produce en todos sus ámbitos antes de que la víctima cambie desde un

(27) FARRE TREPAT, ADPCP, p. 346.

estatus de sujeto con vida dependiente a uno con vida independiente, de este modo el hecho de que continúen los efectos o manifestaciones de la lesión produciendo sus efectos posteriormente no debería por ello modificar el título de imputación.

Puede plantearse que el problema en el caso comentado es que en el fondo la conducta del acusado ha creado un doble riesgo, uno para la salud del feto y otro para la salud del sujeto como persona con vida humana independiente, la cuestión es que el riesgo creado y el resultado producido ya son abarcados por las normas que protegen la salud e integridad del feto antes de la protección que otorgan las lesiones que afecten a la vida humana independiente. Creo que esta es una solución estructuralmente correcta sobre todo dada la existencia en el ordenamiento jurídico penal español de los delitos de lesiones al feto cuya función es justamente la protección de la salud del feto. Si no existieren estas normas que sancionan la afectación de la salud al feto evidentemente sería (desde el punto de vista valorativo) bastante reprochable dejar sin sanción al sujeto que afecte al feto incidiendo en su salud pero cuyas consecuencias lesivas se manifiesten una vez nacido.

8. BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, 2.^a ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
- CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2.^a ed., B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2005.
- CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal español. Parte general*, vol. II, Dykinson, Madrid, 2009.
- FARRE TREPAT, «Sobre el concepto de aborto y su delimitación de los delitos contra la vida humana independiente. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1985)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 1990*, enero-abril, pp. 337-355.
- FEJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva en Derecho Penal*, Grijley, Lima, 2002.
- FELIP I SABORIT, «El Aborto», en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, 3.^a ed., Atelier, Barcelona, 2011.
- FEINBERG, *Harm to others*, vol. I, Oxford University Press, New York, 1984.
- FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, traducción española de CUELLO CONTRERAS y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.
- FRISCH/ROBLES PLANAS, *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho Penal*, Atelier, Barcelona, 2004.

- GIMBERNAT ORDEIG, «Fin de protección de la norma e imputación objetiva», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 2008*, Tomo LXI, Fascículo/Mes 1, pp. 5-30.
- GÓMEZ MARTÍN, «Delitos contra la vida humana independiente» en CORCOY BIDASOLO (dir.), *Derecho Penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- JAKOBS, *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.^a ed., traducción española de CUELLO CONTRERAS y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, 5.^a ed., traducción española de OLMEDO CARDENETE, Comares, Granada, 2002.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1992.
- MENDOZA BUERGO, «La delimitación del ámbito de aplicación del delito de lesiones al feto en el sistema de código penal de protección de la salud y la vida», en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Aranzadi, Navarra, 2005.
- MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte especial*, 18.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- PEÑARANDA RAMOS, «La protección de la vida y la salud humanas entre sus fases prenatal y postnatal de desarrollo», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.^a época, núm. 11, enero 2003, pp. 165-247, 2003.
- RAMÓN RIBAS, *El delito de lesiones al feto. Incidencia en el sistema de tutela penal de la vida y la salud*, Comares, Granada, 2002.
- REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, 2.^a ed., Temis, Santa fe de Bogotá, 1996.
- ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4.^a ed., t. I, Verlag C.H. Beck, München, 2006.
- SCHÜNEMANN, «Problemas jurídico-penales relacionados con el SIDA», en MIR PUIG (ed.), *Problemas jurídico penales del Sida*, traducción al castellano de Santiago Mir Puig, Bosch, Barcelona, 1993.
- SILVA SÁNCHEZ, «La dimensión temporal del delito y los cambios de “status” jurídico-penal del objeto de la acción», en QUINTERO/MORALES (coord.), *El nuevo Derecho penal Español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Navarra, 2001.
- «Sobre la relevancia jurídico-penal de la no-inmediatez en la producción del resultado», en *Consideraciones sobre la teoría del delito*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.
- STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general. El hecho punible*, t. I, traducción al castellano de Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti, Aranzadi, Navarra, 2005.
- VÁSQUEZ SHIMAJUKO, *La imputación objetiva de los resultados tardíos. Acerca de la dimensión temporal de la imputación objetiva*, Tesis doctoral Universitat Pompeu Fabra, 2010.

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

GEMA MARTÍNEZ GALINDO

Doctora en Derecho
Abogada

CONSTITUCIÓN

ARTÍCULO 14

Derecho a la igualdad en la aplicación de la ley.

«No toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del artículo 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable» (STC 120/2010, FJ 3, con cita, entre otras, de la STC 87/2009, de 20 de abril, FJ 7).

(STC 5/2011, de 14 de febrero. Recurso de amparo 11684/2006. Ponente. D.^a Elisa Pérez Vera. «BOE» 15-3-2011).

ARTÍCULO 17.4

Derecho a la libertad personal. Detención judicial.

«Consistiendo la detención judicial en una medida cautelar limitativa de la libertad personal que puede adoptar la autoridad judicial dentro del marco de un proceso penal, una de las exigencias necesarias para su constitucionalidad es que se exprese a través de una resolución judicial debidamente motivada en que se ponga de manifiesto el presupuesto habilitante de la medida y se pondere adecuadamente la concurrencia del fin constitucionalmente legítimo que justifique la limitación del derecho a la libertad personal. Este fin legitimador es en el caso de la detención judicial, conforme al ya señalado fin general legitimador de todas las medidas cautelares de naturaleza personal y en los términos específicamente previstos en el artículo 494, en relación con el artículo 492 LECrim, para esta medida cautelar, la concurrencia de circunstancias del hecho que hicieran presumir que la persona objeto de la medida no

comparecerá cuando fuere llamado por la autoridad judicial. Este deber de motivación, que en cualquier caso es ineludible, sin embargo, como es obvio, tiene una diferente exigencia de intensidad según la naturaleza, incidencia y prolongación temporal de la medida cautelar en el derecho a la libertad personal. De ese modo, si bien su intensidad es máxima en los supuestos de prisión provisional, puede ser menor, pero nunca desaparece, en los casos de detención judicial en que, por su propia previsión legal, es una medida limitada temporalmente a 72 horas, tras la cual el propio órgano judicial debe volver a pronunciarse bien para elevar la situación de detención a prisión bien para dejarla sin efecto (art. 497 LECrim)»

(STC 179/2011, de 21 de noviembre. Recurso de amparo núm. 9204/2006. Ponente: D. Pablo Pérez Tremps. «BOE» de 21-12-2011).

Derecho a la libertad personal. Plazo de la detención judicial.

«El objeto de análisis es una detención que ya desde el comienzo fue acordada por la autoridad judicial, por lo que la regulación de su plazo máximo absoluto son las 72 horas previstas en el artículo 497 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) y no las referidas en el artículo 17.2 CE. En efecto, a pesar de que en este precepto constitucional aparece genéricamente la mención de detención preventiva, su ámbito de aplicación no alcanza a las detenciones acordadas por una autoridad judicial (así ya STC 37/1996, de 11 de marzo, FJ 4), como se deriva claramente de la circunstancia de que ese mismo precepto establece que antes del transcurso de dicho plazo el detenido debe ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial. La detención judicial, por tanto, cuenta con un plazo máximo de 72 horas previsto legalmente en el artículo 497 LECrim en aplicación de la remisión a la ley prevista en el artículo 17.1 CE y no el constitucionalizado en el artículo 17.2 CE.(.../...). El párrafo primero del artículo 497 LECrim establece el momento de la entrega del detenido al Juez como momento inicial para el cómputo del plazo para que la autoridad judicial regularice la situación del detenido, respondiendo a la lógica de que esa puesta a disposición judicial trae causa en una previa situación de detención practicada por un particular o por una autoridad o agente de la policía judicial y de que, en estos casos, la entrega a la autoridad judicial actúa como garantía judicial a posteriori de la libertad personal del detenido. Por el contrario, la detención judicial regulada en el párrafo segundo del artículo 497 LECrim es una privación de libertad que no trae causa de una decisión ajena a la propia autoridad judicial y, por tanto, la intervención de la policía no se hace en virtud de una potestad o habilitación legal autónoma, sino que se limita a ser una mera ejecución de la decisión judicial. En ese contexto, y en los términos señalados por el Ministerio Fiscal, tomando en consideración que la única finalidad de la detención realizada por parte de la policía en este caso era la de ejecutar la decisión judicial de detención para ponerlo a su disposición, no resulta posible aplicar como inicio del cómputo temporal uno diferente al de la propia ejecución material de la detención.

Esta conclusión no puede ser objetada con el argumento de que la autoridad judicial no podría adoptar una decisión sobre la situación del detenido si previamente no se le ha hecho entrega material del mismo. Con carácter general, en la medida en que en los casos de detención judicial la policía no deja de ser un mero instrumento de ejecución de lo acordado judicialmente, ya desde el mismo momento de la detención, la autoridad judicial, como no puede ser de otro modo, tiene una plena disponibilidad sobre la situación del detenido.

(.../...)

Por otra parte, la pretensión de que el cómputo del plazo se inicie sólo con la entrega material del detenido a la propia autoridad judicial, implicaría la existencia de un periodo de situación de privación de libertad –la que transcurre entre la ejecución material de la detención judicial por parte de la policía y la efectiva entrega a la autoridad que ordenó la detención– en que a pesar de contarse con un presupuesto habilitante –la orden judicial de detención– sin embargo, no contaría ni con la limitación temporal propia de la detención gubernativa –que no lo es por no haberse decidido la detención por dicha autoridad– ni con la de la detención judicial, por pretenderse excluir de su cómputo. Esto supondría consagrar por vía interpretativa un supuesto de privación de libertad de tiempo potencialmente ilimitado y, por ello, lesivo del artículo 17.1 CE. Por tanto, desde la perspectiva del artículo 17.1 CE, el plazo de 72 horas a que, por remisión, se refiere el párrafo segundo del artículo 497 LECrim en los supuestos de detención acordada por autoridad judicial, debe computarse desde que se verifica la ejecución material de la decisión de detención».

(STC 180/2011, de 21 de noviembre. Recurso de amparo núm. 9357/2006. Ponente: D. Pablo Pérez Tremps. «BOE» de 21-12-2011).

Habeas corpus.

«Este Tribunal ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en reiteradas ocasiones sobre el reconocimiento constitucional del procedimiento de habeas corpus previsto en el artículo 17.4 CE y en qué medida puede verse vulnerado este precepto por resoluciones judiciales de inadmisión a trámite. Según esta doctrina, este procedimiento, aun siendo un proceso ágil y sencillo de cognición limitada, no puede verse reducido en su calidad o intensidad, por lo que es necesario que el control judicial de las privaciones de libertad que se realicen a su amparo sea plenamente efectivo (entre otras, SSTC 93/2006, de 27 de marzo, FJ 3 y 165/2007, de 2 de julio, FJ 4). Por ello, hemos afirmado que la esencia de este proceso consiste precisamente en que “el Juez compruebe personalmente la situación de la persona que pida el control judicial, siempre que se encuentre efectivamente detenida”, es decir “haber el cuerpo de quien se encuentre detenido para ofrecerle una oportunidad de hacerse oír, y ofrecer las alegaciones y pruebas” (entre las últimas, STC 37/2008, de 25 de febrero, FJ 3)».

(STC 88/2011, de 6 de junio. Recurso de amparo núm. 6732/2009. Ponente: D. Luis Ignacio Ortega Álvarez. «BOE» de 4-07-2011).

ARTÍCULO 18.1

Derecho a la intimidad personal

«El derecho a la intimidad personal, en cuanto derivación de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana (SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3; 186/2000, de 10 de julio, FJ 5; 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 4; y 159/2009, de 29 de junio, FJ 3). De forma que «lo que el artículo 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida

privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio» (SSTC 127/2003, de 30 de junio, FJ 7 y 89/2006, de 27 de marzo, FJ 5).

(.../...). En relación a la necesidad de autorización judicial, el criterio general, conforme a nuestra jurisprudencia, es que sólo pueden llevarse a cabo injerencias en el ámbito de este derecho fundamental mediante la preceptiva resolución judicial motivada que se adecue al principio de proporcionalidad (SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4; 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6; y 233/2005, de 26 de septiembre, FJ 4). (.../...) El cúmulo de la información que se almacena por su titular en un ordenador personal, entre otros datos sobre su vida privada y profesional (en forma de documentos, carpetas, fotografías, vídeos, etc.) –por lo que sus funciones podrían equipararse a los de una agenda electrónica–, no sólo forma parte de este mismo ámbito, sino que además a través de su observación por los demás pueden descubrirse aspectos de la esfera más íntima del ser humano».

(STC 173/2011, de 7 de noviembre. Recurso de amparo 5928/2009. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo. «BOE» 7-12-2011).

ARTÍCULO 18.3

Derecho al secreto de las comunicaciones. Internos en centros penitenciarios.

«En la STC 106/2001, de 23 de abril, FJ 6, hemos afirmado que “el marco normativo constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones de que puede gozar una persona interna en un centro penitenciario viene determinado, no sólo por lo dispuesto en el artículo 18.3 CE –que garantiza el derecho al secreto de las comunicaciones, salvo resolución judicial–, sino también y primordialmente por el artículo 25.2 CE, precepto que en su inciso segundo establece que ‘el condenado a pena de prisión que estuviera cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria’. Así pues, la persona reclusa en un centro penitenciario goza, en principio, del derecho al secreto de las comunicaciones, aunque puede verse afectada por las limitaciones expresamente mencionadas en el artículo 25.2 CE. En los supuestos como el presente, en los que ni el contenido del fallo condenatorio, ni el sentido de la pena, han servido de base para la limitación del derecho del recurrente en amparo al secreto de las comunicaciones, es preciso contemplar las restricciones previstas en la legislación penitenciaria, al objeto de analizar su aplicación a la luz de los artículos 18.3 y 25.2 CE. (SSTC 170/1996, de 29 de octubre, FJ 4; 175/1997, de 27 de octubre, FJ 2; 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 2; 175/2000, de 26 de junio, FFJJ 2 y 3)”.

Por lo tanto, el contenido del derecho al secreto de las comunicaciones de las personas internas en centros penitenciarios no es, sin más, el constitucionalmente declarado en los términos del artículo 18.3 CE, sino, en virtud de la interpretación sistemática de este precepto en relación con el artículo 25.2 CE, el que resulte de su configuración por el legislador, en el supuesto de que por la ley penitenciaria se hayan dispuesto limitaciones específicas del mismo y sin perjuicio de que esos límites se encuentren, a su vez, sometidos a sus propios presupuestos de constitucionalidad».

(STC 15/2011, de 28 de febrero. Recurso de amparo núm. 7832/2007. Ponente: D. Javier Delgado Barrio. «BOE» 29-03-2011).

Intervención de las comunicaciones telefónicas.

«En relación con el derecho al secreto de las comunicaciones este Tribunal ha venido reiterando que las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales que autorizan la intervención telefónica o su prórroga forman parte del contenido esencial del artículo 18.3 CE. Éstas deben explicitar, en el momento de la adopción de la medida, todos los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior, en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida. Así, la resolución judicial debe exteriorizar los datos o hechos objetivos que pueden considerarse indicios de la existencia del delito y de la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo, indicios que han de ser algo más que simples sospechas, pues han de estar fundados en alguna clase de datos objetivos (SSTC 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2, 184/2003, de 23 de octubre, FJ 9; 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 4; 70/2010, de 18 de octubre, FJ 2), así como determinar con precisión el número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas, el tiempo de duración de la intervención, quiénes han de llevarla a cabo y cómo, y los periodos en los que deba darse cuenta al Juez (por todas, SSTC 261/2005, de 24 de octubre, FJ 2, y 219/2009, de 21 de diciembre, FJ 4). No obstante, aunque lo deseable es que la expresión de los indicios objetivos que justifiquen la intervención se exteriorice directamente en la resolución judicial, ésta, según una consolidada doctrina de este Tribunal, puede considerarse suficientemente motivada si, integrada incluso con la solicitud policial a la que puede remitirse, contiene los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva (SSTC 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; 184/2003, de 23 de octubre, FFJJ 9 y 11; 261/2005, de 24 de octubre, FJ 2; y 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 4).

(.../...). Todavía dentro del derecho al secreto de las comunicaciones (.../...) hemos de rechazar también la queja referida a la falta de notificación al Ministerio Fiscal de los Autos que acuerdan la intervención de las comunicaciones telefónicas, en aplicación de la doctrina sentada por la STC 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 7 (luego recordada en otras SSTC posteriores, como la 219/2009, de 21 de diciembre, FJ 6; 220/2009, de 21 de diciembre, FJ 6, y 26/2010, de 27 de abril, FJ 5).

(STC 25/2011, de 14 de marzo. Recurso de amparo núm. 1131/2009. Ponente: D.^a Elisa Pérez Vera. «BOE» de 11-04-2011).

ARTÍCULO 20.1

Derecho a la libertad de expresión. Exclusión de expresiones vejatorias, ofensivas u oprobiosas.

«Nuestro análisis irá dirigido a comprobar si en los escritos presentados por el actor ante los órganos administrativos, se han incluido expresiones “formalmente injuriosas” (SSTC 107/1988, de 8 de junio, FJ 4; 105/1990, de 6 de junio, FJ 8; 200/1998, de 14 de octubre, FJ 5; y 192/1999, de 25 de octubre, FJ 3), o “absolutamente vejatorias” (SSTC 204/2001, de 15 de octubre, FJ 4; 174/2006, de 5 de junio, FJ 4; y 9/2007, de 15 de enero, FJ 4), pues, como hemos venido reiterando, “la Constitución no reconoce en modo alguno (ni en ese ni en ningún otro precepto) un pretendido derecho al insulto. La Constitución no veda, en cualesquiera circunstancias, el uso de expresiones hirientes, molestas o desabridas, pero de la protección constitucional que otorga el artículo 20.1 a)

CE están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias; es decir, aquéllas que, dadas las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate (SSTC 107/1988, de 8 de junio; 1/1998, de 12 de enero; 200/1998, de 14 de octubre; 180/1999, de 11 de octubre; 192/1999, de 25 de octubre; 6/2000, de 17 de enero; 110/2000, de 5 de mayo; y 49/2001, de 26 de febrero)” (SSTC 204/2001, de 15 de octubre, FJ 4, y 278/2005, de 7 de noviembre, FJ 5)».

(STC 41/2011, de 11 de abril. Recurso de amparo núm. 4523/2006. Ponente: D. Javier Delgado Barrio. «BOE» 10-05-2011).

ARTÍCULO 24.1

Derecho a la tutela judicial efectiva. Acceso a la jurisdicción. Acción popular.

«Este Tribunal tiene declarado que “entre los derechos e intereses legítimos para los que se tiene el derecho a recabar la tutela judicial efectiva, figura el derecho a ejercitar la acción pública consagrado en el artículo 125 CE (SSTC 62/1983, 147/1985 y 40/1994). Por ello, el rechazo de la acción basado en una interpretación errónea o arbitraria de las condiciones establecidas para su ejercicio comportaría la vulneración del derecho reconocido en el artículo 24.1 CE” (STC 326/1994, de 12 de diciembre, FJ 2). Ahora bien, también hemos declarado que ni el artículo 125 CE ni el artículo 24.1 CE imponen el establecimiento de la acción popular en todo tipo de procesos (SSTC 64/1999, de 26 de abril, FJ 5; 81/1999, de 10 de mayo, FJ 2; 280/2000, de 27 de noviembre, FJ 3), sino que ésta es una decisión que corresponde al legislador, de modo que si la ley establece la acción popular en un determinado proceso, como la Ley de Enjuiciamiento Criminal hace para el proceso penal, la interpretación restrictiva que los órganos judiciales realicen sobre las condiciones de su ejercicio resultará lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión si no respeta el principio pro actione que rige en el ámbito del derecho de acceso a la jurisdicción “para resolver, precisamente, los problemas del enjuiciamiento que puedan recibir las normas obstaculizadoras o impeditivas del acceso a la jurisdicción” (por todas STC 280/2000, de 27 de noviembre, FJ 3).

Respecto del establecimiento de la acción popular se pronunció el Tribunal en la STC 64/1999, de 26 de abril, FJ 3, declarando que el propio título constitucional donde se encuentra la referencia a la acción popular (art. 125 CE) introduce, “como elemento de su supuesto, el de que sea la ley la que haya de determinar los procesos penales en los que deba existir”. ... En el mismo fundamento jurídico 3 de la STC 64/1999, de 26 de abril, el Tribunal sintetizó su doctrina declarando que “si no hay consagración explícita de la acción popular en la ley, directa o por remisión, tal acción no existe en el ámbito de que se trate, y esa inexistencia en modo alguno suscita problema alguno de constitucionalidad”».

(Sentencia 67/2011, de 16 de mayo. Recurso de amparo núm. 984/2008. Ponente: D. Luis Ignacio Ortega Álvarez. «BOE» de 11-06-2011).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Acceso a los recursos.

«La admisión de un recurso y la verificación de la concurrencia de los requisitos materiales y procesales a que está sujeto constituye, en principio, una cuestión de

legalidad ordinaria que corresponde determinar a los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que les confiere en exclusiva el artículo 117.3 CE, sin que del artículo 24.1 CE dimane un derecho a obtener en todo caso una decisión sobre el fondo de un recurso interpuesto, que puede ser inadmitido, sin tacha constitucional alguna, por razones formales o materiales. Por ello el control constitucional que este Tribunal puede realizar de las resoluciones judiciales dictadas sobre los presupuestos o requisitos de admisión de los recursos es meramente externo, debiendo limitarse a comprobar si tienen motivación, si han incurrido en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad, únicas circunstancias que pueden determinar la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 37/1995, de 7 de febrero, FJ 5; 46/2004, de 23 de marzo, FJ 4; 150/2004, de 20 de septiembre, FJ 3; 164/2004, de 4 de octubre, FJ 2; 248/2005, de 10 de octubre, FJ 2; 309/2005, de 12 de diciembre, FJ 2; 15/2006, de 16 de enero, FJ 3; 51/2007, de 12 de marzo, FJ 4; 181/2007, de 10 de septiembre, FJ 2; 20/2009, de 26 de enero, FJ 4; y 27/2009, de 26 de enero, FJ 3).

El control por parte de este Tribunal es, si cabe, más limitado en lo referido al recurso de casación. De una parte, porque la resolución judicial que se enjuicia es del Tribunal Supremo, a quien le está conferida la función de interpretar la ley, también, evidentemente, la procesal, con el valor complementario que atribuye a su jurisprudencia el Código Civil (art. 1.6). De otro lado, por la naturaleza particular del recurso de casación, con fundamento en motivos tasados *numerus clausus* y sometido, no sólo a requisitos extrínsecos (tiempo y forma) y a los presupuestos comunes exigibles para los recursos ordinarios, sino a otros intrínsecos, sustantivos, relacionados con el contenido y la viabilidad de la pretensión. Como recurso extraordinario que es, su régimen procesal es más severo por su propia naturaleza (SSTC 248/2005, de 10 de octubre, FJ 2; 309/2005, de 12 de diciembre, FJ 2; y 15/2006, de 16 de enero, FJ 3; y ATC 185/2005, de 9 de mayo)».

(STC 35/2011, de 28 de marzo. Recurso de amparo núm. 1623/2007. Ponente. D. Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» 28-04-2011).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Cosa juzgada. Efectos de los Autos de archivo.

«El principio *non bis in idem*, que en su dimensión material (prohibición de duplicidad de sanciones en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento) hemos considerado, desde la STC 2/1981, de 30 de enero, parte integrante del principio de legalidad en materia sancionadora (art. 25.1 CE), posee también una dimensión procesal (prohibición de duplicidad de procesos sancionadores en esos casos) a la que este Tribunal, desde la STC 159/1987, de 26 de octubre, ha reconocido relevancia constitucional, en conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y a la denominada cosa juzgada material. Como dijimos en la precitada STC 159/1987, FJ 2, “en el ámbito, pues, de lo definitivamente resuelto por un órgano judicial no cabe iniciar –a salvo el remedio extraordinario de la revisión y el subsidiario del amparo constitucional– un nuevo procedimiento, y si así se hiciera se menoscabaría, sin duda, la tutela judicial dispensada por la anterior resolución firme”. Por lo tanto el presupuesto para la aplicación de dicho principio es que se inicie un nuevo procedimiento sancionador por los mismos hechos enjuiciados en otro que ha concluido con una resolución judicial que produzca el efecto de cosa juzgada [SSTC 222/1997, de 4 de diciembre, FJ 4; 2/2003, de 16 de enero, FJ 3 b); y 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 3].

(.../...)

No es ésta la primera ocasión en la que este Tribunal aborda una queja relativa a la supuesta vulneración de la faceta procesal de la prohibición del bis in idem que se derivaría de haberse seguido un proceso penal pese a que con anterioridad se hubiera dictado un Auto de archivo de unas diligencias previas, dictadas en el llamado proceso penal abreviado, como respuesta a una denuncia más o menos genérica de unos hechos semejantes pero con escasa o nula actividad instructora. La respuesta dada en estos casos parte de la doctrina general de este Tribunal en relación con la apreciación de la cosa juzgada por los órganos judiciales, según la cual, la prohibición del bis in idem, invocado por el recurrente, sólo opera respecto de Sentencias o resoluciones firmes con efectos de cosa juzgada material [así, SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3 b); 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 3; 246/2004, de 20 de diciembre, FJ 8; y 60/2008, de 26 de mayo, FJ 9]. Asimismo, recordábamos en esta última Sentencia que «la determinación del alcance que quepa atribuir a la cosa juzgada constituye una cuestión que corresponde a la estricta competencia de los órganos judiciales, por lo que sus decisiones en esta materia sólo son revisables por la justicia constitucional si resultan incongruentes, arbitrarias, irrazonables o incurrir en error patente ya que, en otro caso, el recurso de amparo se convertiría en una nueva instancia (entre las últimas, SSTC 177/2006, de 5 de junio, FJ 3, y 318/2006, de 15 de noviembre, FJ 2). Por otra parte hemos afirmado que igualmente son cuestiones de legalidad ordinaria que, conforme al artículo 117.3 CE, corresponden exclusivamente a los Juzgados y Tribunales, sobre las que este Tribunal sólo puede intervenir con arreglo a los parámetros antes establecidos, las decisiones judiciales sobre si ha de dictarse o no un Auto de sobreseimiento y, si así fuera, con base en qué supuestos de los previstos en la Ley (así, SSTC 63/2002, de 11 de marzo, FJ 3, y 72/2006, de 13 de marzo, FJ 2)».

(.../...)

Una concepción de los Autos de archivo de diligencias previas semejante a la que ponen de manifiesto las resoluciones impugnadas –que atiende sustancialmente a la existencia o no de una instrucción penal en sentido propio– fue avalada en nuestro ATC 264/2002, de 9 de diciembre (FJ 4), al sostener que “no cabe apreciar elementos de arbitrariedad, irrazonabilidad o error en la Sentencia de apelación que, apoyándose en jurisprudencia del Tribunal Supremo, argumenta que el Auto adoptado nada más presentarse la denuncia por la Guardia Civil tras la diligencia de entrada y registro, no es susceptible de producir un efecto de cierre del procedimiento propio de la cosa juzgada”, sin que tengan así la eficacia de cosa juzgada material “las resoluciones judiciales por las que se rechaza una denuncia ni los Autos de sobreseimiento provisional o asimilados, incluso para los casos en que se estime que el hecho no es constitutivo de infracción penal”».

(STC 126/2011, de 18 de julio. Recurso de amparo núm. 6988/2004. Ponente: D. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel. «BOE» 17-8-2011).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Cosa juzgada. Intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes.

«Hemos de comenzar por recordar la doctrina general de este Tribunal al respecto, recogida en la STC 53/2007, de 12 de marzo, FJ 2, conforme a la cual “el principio de invariabilidad, intangibilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes es una consecuencia, tanto del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), como sobre todo del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), habida cuenta de que ‘este derecho asegura a los que han sido parte en un proceso que las resoluciones judiciales definitivas dictadas en el mismo no sean

alteradas o modificadas fuera de los cauces legales establecidos para ello' (SSTC 180/1997, 27 de octubre, FJ 2; 48/1999, 22 de marzo, FJ 2; 218/1999, 29 de noviembre, FJ 2, entre otras), pues si el órgano jurisdiccional modificara una Sentencia fuera del correspondiente recurso establecido al efecto por el legislador, quedaría asimismo vulnerado el derecho a la tutela judicial, puesto que ésta carecería de eficacia si se permitiera reabrir un proceso ya resuelto por resolución firme (SSTC 180/1997, 27 de octubre, FJ 2, y 56/2002, de 11 de marzo, FJ 4, entre otras). Por ello, 'el derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1 CE actúa como límite que impide a los Jueces y Tribunales variar o revisar las resoluciones judiciales definitivas y firmes al margen de los supuestos taxativamente previstos por la ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendieran que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad' (SSTC 48/1999, 22 de marzo, FJ 2, 218/1999, 29 de noviembre, FJ 2, y 115/2005, de 9 de mayo, FJ 4)».

(.../...)

En este sentido, tiene declarado reiteradamente este Tribunal que el principio de intangibilidad de las resoluciones firmes resulta perfectamente compatible con la previsión legal del recurso de aclaración, esto es, con la articulación de un cauce excepcional que posibilita que los órganos judiciales aclaren algún concepto oscuro, suplan cualquier omisión o corrijan algún error material deslizado en sus resoluciones con fuerza de cosa juzgada formal, en la medida en que el derecho a la tutela judicial efectiva no comprende el derecho a beneficiarse de simples errores materiales o de evidentes omisiones en la redacción o transcripción del fallo que puedan deducirse, con toda certeza, del propio texto de la Sentencia (por todas, STC 115/2005, de 9 de mayo, FJ 4). Sin embargo, la doctrina de este Tribunal también ha precisado que, constituyendo la vía aclaratoria una excepción al principio de intangibilidad, este mecanismo ha de entenderse limitado a la función específica reparadora para la que se ha establecido (entre otras, STC 218/1999, 29 de noviembre, FJ 2), así como que la figura de la aclaración debe ser objeto de una rigurosa interpretación restrictiva, tanto por su carácter de excepción frente al principio de inmodificabilidad de las resoluciones judiciales, como por el hecho de que legalmente se autorice que se pueda producir de oficio sin audiencia de las partes, o a instancia de una de ellas sin audiencia de la otra (STC 119/2006, de 24 de abril, FJ 4). En definitiva, nuestra doctrina admite que el cauce del artículo 267 LOPJ, ya en la redacción anterior a la hoy vigente –redactada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre–, permitía salvar omisiones o errores de las resoluciones judiciales que pudieran deducirse con toda certeza del propio texto de las mismas y sin salirse del contexto interpretativo de lo anteriormente manifestado o razonado (SSTC 31/2004, de 4 de marzo, FJ 6; y 49/2004, de 30 de marzo, FJ 2), pero no puede servir ni para poner remedio a una falta de fundamentación jurídica, ni para reinterpretar la Sentencia pretendidamente aclarada o corregida, ni para rectificar errores de Derecho, por más que el órgano judicial sea consciente de los mismos (STC 115/2005, de 9 de mayo, FJ 4)».

(STC 89/2011, de 6 de junio. Recursos de amparo acumulados núms. 9304/2009 y 9458/2009, Ponente: D.ª Elisa Pérez Vera. «BOE» de 4-07-2011).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a obtener una resolución fundada en Derecho.

«Desde la entrada en funcionamiento de este órgano judicial han sido muy reiterados los pronunciamientos que este Tribunal ha debido realizar en relación con la manera en que ejerce el control de legalidad de la función sancionadora de la Admi-

nistración penitenciaria que tiene encomendado. En muchos de esos recursos de amparo hay una queja coincidente de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por el uso de formularios estereotipados en que no se da una respuesta expresa a las diversas invocaciones de los recurrentes, lo que provocó que en todos ellos se otorgara el amparo (así, SSTC 268/2006, de 11 de septiembre, FJ 5; 34/2007, de 12 de febrero, FJ 5; 124/2007, de 21 de mayo, FJ 6; 215/2007, de 8 de octubre, FJ 4; 5/2008, de 21 de enero, FJ 5; 71/2008, de 23 de junio, FJ 6; 77/2008, de 7 de julio, FJ 6; y 156/2009, de 29 de junio, FJ 7). Más en concreto, en todas las Sentencias citadas se recoge expresamente como motivo de otorgamiento del amparo que el órgano judicial a pesar de invocarse por el interno sancionado en el recurso de reforma la eventual vulneración de derechos fundamentales a los que no se daba respuesta en el Auto de resolutorio del recurso de alzada».

(STC 59/2011, de 3 de mayo. Recurso de amparo núm. 3070/2010. Ponente: D. Pablo Pérez Tremps. «BOE» de 25-05-2011).

«Específicamente respecto de la motivación de las resoluciones, este Tribunal (por todas STC 108/2001 de 23 de abril; FFJJ 2 y 3) ha venido declarando que la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. La razón última que sustenta este deber de motivación reside en la sujeción de los jueces al Derecho y en la interdicción de la arbitrariedad del juzgador (art. 117.1 CE), cumpliendo la exigencia de motivación una doble finalidad: de un lado, exteriorizar las reflexiones racionales que han conducido al fallo, potenciando la seguridad jurídica, permitiendo a las partes en el proceso conocer y convenirse de la corrección y justicia de la decisión; de otro, garantizar la posibilidad de control de la resolución por los Tribunales superiores mediante los recursos que procedan, incluido el amparo.... “será el margen de arbitrio judicial del que, en cada caso, goce el Juez para imponer la pena que corresponda al delito cometido, la medida de la motivación constitucionalmente exigible” (STC 108/2001 de 23 de abril; FJ 3)».

(STC 68/2011, de 16 de mayo. Recurso de amparo núm. 1258/2009 Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» de 11-06-2011).

«En una muy reiterada y ya consolidada doctrina, recogida en sus inicios en las SSTC 61/1983, de 11 de julio, FJ 3, y 13/1987, de 5 de febrero, FJ 3, y confirmada últimamente en el FJ 4 de la STC 248/2006, de 24 de julio, ha venido declarando que el derecho a la tutela judicial efectiva incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, por cuanto la motivación de las resoluciones judiciales, aparte de venir impuesta en el artículo 120.3 CE, es una exigencia derivada del artículo 24.1 CE que permite conocer las razones de la decisión que aquéllas contienen y que posibilita su control mediante el sistema de los recursos (entre otras muchas, SSTC 163/2000, de 12 de junio, FJ 3; 187/2000, de 10 de julio, FJ 2; y 214/2000, de 18 de septiembre, FJ 4). La motivación debe contener una fundamentación en Derecho (STC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3).

(.../...). El artículo 24 CE impone entonces, a los órganos judiciales, la obligación de dictar una resolución fundada en Derecho que no puede considerarse cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento, y no fruto de la arbitrariedad (SSTC 61/1983, de 11 de julio; 5/1986, de 21 de enero; 78/1986, de 13 de junio; 116/1986, de 8 de octubre, y 75/1988, de 25 de abril, FJ 3). No basta, pues, con obtener una respuesta motivada, sino que, además, ésta ha tener contenido jurí-

dico y no resultar arbitraria (por todas, SSTC 22/1994, de 27 de enero, FJ 2; 324/1994, de 1 de diciembre, FJ 2; 24/1999, 8 de marzo, FJ 3, y 10/2000, de 17 de enero, FJ 2)».

(STC 182/2011, de 21 de noviembre. Recurso de amparo núm. 1463/2010. Ponente: D.^a Elisa Pérez Vera. «BOE» de 21-2-2011).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Error patente.

«Para que un error llegue a determinar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva es preciso que concurren varios requisitos: 1) En primer lugar, se requiere 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. 2) Es necesario, en segundo lugar, que sea atribuible al órgano judicial, es decir, que no sea imputable a la negligencia de la parte, pues en caso contrario no existirá en sentido estricto una vulneración del derecho fundamental, tal y como presupone el artículo 44.1 b) LOTC. 3) En tercer lugar, ha de ser de carácter eminentemente fáctico, además de patente, es decir, inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales por conducir a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia. y 4) Ha de producir, por último, efectos negativos en la esfera del ciudadano, de modo que las meras inexactitudes que no produzcan efectos para las partes carecen de relevancia constitucional» (STC 29/2010, de 27 de abril, FJ 4)».

(STC 2/2011, de 14 de febrero. Recurso de amparo 2624/2006. Ponente: D. Javier Delgado Barrio. «BOE» 15-3-2011).

Indefensión.

«Según se afirmó en la STC 52/1999, de 12 de abril, FJ 5, “la indefensión es la situación en la que, normalmente con infracción de una norma procesal, el órgano judicial en el curso del proceso impide a una parte el ejercicio del derecho de defensa, privando o limitando su capacidad de ejercitar bien su facultad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos, bien de replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción (SSTC 89/1986, 145/1990), siempre que la indefensión tenga un carácter material, expresión con la que se quiere subrayar su relevancia o trascendencia, es decir, que produzca un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa (SSTC 48/1984, 155/1988, 145/1990, 188/1993, 185/1994, /1996, 89/1997, 186/1998)”. Por ello, tal como hemos venido reiterando, el contenido de la indefensión con relevancia constitucional queda circunscrito a los casos en que la misma sea imputable a actos u omisiones de los órganos judiciales y que tenga su origen inmediato y directo en tales actos u omisiones; esto es, que sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional, estando excluida del ámbito protector del artículo 24 CE la indefensión debida a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que la representen o defiendan (por todas, SSTC 109/2002, de 6 de mayo, FJ 2; 141/2005, de 6 de junio, FJ 2; o 160/2009, de 29 de junio)».

(STC 16/2011, de 28 de febrero. Recurso de amparo núm. 7994/2008. Ponente: D.^a Elisa Pérez Vera. «BOE» 29-03-11).

«La indefensión es una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa; un menoscabo sensible de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales. Por otro lado, para que la indefensión alcance la dimensión constitucional que le atribuye el artículo 24 CE, se requiere que los órganos judiciales hayan impedido u obstaculizado en el proceso el derecho de las partes a ejercitar su facultad de alegar y justificar sus pretensiones, esto es, que la indefensión sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional (SSTC 109/1985, de 8 de octubre, FJ 3; 116/1995, de 17 de julio, FJ 3; 107/1999, de 14 de junio, FJ 5; 114/2000, de 5 de mayo, FJ 2; 237/2001, de 18 de diciembre, FJ 5, entre otras muchas)” (STC 25/2011, FJ 7, citando la 62/2009, de 9 de marzo, FJ 4). Por ello, tal como hemos venido reiterando, el contenido de la indefensión con relevancia constitucional queda circunscrito a los casos en que la misma sea imputable a actos u omisiones de los órganos judiciales y que tenga su origen inmediato y directo en tales actos u omisiones; esto es, que sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional, estando excluida del ámbito protector del artículo 24 CE la indefensión debida a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que la representen o defiendan (por todas, SSTC 109/2002, de 6 de mayo, FJ 2; 141/2005, de 6 de junio, FJ 2; o 160/2009, de 29 de junio). Además, hemos enfatizado también que “para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional, que sitúe al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración meramente formal, sino que es necesario que de esa infracción formal se derive un efecto material de indefensión, con real menoscabo del derecho de defensa y con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado” (SSTC 185/2003, de 27 de octubre, FJ 4; 164/2005, de 20 de junio, FJ 2; y 25/2011, de 14 de marzo, FJ 7)».

(STC 181/2011, de 21 de noviembre. Recurso de amparo núm. 2186/2009. Ponente: D.^a Adela Asua Batarrita. «BOE» de 21-12-2011. En el mismo sentido, STC 12/2011, de 28 de febrero. «BOE» 29-03-2011).

Indefensión y secreto de las actuaciones.

«Este Tribunal ha reiterado, en relación con el derecho fundamental a no padecer indefensión (art. 24.1 CE), por un lado, que la indefensión es una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa, de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales; y, por otro, que para que la indefensión alcance la dimensión constitucional que le atribuye el artículo 24.1 CE, se requiere que los órganos judiciales hayan impedido u obstaculizado en el proceso el derecho de las partes a ejercitar su facultad de alegar y justificar sus pretensiones, esto es, que la indefensión sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional (por todas, STC 12/2011, de 28 de febrero, FJ 3).

Más en concreto, por lo que se refiere a la influencia que sobre el derecho a no padecer indefensión puede tener la declaración judicial del secreto de las actuaciones, este Tribunal ha reiterado que esta declaración no es, en sí misma, una medida limitativa de un derecho fundamental, ya que sólo implica posponer el momento en el que

las partes pueden tomar conocimiento de las actuaciones. Sin embargo, también se ha hecho especial incidencia en que puede repercutir en el derecho de defensa, al impedir que se pueda intervenir en las diligencias sumariales que se lleven a cabo en el período en el que las actuaciones permanecen en secreto y suspenderse temporalmente el conocimiento de lo actuado, ya que este conocimiento de las actuaciones es un requisito imprescindible para poder alegar, probar e intervenir en la prueba ajena controlando su correcta práctica y teniendo posibilidad de contradecirla. De ese modo, este Tribunal ha concluido, por un lado, que el tiempo de duración del secreto del sumario no es por sí solo un dato relevante para apreciar un resultado de indefensión, pero que si esta suspensión temporal se convierte en imposibilidad absoluta de conocimiento de lo actuado hasta el juicio oral, se ocasiona una lesión del derecho de defensa pues el acusado no habría estado en disposición de preparar su defensa de manera adecuada y, por otro, que en la medida en que el secreto de las actuaciones restringe la posibilidad de contradecir las diligencias probatorias efectuadas en la fase de instrucción, éstas no podrán aportarse al proceso como pruebas preconstituidas, ya que éstas exigen no sólo que se haya practicado ante el Juez, sino con garantía de contradicción (por todas, STC 174/2001, de 26 de julio, FJ 3)».

(STC 127/2011, de 18 de julio. Recurso de amparo núm. 5760/2005. Ponente: D. Pablo Pérez Tremps. «BOE» 17-8-2011).

ARTÍCULO 24.2

Derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable.

«En la STC 202/2000, de 24 de julio, recordamos “la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 25 de febrero de 1993, caso Funke, § 44; de 8 de febrero de 1996, caso John Murray, § 45; de 17 de diciembre de 1996, caso Saunders, § 68), según la cual el derecho al silencio y el derecho a no autoincriminarse, no expresamente mencionados en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, residen en el corazón mismo del derecho a un proceso equitativo y enlazan estrechamente con el derecho a la presunción de inocencia (STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5). Pues bien, según hemos declarado, mediante expresa invocación de la doctrina sentada en el caso Murray del Tribunal Europeo de Derechos Humanos antes citada, la constatación de que el derecho a guardar silencio, tanto en sí mismo considerado como en su vertiente de garantía instrumental del genérico derecho de defensa (STC 161/1997, ya citada), ha podido resultar vulnerado, sólo podría seguir al examen de las circunstancias propias del caso, en función de las cuales puede justificarse que se extraigan consecuencias negativas del silencio, cuando, existiendo pruebas incriminatorias objetivas al respecto, cabe esperar del imputado una explicación” (STC 202/2000, de 24 de julio, FJ 3). Y en el mismo sentido es de recordar la STC 26/2010, de 27 de abril».

(STC 9/2011, de 28 de febrero. Recurso de amparo 7610/2006. Ponente: D. Javier Delgado Barrio. «BOE» de 29-3-2011).

Derecho a un proceso con todas las garantías. Declaración del menor en supuesto de abuso sexual. Audiencia del sospechoso.

«Como quiera que en los delitos de abuso sexual, usualmente, la declaración del menor es la única prueba directa sobre los hechos, pues las restantes suelen limitarse

a relatar lo que el menor ha narrado o a evaluar las condiciones en las que narró los hechos o su credibilidad (SSTEDH caso P.S. contra Alemania, § 30; caso W. contra Finlandia, § 47; caso D. contra Finlandia, § 44), el centro de atención recae naturalmente sobre las garantías que han de rodear la exploración del menor, y la forma en la que la misma puede introducirse en el debate del juicio oral. En la delimitación precisa de cuáles hayan de ser esas precauciones mínimas que han de establecerse en favor de la defensa para, al mismo tiempo, dar protección a la víctima y garantizar un juicio con todas las garantías, resulta esclarecedor y relevante el canon fijado en la reciente STEDH de 28 de septiembre de 2010, caso A.S. contra Finlandia, § 56, en la que se señala que «quien sea sospechoso de haber cometido el delito debe ser informado de que se va a oír al menor, y debe tener una oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de su grabación audiovisual; asimismo debe tener la posibilidad de dirigir preguntas al menor, de forma directa o indirecta, bien durante el desarrollo de la primera exploración o en una ocasión posterior». Son éstas las garantías mínimas que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han de observarse».

(STC 174/2011, de 7 de noviembre de 2011. Recurso de amparo 10202-2009. Ponente: D. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel. «BOE» 7-13-2011).

Derecho a un proceso con todas las garantías. Derecho a los recursos tras una condena penal.

«La ausencia de un instrumento de revisión de la Sentencia condenatoria en apelación [ahora, en casación], no supone la ausencia de una garantía procesal de rango constitucional. No forma parte esencial de la que incorpora el artículo 14.5 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos como instrumento de interpretación del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) la constituida por la existencia en todo caso tras una condena penal de la posibilidad de un pronunciamiento posterior de un Tribunal superior, pronunciamiento que podría ser el tercero en caso de que la resolución inicial fuera absolutoria o incluso en caso de que la revisión aumentase la pena inicialmente impuesta. Lo que en este contexto exige el contenido de la garantía, que se ordena tanto al ejercicio de la defensa como a la ausencia de error en la decisión judicial, es que en el enjuiciamiento de los asuntos penales se disponga de dos instancias» (STC 60/2008, de 26 de mayo, FJ 4, citando la STC 296/2005, de 21 de noviembre, FJ 3). Por ello, «ninguna vulneración comporta per se la declaración de un pronunciamiento condenatorio en segunda instancia, sin que por ello resulte constitucionalmente necesaria la previsión de una nueva instancia de revisión en una cadena de nuevas instancias que podría no tener fin» (SSTC 104/2006, de 3 de abril, FJ 8, y 60/2008, de 26 de mayo, FJ 4)».

(STC 16/2011, de 28 de febrero. Recurso de amparo núm. 7994/2008. Ponente: D.ª Elisa Pérez Vera. «BOE» de 29 de marzo de 2011).

Derecho a un proceso con todas las garantías. Derecho a un Juez imparcial.

«Como reiteradamente ha declarado este Tribunal, la vertiente objetiva de la garantía de imparcialidad se refiere, como su propio nombre indica, al objeto del proceso y asegura que el juzgador no haya tenido un contacto previo con el thema decidendi y, por tanto, que se acerque al mismo sin prevenciones en su ánimo (por todas STC 44/2009, de 12 de febrero), debiéndose tener en cuenta que en esta materia no bastan las meras

sospechas de quien aduce la vulneración de la imparcialidad, sino que, de conformidad con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (recientemente STDEH de 6 de enero de 2010, caso Vera Fernández-Huidobro), “el elemento determinante consiste en saber si se pueden considerar los temores del interesado como objetivamente justificados (Ferrantelli y Santangelo c. Italia, §58, 7 de agosto de 1996, Colección 1996-III, y Wettstein c. Suiza, núm. 33958/96, §44, CEDH2000-XII).” En tal sentido, en el reciente ATC 51/2011, de 5 de mayo, hemos recordado que entre las causas significativas de una posible inclinación previa objetiva del Magistrado que ha de juzgar un determinado asunto se encuentra “el pronunciamiento sobre los hechos debatidos en un pleito anterior (SSTC 138/1994, de 9 de mayo, FJ 7; 47/1998, de 2 de marzo, FJ 4; y SSTEDH de 7 de agosto de 1996, caso Ferrantelli y Santangelo, y de 26 de agosto de 1997, caso De Haan)” (STC 240/2005, de 10 de octubre, FJ 3). Ahora bien, en el supuesto ahora examinado, al igual que en el resuelto por el ATC acabado de citar, no puede considerarse con el prisma de la imparcialidad objetiva que el cuestionado Magistrado haya quedado prevenido en su ánimo al tener que decidir sobre un recurso extraordinario de casación dirigido a impugnar una Sentencia dictada en otro proceso penal, cuyo objeto es, por tanto, diferente porque el *thema decidendi* de uno y otro eran distintos (malversación y secuestro unidos en concurso medial, en el primero, y delito continuado de malversación para el provecho particular de los caudales públicos, en el segundo)».

(STC 126/2011, de 18 de julio. Recurso de amparo núm. 6988/2004. Ponente: D. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel. «BOE» 17-8-2011).

Derecho a un proceso con todas las garantías. Valoración de las pruebas en segunda instancia penal.

«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; o 127/2010, de 29 de noviembre, FJ 2), que el respeto a los principios de publicidad, 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.

En cualquier caso, como hemos recordado en la STC 120/2009, de 18 de mayo, FJ 4, la garantía de intermediación se proyecta únicamente sobre la correcta valoración de las que venimos denominando pruebas de carácter personal, por lo que la misma no habrá de ser exigible cuando la condena en segunda instancia se haya basado en una nueva y distinta valoración de prueba documental, tal como, en este sentido, pone de manifiesto la STC 40/2004, de 22 de marzo (FJ 5)».

(STC 46/2011, de 11 de abril. Recurso de amparo núm. 4821/2010. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo. «BOE» de 10-05-2011. En el mismo sentido, STC 126/2012, de 18 de junio. «BOE» de 9-07-2012).

Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

«Para poder estimarse vulnerado el referido derecho, es “requisito indispensable” que el actor 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. De ahí que sólo en aquellos supuestos en los que, tras la denuncia del interesado (carga procesal que le viene impuesta como un deber de colaboración de la parte con el órgano judicial en el desarrollo del proceso), el órgano judicial no haya adoptado las medidas pertinentes para poner fin a la dilación en un plazo prudencial o razonable podrá entenderse que la vulneración constitucional no ha sido reparada en la vía judicial ordinaria, pudiendo entonces ser examinada por este Tribunal (por todas, SSTC 177/2004, de 18 de octubre, FJ 2; 220/2004, de 29 de noviembre, FJ 6; 63/2005, de 14 de marzo, FJ 12; 153/2005, de 6 de junio, FJ 2; 233/2005, de 26 de septiembre, FJ 12; y 4/2007, de 15 de enero, FJ 4).

En segundo lugar, hemos de recordar que, como declaramos en la STC 237/2001, de 18 de diciembre, FJ 3, “la alegación de vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas carece de sentido cuando el procedimiento ya ha finalizado (por todas, STC 51/1985, de 10 de abril, FJ 4), exigiéndose que el proceso ante el órgano judicial siga su curso (SSTC 152/1987, de 7 de octubre, FJ 2; 173/1988, de 3 de octubre, FJ 3; 83/1989, de 10 de mayo, FJ 3; 224/1991, de 25 de noviembre, FJ 2; 205/1994, de 1 de julio, FJ 3; 146/2000, de 29 de mayo, FJ 3). En otras ocasiones, y en relación con demandas de amparo similares a la presente, hemos dicho que no cabe denunciar ante este Tribunal las dilaciones indebidas una vez que ha concluido el proceso penal en ambas instancias, pues la apreciación en esta sede de las pretendidas dilaciones no podría conducir a que este Tribunal adoptase medida alguna para hacerlas cesar (STC 224/1991, de 25 de noviembre, FJ 2). Así, hemos declarado que, “no siendo posible la restitución in integrum del derecho fundamental, dado que el proceso ha fenecido, el restablecimiento, solicitado por la recurrente, en la integridad de su derecho con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación [art. 55.1 c) LOTC] sólo podrá venir por la vía indemnizatoria” (STC 180/1996, de 12 de noviembre, FJ 8).”

En consecuencia las demandas de amparo por dilaciones indebidas, formuladas una vez que el proceso ya ha finalizado, carecen de viabilidad y han venido siendo reiteradamente rechazadas por este Tribunal, por falta de objeto (SSTC 146/2000, de 29 de mayo, FJ 3; 237/2001, de 18 de diciembre, FJ 3; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 13; 97/2003, de 2 de junio, FJ 4; 73/2004, de 22 de abril, FJ 2; 63/2005, de 14 de marzo, FJ 12; 167/2005, de 20 de junio, FJ 3; 233/2005, de 26 de septiembre, FJ 12; 263/2005, de 24 de octubre, FJ 8; 28/2006, de 30 de enero, FJ 7; 99/2006, de 27 de marzo, FJ 2; 147/2006, de 8 de mayo, FJ único; 156/2006, de 22 de mayo, FJ 3; 57/2007, de 12 de marzo, FJ 4; y 73/2007, de 16 de abril, FJ 2). Por consiguiente, ello mismo ha de apreciarse en el presente caso».

(STC 126/2011, de 18 de julio. Recurso de amparo núm. 6988/2004. Ponente: D. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel. «BOE» 17-8-2011).

Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa.

«Como recuerdan las SSTC 136/2007, de 4 de junio, FJ 2, y 156/2008, de 24 de noviembre, FJ 2, este Tribunal ha reiterado que la vulneración del derecho a utilizar

los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE) exige, en primer lugar, que el recurrente haya instado a los órganos judiciales la práctica de una actividad probatoria, respetando las previsiones legales al respecto; en segundo lugar, que los órganos judiciales hayan rechazado su práctica sin motivación, con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía o que habiendo admitido la prueba finalmente no hubiera podido practicarse por causas imputables al propio órgano judicial; en tercer lugar, que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, generando indefensión al recurrente; y, por último, que éste en la demanda de amparo alegue y fundamente los anteriores extremos.

Por lo que se refiere a la legalidad de la petición probatoria, hemos destacado que tiene el doble sentido de que el medio de prueba esté autorizado por el Ordenamiento y de que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos, correspondiendo dicha valoración a los órganos judiciales y no al Tribunal Constitucional (por todas, STC 48/2008, de 11 de marzo, FJ 3)».

(STC 2/2011, de 14 de febrero. Recurso de amparo 2624/2006. Ponente: D. Javier Delgado Barrio. «BOE» 15-3-2011).

«Hemos declarado de manera reiterada que el derecho a la prueba previsto en el artículo 24.2 CE es un derecho de configuración legal, correspondiendo al legislador establecer las normas reguladoras de su ejercicio en cada orden jurisdiccional. Por lo tanto, para entenderlo vulnerado será preciso que la prueba no admitida o no practicada se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecido, sin que este derecho faculte para exigir la admisión de todas las pruebas propuestas, sino sólo de aquellas que sean pertinentes para la resolución del recurso. Hemos declarado, además, que corresponde a los órganos judiciales la decisión sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas propuestas, que podrán rechazar de forma motivada cuando estimen que las mismas no son relevantes para la resolución final del asunto litigioso. En consecuencia, debe ser imputable al órgano judicial la falta de práctica de la prueba admitida o la inadmisión de pruebas relevantes para la decisión final sin motivación alguna o con una interpretación y aplicación de la legalidad arbitraria e irrazonable, debiendo entenderse que, fuera de estos supuestos, corresponde a la jurisdicción ordinaria el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas en ejercicio de la potestad jurisdiccional otorgada por el artículo 117.3 CE, así como su valoración conforme a las reglas de la lógica y de la sana crítica, según lo alegado y probado, fallando en consecuencia. Finalmente, es necesario que la falta de actividad probatoria se haya traducido en una efectiva indefensión del recurrente por ser aquella decisiva en términos de defensa, lo que exige que el recurrente haya alegado su indefensión material en la demanda de amparo. Esta exigencia se proyecta en un doble plano: por un lado, el recurrente debe razonar en esta vía la relación entre los hechos que se quisieron probar y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas; por otro lado, debe argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso a quo podía haber sido favorable a sus pretensiones de haberse aceptado y practicado la prueba propuesta (SSTC 26/2000, de 31 de enero, FJ 2; 165/2001, de 16 de julio, FJ 2; 133/2003, de 30 de junio, FJ 3; 129/2005, de 23 de mayo, FJ 3; 244/2005, de 10 de octubre, FJ 5; 308/2005, de 12 de diciembre, FJ 4; y 42/2007, de 26 de febrero, FJ 4)».

(STC 126/2011, de 18 de julio. Recurso de amparo núm. 6988/2004. Ponente: D. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel. «BOE» 17-8-2011).

Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa. Tratos humillantes y degradantes en centro penitenciario.

«No sólo se esté ante meras irregularidades procesales en materia de prueba, sino en presencia de una vulneración constitucional del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE), al haberse generado con dichas irregularidades una indefensión material al recurrente. En el presente caso, además, en la medida en que la queja tenía como objeto la denuncia de tratos humillantes y degradantes en el interior de un centro penitenciario, la actitud de los órganos judiciales respecto de la averiguación de la eventual realidad de la queja a través de la actividad probatoria pertinente debiera de haberse extremado, máxime porque provenía de un interno que se encontraba en un especial régimen de control penitenciario, como es el régimen cerrado o primer grado, que limita muy severamente sus posibilidades de articular una defensa de sus derechos y que tiene al orden jurisdiccional de vigilancia penitenciario como último recurso para garantizar su indemnidad y el pleno disfrute de sus derechos frente a la institución penitenciaria».

(STC 14/2011, de 28 de febrero. Recurso de amparo núm. 5506/2007. Ponente: D. Pablo Pérez Tremps. «BOE» 29-3-2011).

Derecho de defensa. Derecho a estar personado como imputado desde la fase preliminar de la investigación.

«Constituye jurisprudencia reiterada de este Tribunal que el artículo 24 de la Constitución prohíbe que el inculpado no haya podido participar en la tramitación de las diligencias de investigación judiciales o que la acusación se “haya fraguado a sus espaldas”, de forma que el objetivo y finalidad del artículo 118 LECrim reside en informar al acusado acerca de su situación para que pueda ejercitar su derecho de defensa y evitar, de esta forma, una real indefensión derivada del desconocimiento de su condición procesal. Reiterando esta doctrina y extractando la anterior, en la STC 14/1999, de 22 de febrero, FJ 6 (igualmente, SSTC 19/2000, de 31 de enero, FJ 5; 68/2001, de 17 de marzo, FJ 3; y 87/2001, de 2 de abril, FJ 3), hemos sostenido que la posibilidad de ejercicio del derecho de defensa contradictoria ha sido concretada por este Tribunal en tres reglas ya clásicas (STC 273/1993, de 20 de septiembre): a) nadie puede ser acusado sin haber sido, con anterioridad, declarado judicialmente imputado; b) como consecuencia de lo anterior, nadie puede ser acusado sin haber sido oído con anterioridad a la conclusión de la investigación; y c) no se debe someter al imputado al régimen de las declaraciones testificales, cuando de las diligencias practicadas pueda fácilmente inferirse que contra él existe la sospecha de haber participado en la comisión de un hecho punible, ya que la imputación no ha de retrasarse más allá de lo estrictamente necesario. Ahora bien, si las leyes procesales han reconocido, y este Tribunal recordado, la necesidad de dar entrada en el proceso al imputado desde su fase preliminar de investigación, lo es sólo a los fines de garantizar la plena efectividad del derecho a la defensa y evitar que puedan producirse contra él, aun en la fase de investigación, situaciones materiales de indefensión. Pero la materialidad de esa indefensión, que constituye el objeto de nuestro análisis, exige una relevante y definitiva privación de las facultades de alegación, prueba y contradicción que desequilibre la posición del imputado».

(STC 126/2011, de 18 de julio. Recurso de amparo núm. 6988/2004. Ponente: D. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel. «BOE» 17-8-2011).

Presunción de inocencia. Falta de motivación del resultado de la valoración de las pruebas.

«Conviene tener presente que la “cuestión de si la valoración de la prueba está suficientemente motivada en las Sentencias impugnadas no es una cuestión que atañe sólo al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)”, sino que afecta “principalmente al derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). Este Tribunal ha reiterado que uno de los modos de vulneración de este derecho lo constituye precisamente la falta de motivación del iter que ha conducido de las pruebas al relato de hechos probados de signo incriminatorio” (STC 245/2007, 10 de diciembre, FJ 5). Desde esta perspectiva, resulta necesario comprobar si las resoluciones impugnadas no sólo satisfacen el grado mínimo de motivación exigido en general para la tutela judicial, sino también el grado de motivación constitucionalmente exigido ex derecho a la presunción de inocencia, que conforme a nuestra doctrina es superior al primero “dado que está precisamente en juego aquel derecho y, en su caso, el que resulte restringido por la pena, que será el derecho a la libertad cuando, como es ahora el caso, la condena lo sea a penas de prisión (SSTC 209/2002, de 11 de noviembre, FJ 3; 169/2004, de 6 de octubre, FJ 6; y 143/2005, de 6 de junio, FJ 4). El canon de análisis no se conforma ya con la mera cognoscibilidad de la ratio decidendi de la decisión judicial, sino que exige ‘una mínima explicitación de los fundamentos probatorios del relato fáctico, con base en el cual se individualiza el caso y se posibilita la aplicación de la norma jurídica’ (SSTC 5/2000, de 17 de enero, FJ 2; 249/2000, de 30 de octubre, FJ 3; 209/2002, de 11 de noviembre, FFJJ 3 y 4; 143/2005, de 6 de junio, FJ 4)” (STC 245/2007, 10 de diciembre, FJ 5)».

(STC 9/2011, de 28 de febrero. Recurso de amparo 7610/2006. Ponente: D. Javier Delgado Barrio. «BOE» de 29-3-2011).

«Esta falta de motivación en la valoración de la prueba integra la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) pues, como hemos afirmado, “no sólo se vulnera el derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas o cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado, sino también, con carácter previo a este supuesto, en los casos de falta de motivación del resultado de la valoración de las pruebas (SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 2; 120/1999, de 28 de junio, FJ 2; 249/2000, de 30 de octubre, FJ 3; 155/2002, de 22 de julio, FJ 7; 209/2002, de 11 de noviembre, FJ 3; 163/2004, de 4 de octubre, FJ 9)” (STC 145/2005, de 6 de junio, FJ 6)».

(STC 12/2011, de 28 de febrero. Recurso de amparo núm. 11731/2006. Ponente: D. Javier Delgado Barrio. «BOE» 29-3-2011).

Presunción de inocencia. Prueba indiciaria.

«Ha reiterado este Tribunal que 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” (entre las últimas, SSTC 70/2010, de 18 de octubre, FJ 3 y 25/2011, de 14 de marzo, FJ 8). 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) el hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados; 2) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados; 3) 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; 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” (SSTC 300/2005, de 21 de noviembre, FJ 3; 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3 y 70/2010, FJ 3). Asumiendo “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” (SSTC 137/2005, de 23 de mayo, FJ 2 y 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3), 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” (SSTC 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 4; 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3; 109/2009, de 11 de mayo, FJ 3; 70/2010, de 18 de octubre, FJ 3; 25/2011, de 14 de marzo, FJ 8)».

(STC 128/2011, de 18 de julio. Recurso de amparo núm. 7509/2006. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo. «BOE» 17-8-2011).

Presunción de inocencia. Prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales.

«Este Tribunal ha puesto de relieve en STC 69/2001, de 17 de marzo, que “la interdicción de la prueba ilícitamente obtenida hace referencia exclusiva a la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho o libertad fundamental”. En efecto, “desde la STC 114/1984, de 29 de noviembre, este Tribunal ha afirmado la prohibición absoluta de valoración de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales a través de una abundantísima serie de pronunciamientos que han declarado, en esencia, que los medios de prueba no pueden hacerse valer, ni pueden ser admitidos, si se han obtenido con violación de derechos fundamentales (SSTC 114/1984, de 29 de noviembre, 107/1985, de 7 de octubre, 64/1986, de 21 de mayo, 80/1991, de 15 de abril, 85/1994, de 14 de marzo, 181/1995, de 11 de diciembre, 49/1996, de 26 de marzo, 81/1998, de 2 de abril, y 49/1999, de 5 de abril). La interdicción de la admisión de la prueba prohibida por vulneración de derechos fundamentales deriva directamente de la Constitución, por la colisión que dicha admisión entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes (arts. 24.2 y 14 CE), y se basa, asimismo, en la posición preferente de los derechos fundamentales en el Ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables (art. 10.1 CE). Para decirlo con las palabras expresadas en la STC 114/1984, antes citada, constatada la inadmisibilidad de las pruebas

obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las garantías propias al proceso (art. 24.2 de la CE) implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 de la Constitución), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro” (FJ 26)».

(STC 126/2011, de 18 de julio. Recurso de amparo núm. 6988/2004. Ponente: D. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel. «BOE» 17-8-2011).

Presunción de inocencia. Prueba testifical de la víctima para desvirtuarla.

«Es doctrina reiterada de este Tribunal que el testimonio de las víctimas, “practicad[o] con las debidas garantías, tiene consideración de prueba testifical y, como tal, puede constituir prueba de cargo suficiente en la que puede basarse la convicción del juez para la determinación de los hechos del caso (entre otras, SSTC 201/1989, de 30 de noviembre, FJ 4; 173/1990, de 12 de noviembre, FJ 3; 229/1991, de 28 de noviembre, FJ 4; 64/1994, de 28 de febrero, FJ 5)” (STC 195/2002, de 28 de octubre, FJ 4)».

(STC 9/2011, de 28 de febrero. Recurso de amparo 7610/2006. Ponente: D. Javier Delgado Barrio. «BOE» de 29-3-2011).

Presunción de inocencia. Valor probatorio de las declaraciones de coimputados.

«En relación con la suficiencia de las declaraciones de los coimputados para enervar la presunción de inocencia, hemos resaltado (entre otras, SSTC 34/2006, de 13 de febrero, FJ 2 y 102/2008, de 28 de julio, FJ 3) que éstas no poseen solidez plena como prueba de cargo suficiente cuando, siendo únicas, no están mínimamente corroboradas por algún hecho, dato o circunstancia externa, y ello porque el imputado, a diferencia del testigo, no tiene la obligación de decir la verdad sino que, por el contrario, le asiste el derecho a guardar silencio total o parcialmente y no está sometido a la obligación jurídica de decir la verdad (SSTC 147/2004, de 13 de septiembre, FJ 2; 312/2005, de 12 de diciembre, FJ 1; 170/2006, de 5 de junio, FJ 4 y 198/2006, de 3 de julio, FJ 4). (.../...)

En efecto, nuestra doctrina ha venido considerando la declaración de un coimputado en la causa como “una prueba sospechosa” (entre otras, SSTC 30/2005, de 14 de febrero, FJ 4 y 102/2008, de 28 de julio, FJ 3), que despierta una “desconfianza intrínseca” (STC 233/2002, de 9 de diciembre, FJ 5), por lo que hemos venido disponiendo una serie de cautelas, como ya hemos dicho, para que esta declaración alcance virtualidad probatoria, en concreto “un plus probatorio consistente en la necesidad de una corroboración mínima de la misma” (STC 142/2006, de 8 de mayo, FJ 3). De esta forma, la problemática de este tipo de declaraciones ha sido abordada por este Tribunal Constitucional desde el trascendental aspecto de su credibilidad y eficacia probatoria como prueba de cargo para desvirtuar el derecho constitucional a la presunción de inocencia, cuidando de garantizar los derechos del acusado que podría ser condenado en base al contenido de las mismas».

(STC 111/2011, de 4 de julio. Recurso de amparo núm. 6974/2004. Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» 2-8-2011).

ARTÍCULO 25.1

Principio de legalidad penal.

«En relación con el principio de legalidad penal este Tribunal viene declarando (por todas STC 91/2009, de 20 de abril, FJ 6) que tal principio «supone que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que no constituyan delito o falta según la legislación vigente en el momento de realización de tales conductas. Se quiebra así el derecho cuando la conducta enjuiciada, la ya delimitada como probada, es subsumida de un modo irrazonable en el tipo penal que resulta aplicado, bien por la interpretación que se realiza de la norma, bien por la operación de subsunción en sí. En tales supuestos la condena resulta sorpresiva para su destinatario y la intervención penal es, amén de contraria al valor de la seguridad jurídica, fruto de una decisión judicial que rompe el monopolio legislativo en la definición de las conductas delictivas (por todas, SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6). En el examen de razonabilidad de la subsunción de los hechos probados en la norma penal el primero de los criterios está constituido por el respeto al tenor literal de la norma, y la consiguiente prohibición de la analogía *in malam partem*».

(STC 153/2011, de 17 de octubre. Recurso de amparo 10673/2006. Ponente. D. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel. «BOE» 15-11-2011).

CÓDIGO PENAL

ARTÍCULO 132.2

Interrupción de la prescripción.

«El artículo 132.2 del Código Penal, en la redacción vigente al momento de cometerse los hechos que han dado lugar a las Sentencias recurridas, disponía que la prescripción “se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido cuando el procedimiento se dirija contra el culpable”. Este precepto ha sido interpretado por este Tribunal en el sentido de entender que la querrela o denuncia de un tercero “es una ‘solicitud de iniciación’ del procedimiento” (SSTC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 8; y 29/2008, de 20 de febrero, FJ 10), pero “no un procedimiento ya iniciado” (precisa la STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 10), razón por la cual aquella querrela o denuncia no tiene por sí sola eficacia interruptiva del cómputo del plazo prescripción. La interrupción requiere un “acto de interposición judicial” [STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 12 c)] o de “dirección procesal del procedimiento contra el culpable” (STC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 5). En consecuencia, la interpretación de aquel precepto legal en el sentido de que “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, 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)” [STC 59/2010, de 4 de octubre, FJ 2 a)]. Ahora bien, “[l]a determinación de la intensidad o calidad de dicha actuación judicial para entender interrumpido el lapso prescriptivo de las

infracciones penales corresponde a la jurisdicción ordinaria” [STC 59/2010, de 4 de octubre, FJ 2 c)]».

(STC 133/2011, de 18 de julio. Recursos de amparo núms. 3794/2009 y 3867/2009 acumulados. Ponente: D.^a Adela Asua Batarrita. «BOE» 17-8-2011).

LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

ARTÍCULO 103.1

Prohibición de ejercer la acción penal entre cónyuges separados legalmente.

«La interpretación finalmente asumida por los órganos judiciales no puede ser calificada de excesivamente formalista, ya que responde a un sentido gramatical y sistemático del concepto “cónyuge” utilizado en el artículo 103.1 LECrim, toda vez que la separación judicial, en los términos del artículo 85 del Código Civil (CC), no supone una disolución del matrimonio, sino una mera suspensión de la vida en común y de la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica (art. 83 CC).

(.../...)

La circunstancia de que tanto las situaciones de divorcio como las de separación judicial puedan evidenciar, en palabras del recurrente, que los lazos de afectividad ya están rotos, no impide apreciar que ambas situaciones son jurídicamente bien distintas y que también lo son sus efectos, no siendo el menor de ellos, y sólo desde una perspectiva estrictamente civil, que en el caso de divorcio hay una disolución del vínculo, ausente de la separación judicial, que impide la producción de efectos legales de una eventual reconciliación (art. 88 CC). Igualmente, la circunstancia reseñada por el recurrente de que si a los cónyuges separados legalmente no les alcanza la exención de responsabilidad del artículo 268.1 del Código Penal (CP) carece de sentido que pueda haber obstáculos procesales para que éstos puedan accionar penalmente entre sí, puede resultar un elemento relevante en términos de una labor interpretativa propia de los órganos judiciales. Sin embargo, desde la perspectiva de control que es propia de este Tribunal Constitucional, no resulta concluyente. Más allá de que tanto la exclusión del ejercicio de la acción penal entre cónyuges como la previsión del artículo 268 CP de excluir de responsabilidad penal a los autores de determinados delitos patrimoniales no violentos cuando existan determinadas relaciones de parentesco —que no alcanzan a los cónyuges separados judicialmente o de hecho— puedan coincidir en la finalidad perseguida, no tiene por qué producirse una plena identificación entre ambas previsiones ya que, en cualquier caso, la excepción prevista en el artículo 103.1 LECrim, al referirse a todo tipo de delitos que no sean los cometidos por el cónyuge contra «la persona del otro o la de sus hijos, y por el delito de bigamia», es mucho más amplia que la exclusión de responsabilidad penal del artículo 268 CP, que queda limitada a los delitos no violentos previstos en los capítulos I a IX del título XIII del Código Penal, correspondiente a los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico.

(.../...)

En conclusión, no concurre la vulneración aducida por el recurrente, pues no cabe apreciar que se haya efectuado una interpretación contraria al principio pro

acione del artículo 103.1 LECrim para concluir que a los cónyuges separados judicialmente también les alcanza la prohibición de ejercicio de acción penal entre ellos».

(STC 190/2011, de 12 de diciembre. Recurso de amparo núm. 1506/2007. Ponente: D. Pablo Pérez Tremps. «BOE» de 11-1-2012).

LEY ORGÁNICA 2/1979, DE 3 DE OCTUBRE, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ARTÍCULO 49.1, IN FINE

Justificación en la demanda de la especial trascendencia constitucional.

«Interesa destacar que aunque la indicada previsión del artículo 49.1 *in fine* LOTC se configura como una carga procesal de la parte, es también un instrumento de colaboración con la Justicia constitucional, habida cuenta de que el legislador ha querido que la valoración del Tribunal acerca de la especial trascendencia constitucional de cada recurso venga siempre precedida de la iniciativa y apreciaciones de la parte, recogidas en su escrito de demanda. A tal fin, aunque no existe un modelo rígido al que haya de ajustarse la redacción de las demandas de amparo, es claro que debe responder a los cánones propios de este tipo de escritos procesales; sin perjuicio de lo cual, posibles dudas sobre el modo en que ha de cumplimentarse la nueva obligación procesal han sido despejadas en los AATC 188/2008, de 21 de julio; 289/2008, de 22 de septiembre; 290/2008, de 22 de septiembre; y 80/2009, de 9 de marzo, en los cuales se destaca que la carga de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo es algo distinto a razonar la existencia de la vulneración de un derecho fundamental. Por consiguiente, será necesario que en la demanda se disocie adecuadamente la argumentación tendente a evidenciar la existencia de la lesión de un derecho fundamental –que sigue siendo, obviamente, un presupuesto inexcusable en cualquier demanda de amparo– y los razonamientos específicamente dirigidos a justificar que el recurso presenta especial trascendencia constitucional.

Por lo demás, el perfil abierto tanto de la noción de “la especial trascendencia constitucional” como de los tres criterios que la propia Ley ofrece para su caracterización (“su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales”), ha llevado al Tribunal a realizar un esfuerzo de concreción en la STC 155/2009, de 25 de junio, en la que se identifican, sin ánimo exhaustivo, determinados supuestos propiciadores de la apreciación de esa especial trascendencia constitucional».

(STC 17/2011, de 28 de febrero. Recurso de amparo núm. 3556/2010. Ponente: D. Francisco José Hernando Santiago. «BOE» 29-03-2011).

«En cuanto al modo en el que se debe dar cumplimiento a la justificación de la especial trascendencia constitucional del recurso, debemos recordar que “aunque la indicada previsión del artículo 49.1 *in fine* LOTC se configura como una carga procesal de la parte, es también un instrumento de colaboración con la Justicia constitucional, habida cuenta de que el legislador ha querido que la valoración del Tribunal acerca de la especial trascendencia constitucional de cada recurso venga siempre precedida de la iniciativa y apreciaciones de la parte, recogidas en su escrito de demanda.

A tal fin, aunque no existe un modelo rígido al que haya de ajustarse la redacción de las demandas de amparo, es claro que debe responder a los cánones propios de este tipo de escritos procesales” (STC 17/2011, de 28 de febrero, FJ 2). Sin perjuicio de lo anterior, se han de tener en cuenta las precisiones que, con relación a esa específica carga, ha ido efectuando este Tribunal a través de diversas resoluciones que despejan las posibles dudas sobre el modo en el que se tiene que hacer efectiva.

Ciertamente, hemos declarado con reiteración que la carga de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo es algo distinto a razonar la existencia de la vulneración de un derecho fundamental (AATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 2; 289/2008, de 22 de septiembre, FJ 2; 290/2008, de 22 de septiembre, FJ 2; 80/2009, de 9 de marzo, FJ 2; y 186/2010, de 29 de noviembre, FJ único) y que, por consiguiente, es necesario que “en la demanda se disocie adecuadamente la argumentación tendente a evidenciar la existencia de la lesión de un derecho fundamental –que sigue siendo, obviamente, un presupuesto inexcusable en cualquier demanda de amparo– y los razonamientos específicamente dirigidos a justificar que el recurso presenta especial trascendencia constitucional” (STC 17/2011, de 28 de febrero, FJ 2)».

(STC 69/2011, de 16 de mayo. Recurso de amparo núm. 5530/2010. Ponente: D. Pascual Sala Sánchez. «BOE» de 11-06-2011).

LEY ORGÁNICA 6/1985, DE 1 DE JULIO, DEL PODER JUDICIAL

ARTÍCULO 267

Recurso de aclaración.

«En la regulación de la aclaración contenida en el artículo 267 LOPJ coexistan dos regímenes distintos: “de un lado, la aclaración propiamente dicha, referida a aclarar algún concepto oscuro o suplir cualquier omisión que contengan las Sentencias y Autos definitivos (apartado 1); y, de otro, la rectificación de errores materiales manifiestos y los aritméticos (apartado 2)” (STC 216/2001, de 29 de octubre de 2001). En cualquiera de los dos casos se excluye, por definición “el cambio de sentido y espíritu del fallo, toda vez que el órgano judicial, al explicar el sentido de sus palabras o adicionar lo que falta, debe moverse en el marco interpretativo de lo anteriormente manifestado o razonado” (STC 55/2002, de 11 de marzo, y jurisprudencia allí citada).

(.../...)

Así pues el Tribunal Constitucional reconoce que el recurso de aclaración puede comportar excepcionalmente una revisión del sentido del fallo cuando “el error material que conduce a dictar una resolución equivocada sea un error grosero, manifiesto, apreciable desde el texto de la misma sin necesidad de realizar interpretaciones o deducciones valorativas, deducible a simple vista, en definitiva, si su detección no requiere pericia o razonamiento jurídico alguno, el órgano judicial puede legítima y excepcionalmente proceder a la rectificación ex artículo 267 LOPJ, aun variando el fallo” (por todas STC 216/2001, de 29 de octubre)».

(STC 123/2011, de 14 de julio. Recurso de amparo núm. 3670/2011. Ponente: D. Pablo Pérez Tremps. «BOE» 2-9-2011).



Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

ARTÍCULO 20.4

Legítima defensa incompleta. Supuesto de exceso intensivo. Necesidad racional del medio empleado. Módulos para su determinación. Reacción desproporcionada, al ser dirigido el ataque a partes vitales y por su carácter reiterado.

Se postula la aplicación de la legítima defensa como eximente completa frente a la tesis de la sentencia de condenarle como eximente incompleta.

El motivo no puede ser admitido ya que en esta sede casacional se comparten los razonamientos de la sentencia relativos a la falta de proporcionalidad en la defensa que efectuó el recurrente al ver la agresión que sufría su amigo por los cinco que le golpeaban.

Retenemos este párrafo del fundamento jurídico noveno: «... Lo que es incuestionable es que existió un exceso intensivo en el uso de la defensa, habida cuenta de la utilización de una navaja en concreto hacia el tórax y hemitórax, región lumbar y rostro de Dámaso, con los resultados que se han descrito y que pusieron en grave peligro su vida de no mediar asistencia médica lo que hace que la defensa invocada se convierta en desproporcionada....».

En el presente caso, la desproporción no es tanto por la utilización de la navaja, porque la agresión que sufría el camarero era causada por los golpes de cinco personas. La desproporción se encuentra en las partes vitales que resultaron afectadas y por tanto, por la reiteración de tales actos –seis en total–.

Con la STS 1023/2010 de 23 de noviembre, debemos recordar que el requisito legal de la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión constituye un juicio de valor que obliga «... no sólo debe tenerse en cuenta la naturaleza del medio, en sí, sino también el uso que de él se hace y la existencia o no de otras alternativas de defensa menos gravosas en función de las circunstancias concretas del hecho. Se trata por tanto de un juicio derivado de una perspectiva *ex ante*. Podemos concluir, afirmando que contra el injusto e ilícito proceder agresivo, la

defensa ha de situarse en un plano de adecuación, buscando aquella proporcionalidad que, conjurando el peligro o riesgo inminentes, se mantenga dentro de los límites del imprescindible rechazamiento de la arbitraria acometida, sin repudiables excesos que sobrepasen la necesaria contrarrestación. En la determinación de la racionalidad priman fundamentalmente módulos objetivos, atendiendo no solamente a la ecuación o paridad entre el bien jurídico que se tutela y el afectado por la reacción defensiva, sino también a la proporcionalidad del medio o instrumento utilizado, empleo o uso que de mismo se hubiese realizado, circunstancias del hecho, mayor o menor desvalimiento de la víctima, y, en general, sus condiciones personales, posibilidad de auxilio con que pudiera contar, etc.; sin desdeñar absolutamente aspectos subjetivos relevantes y de especial interés, pues –cual ha resaltado la jurisprudencia– dada la perturbación anímica suscitada por la agresión ilegítima, no puede exigirse al acometido la reflexión, serenidad y tranquilidad de espíritu para, tras una suerte de raciocinios y ponderaciones, elegir fríamente aquellos medios de defensa más proporcionados, con exacto cálculo y definida medida de hasta donde llega lo estrictamente necesario para repeler la agresión....».

En el presente caso, es claro que la reiteración en los golpes dados –seis, como ya se ha dicho– por el recurrente con la navaja de 9 centímetros y la afectación de factores vitales llevan a la conclusión de que la legítima defensa no puede calificarse como completa. Hubo un exceso en la defensa.

(Sentencia núm. 927/2011, de 20 de septiembre).

ARTÍCULO 139.1

Asesinato en grado de tentativa. Brutal agresión con una barra de hierro en la cabeza que ocasiona lesiones que, de no haber mediado la rápida intervención de la ambulancia y la acertada intervención de los médicos, habrían ocasionado el fallecimiento del agredido, de forma inevitable. Animus necandi. Alevosía. Uso de herramienta apta no sólo para causar graves lesiones, sino para matar; utilizada sobre zona vital, con una inusitada violencia y brutalidad. Ataque del acusado por la espalda de forma sorpresiva e inopinada.

«Los hechos declarados probados –de necesaria observancia– evidencian de modo indiscutible la intención letal del autor de los hechos, cuando describe que: “Al ver que Ceferino colgaba el móvil, Juan Antonio, súbita e inopinadamente, entre las 21’40 y las 21’45 horas, se acercó por detrás a Ceferino, y con la barra de hierro tipo ‘pata de cabra’ que portaba le golpeó, con toda su fuerza e intensidad, en la parte posterior de la cabeza, haciendo caer aturdido a Ceferino de inmediato al suelo, donde Juan Antonio continuó golpeando con la barra a Ceferino en la cabeza y tórax, hasta que se percató de la presencia en las proximidades de tres señoras, una de las cuales le gritó ‘hijo de puta, llamo a la Policía’, momento en el que Juan Antonio huyó del lugar corriendo, dejando caer la barra de hierro a corta distancia”».

«Ceferino pudo salvar su vida gracias a la intervención de las tres señoras que aparecieron por el lugar y llamaron a la Policía y servicios médicos, y sobre todo a la atención que se le dispensó en los Hospitales de Sierrallana y Marqués de Valdecilla».

Todas las lesiones precisaron tratamiento médico y quirúrgico para su sanación, y, de no haber sido asistidas de inmediato, habrían producido el fallecimiento. Pre-

cisó 36 días de hospitalización y la curación se produjo tras 329 días con impedimento para el ejercicio de sus ocupaciones habituales. (...)

«Como recoge la propia sentencia de instancia, el delito de asesinato es un homicidio cualificado. Es un homicidio en el que concurre una o varias circunstancias de agravación específica concretas (alevosía, ensañamiento, precio, recompensa o promesa)».

En el presente caso concurre el dolo homicida que como sustrato básico exige el asesinato, dolo que en este caso es directo.

Como recuerda numerosa y reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, desde la STS de 16 de marzo de 1991 hasta las más recientes SSTS de 31 de octubre de 2002, 25 de marzo de 2004, 19 de abril de 2004, 2 de julio de 2004 (caso «Hiper-cor») y 11 de noviembre de 2004, si respecto a la circunstancia cualificativa concurrente se da la plena consciencia, esto es, aparece abarcada por la inteligencia o comprensión del autor, y es querida o realizada la acción con tal circunstancia por el sujeto, nada puede oponerse a la existencia del asesinato solo porque lo comprendido eventualmente por el dolo sea la muerte.

En el supuesto de autos se proclama el dolo directo. El procesado ataca a la víctima con una barra de hierro gruesa y pesada, de las conocidas como «uña» o «pata de cabra», perfectamente apta no sólo para causar graves lesiones, sino para matar, fuere cual fuere la zona vital contundida. Y la ataca en la cabeza, lugar en el que concentra la mayor parte de los golpes propinados con una inusitada violencia y brutalidad. El comportamiento del acusado, además, atacando por la espalda «y de forma sorpresiva e inopinada, deja traslucir una directa y decidida intención y voluntad de ejecutar su acción dando cumplimiento a finalidades aseguratorias para la ejecución y para el propio actuante tendentes a evitar una hipotética defensa por parte de la víctima. Es decir, de ejecutar el hecho con alevosía».

Con arreglo a ello, la subsunción está bien efectuada, y el motivo ha de ser desestimado.

(Sentencia núm. 1406/2011, de 29 de diciembre).

ARTÍCULO 147.1

Lesiones. Causadas al arrojarse la víctima por la ventana huyendo de su agresor, que previamente había consumado un delito de violación y la amenazaba con matarla. Imputación objetiva del resultado. Nexo causal y creación de un riesgo desaprobado para la víctima, abarcado por el dolo del autor. Inexistencia de una voluntaria autopuesta en peligro por parte de la víctima, ni de una heteropuesta en peligro consentida. El riesgo encuentra su origen en la conducta del acusado, sin que la víctima fuera libre de elegir la forma de eludir el peligro, ni aun cuando aquél afectase a un bien jurídico –libertad sexual– diverso del amenazado –integridad física– por la acción de salvamento emprendida por la víctima.

La víctima «en un estado de pánico, aterrorizada, se abalanza por la ventana al vacío». Y a continuación la lesión derivada de la caída por la ventana.

Que la acción de arrojarse por la ventana se considere como libre y voluntaria, resulta algo inadmisibile.

En un caso de indudable simetría con el que ahora juzgamos, dijimos en nuestra Sentencia número 449 /2009, de 6 de mayo:

El problema que suscita este motivo no es otro que el del fundamento y corrección de la atribución del resultado lesivo de la víctima a la acción que los hechos probados describen como realizada por el acusado recurrente.

A tal cuestión ha venido a dar respuesta la construcción dogmática de la imputación objetiva, de mayoritario refrendo en la doctrina, por más que desde diversas construcciones, cuyo examen no corresponde hacer en este lugar. Ello no impide afirmar como generalizado el criterio de que, cuando se trata de delitos de resultado, el mismo es imputable al comportamiento del autor si éste crea un riesgo, jurídicamente desaprobado, y de cuyo riesgo el resultado es su realización concreta.

A ello ha de unirse, según algunas posiciones doctrinales, por más que no pacíficas, la exigencia de que ese resultado se encuentre dentro del alcance del tipo. Es decir que no cabrá hacer aquella imputación si el tipo no se destina a la evitación del resultado de que se trate.

Esta última referencia adquiere especial relevancia precisamente, y en lo que ahora nos interesa, cuando el supuesto examinado puede encuadrarse en las hipótesis, entre otras, que pudieran calificarse de autopuesta en peligro. Es decir, cuando la víctima no es ajena con su comportamiento a la producción del resultado. Surge entonces la necesidad, en determinados casos, de decidir si la víctima pierde la protección del Derecho Penal, bajo criterios de autorresponsabilidad, o si, por el contrario, debe mantenerse la atribución de responsabilidad al autor que creó el riesgo.

Desde luego resulta insatisfactorio recurrir a la invocación del consentimiento de la víctima para dirimir esa cuestión. Resulta evidente que en el caso que juzgamos, el consentimiento por parte de la víctima en afrontar la acción arriesgada que desembocó en el resultado lesivo, no puede en modo alguno estimarse válido, ya que el hecho declarado probado proclama que la víctima actuó forzada.

Es más, partiendo del hecho declarado probado hemos de convenir que tampoco es correcto hablar de una voluntaria autopuesta en peligro por parte de la víctima, ni de una heteropuesta en peligro consentida, porque el riesgo encuentra su origen precisamente en la conducta del acusado, sin que la víctima fuera libre de elegir la forma de eludir el peligro creado por el acusado, ni aun cuando aquél afectase a un bien jurídico –libertad sexual– diverso del amenazado –integridad física– por la acción de salvamento emprendido por la víctima.

Analizados los hechos, tal como nos vienen declarados, debemos concluir que no son atribuibles a la autonomía autorresponsable de la víctima. Y está fuera de duda que la preservación de la libertad sexual y la integridad física entran de lleno en su esfera de organización, que debe permanecer indemne ante intromisiones ajenas. Por ello, esa acción de la víctima, no afecta a la valoración jurídica penal que merece el comportamiento descrito como realizado por el acusado.

Por lo dicho, no puede excluirse la tipicidad penal, del delito de lesiones, de la conducta descrita como realizada por el acusado recurrente, y también ha de concluirse que el comportamiento de la víctima no elimina tampoco la imputación al comportamiento del citado recurrente del resultado lesivo padecido por aquélla.

Y ello pese a que, como dijimos, el riesgo creado por el recurrente amenazaba un bien jurídico diverso del de la integridad física de su víctima. Porque lo relevante es la inminencia de la agresión a la libertad sexual, unida a que la víctima estaba, en expresión de los hechos probados, acorralada por el acusado, que le impedía escapar por la puerta de la vivienda, llegando a temer por su vida, y que fue en ese marco, en el que

la víctima adoptó la decisión de saltar por el balcón del segundo piso para dejarse caer en la terraza del primero, acción ésta que, por otro lado, estaba lejos de mostrarse como altamente peligrosa, de suerte que no puede calificarse de desproporcionada a la situación de peligro soportada, ni siquiera cabe tampoco calificar de imprudencia grave dicha actuación de la víctima.

Muy al contrario, nos encontramos ante un supuesto de exclusión de imputación del resultado a la víctima. Y no tanto porque ésta, en cuanto titular del bien jurídico lesionado, no es la persona a la que el Derecho Penal responsabiliza de tal lesión, sino porque su comportamiento no excluye la imputación del resultado al acusado.

A esta conclusión habría de llegarse de mantenerse que a la víctima no le será imputable el resultado cuando no puede considerarse que lo consiente con voluntad válida, por libre y consciente. Pero también asumiendo las tesis de su irresponsabilidad cuando concurren los supuestos en los que se excluye aquélla respecto al autor de un hecho punible. Así cuando se encuentra en alguna de las situaciones de exclusión de imputabilidad, o, como en este caso, en alguna situación en la que, como autor, estaría justificada su conducta por estado de necesidad.

Y también cabe proclamar la responsabilidad del autor, aquí acusado, yendo más allá de la mera tesis de irresponsabilidad de la víctima. Lo determinante sería la existencia de ámbitos de responsabilidad diferenciados, con determinación normativa previa a la imputación. Desde luego resulta obvio, en lo que ahora interesa, la desaprobación por el Derecho de la creación de situaciones de emergencia, incidiendo en ámbitos de organización ajenos, respecto de cuyas situaciones la acción de salvamento o elusión, no solo por un tercero, sino por la misma víctima del riesgo, está justificada, desde luego en los casos en que esa acción es además proporcionada.

En alguna sentencia dictada en supuestos bien similares hemos dicho que, en tal situación el resultado era imputable al autor del riesgo desencadenante de la maniobra defensiva. Como los resueltos por las Sentencia de 8 de noviembre de 1991 y 26 de febrero de 2000.

En la STS núm. 444/2007, de 16 mayo dijimos: Así las cosas, aparece que la conducta de Cosme originaba un grave riesgo de que Silvia tratara de escapar de manera extremadamente peligrosa para su vida y para la del feto. Y no aparece que hubiera una exagerada autoprotección por parte de Silvia, una intervención imprevisible de ella que permita apreciar la interrupción del curso causal. Aun dentro del planteamiento adoptado por la Acusación y por la sentencia, la imputación objetiva ha de ser afirmada, con arreglo a la Doctrina jurisprudencial; véanse Sentencias de este Tribunal de 7 de abril de 2006 y 26 de febrero de 2000. A igual solución se llegaría, desde un punto de vista penométrico, si se aplicara el artículo 11.b, Código Penal, partiendo de que Cosme había creado la ocasión de riesgo, con el deber de garante que ello conllevaba, e incurriendo en la comisión, por omisión, de los ataques a las vidas humanas independiente y dependiente.

Finalmente, en la medida en que la creación del riesgo para la víctima es abarcado por el dolo del autor, este título subjetivo de imputación ha de extenderse también al curso de los acontecimientos que no supongan exclusión de la imputación objetiva del resultado.

Debemos aquí recordar lo dicho en la citada Sentencia de 7 de abril de 2006: La esencia de la teoría de la imputación objetiva radica en la idea de que el resultado lesivo debe serle imputado al acusado siempre y cuando dicho resultado sea la consecuencia o realización de un peligro jurídicamente desaprobado creado por aquél, pues si la víctima no se hubiera encontrado en la situación creada por el autor, no se hubiera producido el resultado que finalmente tuvo lugar. Y como quiera que es incuestionable que en el caso examinado fue el acusado quien con su actuación previa dio lugar a

la situación de peligro a que se vio sometida la mujer, y que la acción de ésta para liberarse de tan acuciante situación no estuvo motivada por otras causas, resulta incontestable la relación de causalidad directa e inmediata con las lesiones sufridas por la misma y, por ello, que el acusado debe responder por el resultado lesivo de la integridad física de la víctima.

Nada empee para ello que el acusado no hubiera tenido –acaso– la concreta y específica intención de producir a la víctima las lesiones que ésta sufrió, pero una ponderación mínimamente racional de los hechos y del desarrollo de los mismos, conduce inexorablemente a considerar que el acusado actuó con dolo eventual en cuanto en el escenario donde se produjeron los hechos destaca la persistente y decidida voluntad de la mujer de abandonar el vehículo, lo que le era impedido por el acusado al bloquear la apertura de las mismas con el cierre centralizado, y rechazando con actos de violencia física los intentos de aquélla de alcanzar dicho mecanismo, siendo evidente para cualquiera que en esa situación de angustia por escapar y evadirse de la amenaza que se cernía sobre la secuestrada, ésta podría realizar cualquier acción que le permitiera alcanzar esos objetivos, aun a riesgo de su propia integridad, como hubiera sido abalanzarse sobre el acusado o, lo que finalmente realizó, accionar la palanca reductora, y es claro que el acusado pudo y debió prever la posibilidad y la probabilidad de tales reacciones y las consecuencias de éstas, aceptándolas y consinténdolas

Tal constante doctrina nos lleva pues a rechazar también esta pretensión en la medida que el escenario descrito en el hecho probado justifica la situación de angustia y terror de la víctima.

(Sentencia núm. 353/2011, de 9 de mayo).

ARTÍCULO 173.2

Violencia psíquica habitual. Exégesis del delito. Doctrina general. Violencia psíquica habitual sobre su esposa, 20 años más joven y con extremada dependencia afectiva hacia el acusado. Actos que configurarían un estado de habitual ultraje y reprochable sumisión, como frecuentes insultos, gritos y humillaciones, mandándole callar ante terceros, levantándole la mano y sometiendo sus gastos a un extremo control.

Hemos de convenir que la situación descrita en el hecho probado ha de tipificarse, como hace la sentencia recurrida, de violencia psíquica habitual.

Nuevamente la sentencia de instancia se muestra exquisita en las consideraciones sobre el sentido de la expresión que tipifica el delito citado como violencia psíquica. La creación de una atmósfera irrespirable por «sistemático maltrato», la configuración de la convivencia como «microcosmos regido por el miedo y la dominación», como referencia diferenciable de la concreta consideración de cada acto que se encuentra en el origen de aquella situación, constituyen el sustrato fáctico al que el legislador acude cuando, entendiendo la expresión en el sentido común del lenguaje, tipifica la que denomina violencia psíquica.

Ciertamente tal dimensión empírica debe acompañarse de una valoración normativa. Conforme a la misma, aquella situación ha de tener cierta entidad que resulte socialmente reprochable. Porque obedezca a una intolerable concepción asimétrica de

la relación de la pareja en la que uno de los sujetos impone una arbitraria jerarquía, consolidada mediante el temor que se suscita en el que resulta injustamente sometido.

No solamente por cualesquiera medios, de los que, conforme a aquel uso común del lenguaje, convenga la consideración de violento, sino también en relación a las múltiples facetas desde las que la relación citada puede ser concebida: tanto la repugnante sumisión de los criterios de uno a los que el otro postula, como en la inhibición atemorizada en el ejercicio de las diversas manifestaciones de libertad, sea la de movimientos, la de creencias o la de opinión. Y también cuando el control de los recursos económicos propios de la pareja se monopoliza por uno de ellos sin opción alguna del controlado a su empleo fuera de las pautas que el otro señala.

Desde luego la vejación o desprecio constituye ya una manifestación más grosera, si cabe, de aquella violencia psíquica.

El tipo penal exige que aquella situación histórica o fáctica, a la que convenga esa valoración normativa, ha de ser también habitual. Este concepto no equivale al de continuidad, en el sentido que la define el artículo 74 del Código Penal, ni es equiparable al delito que mediante un solo acto produce un resultado de permanente lesión del bien jurídico.

La habitualidad se configura como comportamiento, eso sí reiterado, pero del que deriva un único resultado específico y autónomo del concreto resultado de cada una de las acciones que se reiteran en el tiempo.

Precisamente por ello el legislador ha decidido sancionar separadamente y en concurso de delitos los diversos actos cometidos por el sujeto activo, si aisladamente valorados son susceptibles de tipificarse como tales delitos específicos: homicidio, lesiones –incluida la lesión psíquica–, amenazas, detenciones ilegales, coacciones, injurias, etc.

La consumación del delito aislado, autónomo del de violencia habitual, difiere así de la consumación del delito habitual. Ésta ocurre cuando puede decirse que la situación puede considerarse establecida atendiendo al número de actos, sean específicamente típicos o no, y a la proximidad entre ellos, tal como establece el artículo 173.2.

Así en nuestra Sentencia 1050/2007, de 20 de diciembre, dijimos, reiterando la Sentencia núm. 105/2007, de 14 de febrero, respecto a dicha autonomía que: «... La jurisprudencia de esta Sala ha entendido que la conducta que se sanciona (en el art. 173.2) es distinta de las concretas agresiones cometidas contra esas personas, lo que se corresponde con el inciso final del precepto, que establece la pena para la violencia habitual sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica. La conducta típica viene, pues, integrada por una forma de actuar y de comportarse de manera habitual en la que la violencia está constantemente presente, creando una situación permanente de dominación sobre las víctimas, que las atemoriza impidiéndoles el libre desarrollo de su vida. Tal forma de actuar se traduce y se manifiesta en distintos actos agresivos, de mayor o menor entidad, pero siempre encuadrados en aquel marco de comportamiento».

De ahí que, además de la sanción que los actos específicos han merecido, merezca ser penada la situación permanente de dominación denigrante a que aquellos actos y los demás no objeto de pena aislada, han sometido a al víctima. Precisamente con la correcta aplicación del artículo 173.2 del Código Penal.

Y en la Sentencia de esta Sala de 19 de octubre del 2010 resolviendo el recurso 10526/2010 dijimos: lo que ocurre, es que el Legislador al modificar el artículo 173.2 CP por la LO 11/2003 ha incluido una cláusula concursal excluyendo la infracción del principio *non bis in idem*, cuando dice que las penas se impondrán «sin

perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica». Esta Sala ha dicho que los concretos actos de violencia sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor y que la necesidad legal de penar separada y cumulativamente el delito de violencia doméstica habitual y los delitos o faltas en que se hubieren concretado los actos de violencia no suponen una infracción del citado principio. La violencia física o psíquica habitual es algo distinto de los concretos actos de violencia, aisladamente considerados y el bien jurídico protegido es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad.

Merece especial atención la reciente STS 474/2010, de 17 de mayo, que expone: «El recurrente considera que las amenazas (constituídas por la expresión te voy a matar), estarían integradas en la situación de clima de dominación o terror que constituye elemento del tipo descrito en el artículo 173 CP, por el que también ha sido condenado, por lo que con ello se vulnera el principio *non bis in idem*».

«Se recuerda que la jurisprudencia de esta Sala ha venido a considerar que las distintas agresiones puntuales han de ser castigadas de forma independiente (SSTS 927/2000, de 24 de junio y 1161/2000, de 26 de junio)».

«La STS 414/2003, de 24 de marzo (y en el mismo sentido la STS 701/2003, de 16 de mayo), precisó que “el delito de maltrato familiar o violencia doméstica tipificado en el artículo 153 del CP (la referencia está hecha al antiguo art. 153, antes de la reforma operada por la LO 11/2003) constituye un plus diferenciado de los individuales actos de agresión que lo generan, según el acertado criterio del nuevo CP de 1995”. Precisamente por ello es dudoso que también fuera acertada su ubicación sistemática en el Título III del Libro II, que tiene por rúbrica “De las lesiones”, porque el bien jurídico protegido por el artículo 153 CP, trasciende y se extiende, como ha destacado esta Sala en varias ocasiones, más allá de la integridad personal al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden, como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad –art. 10–, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes –art. 15–, y en el derecho a la seguridad –art. 17–, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y la protección integral de los hijos del artículo 39 (en este sentido SSTS 927/2000, de 24 de junio y 662/2002, de 18 de abril)».

«Y la misma sentencia recordó que “los concretos actos de violencia sólo tiene el valor de acreditar la actitud del agresor y por ello se sancionan separadamente, no impidiendo la sanción adicional de la conducta de violencia doméstica como delito autónomo, con sustantividad propia”. El bien jurídico protegido, como se ha dicho, no es propiamente la integridad física de los agredidos. Si lo fuese no podrían sancionarse doblemente las agresiones individualizadas y, además, la violencia habitual integrada por las mismas, sin vulnerar el principio *non bis in idem*. El bien jurídico protegido es la pacífica convivencia familiar, por lo que no se trata propiamente de un delito contra las personas sino contra las relaciones familiares, pese a su ubicación sistemática (STS 20/2001, de 22 de enero)».

«Por su parte, la STS 645/2004, de 14 de mayo, reiteró que “no cabe hablar de ninguna vulneración del principio *non bis in idem*, por la posible duplicidad de sanciones por unos mismos hechos, por la sencilla razón de que el propio precepto legal, cuya infracción se denuncia, prevé expresamente que la sanción correspondiente a la conducta descrita en el mismo se impondrá, ‘sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare’ (v. la redacción originaria del art. 153 C. Penal), ‘sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los

delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica' (v. la redacción del citado artículo según la reforma operada en el mismo por la LO 14/1999, de 9 de junio), 'con independencia de que (...) los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores' (v. art. 173.3 del C. Penal, según el texto reformado por la LO 11/2003). Existen dos bienes jurídicos claramente diferenciados (la paz familiar y la integridad moral de la persona, de un lado, y la integridad física y psíquica de la persona, por otro). Los concretos actos de violencia sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor, no existe, por tanto, infracción del principio *non bis in idem* (v. STS de 9 de julio de 2001)».

La más reciente Sentencia de 26 de enero del 2011, al resolver el recurso 10793/2012 reiteró: Si además se hubiera considerado la concurrencia de un daño psíquico nos encontraríamos ante un delito de lesiones, cuya autonomía exigiría la sanción separada.

Y es que, como dijimos en nuestra Sentencia 477/2009, de 10 de noviembre, resultando aquí indiscutido el carácter activo del sujeto acusado ejerciendo la violencia, «el predicado típico de dicho verbo se circunscribe a la violencia (física o psíquica). La física parece exigir un acometimiento sobre el cuerpo de la víctima. Sin que, desde luego, sea necesario un resultado lesivo para su integridad física. Y para la psíquica suele reclamarse una restricción que no la aleje del concepto de violencia y se traduzca en efectos sobre la psique del sujeto pasivo. Al menos en términos de riesgo, si no llega a producir un resultado lesivo para aquella».

El actual artículo 173.2, no afectado por la reforma de 2004, mantiene su autonomía respecto de los eventuales tipos que puedan resultar de los actos violentos. Aquél se consuma cuando la actuación se manifiesta de manera habitual y determina, como en el caso de nuestra Sentencia 607/2008, de 3 de octubre, una convivencia insoportable para la víctima, la cual ha vivido en una situación de miedo, depresión y ansiedad, temiendo, incluso, por su vida, todo lo cual implica un claro desconocimiento, por parte del acusado, de la dignidad personal de la mujer (v. art. 10 CE).

La descripción de hechos probados, que en este cauce procesal no cabe discutir, da cuenta, no solo de antecedentes como el ocurrido en La Haba hacia el año 2002, sino de actos mucho más recientes que configuran ese estado de habitual ultraje y reprochable sumisión, cuando relata la agresión en Rota en mayo de 2007, los insultos de julio de 2008 y, más genéricamente a la proclamación como acreditados, en el tercer párrafo del apartado primero de la declaración de hechos probados, de frecuentes «insultos gritos y humillaciones, tildándola de subnormal o hija de puta, mandándole callar ante terceros, levantándole la mano (por lo general sin llegar a golpearla) y sometiendo sus gastos a un extremo control». Y subraya que tal situación duró hasta que el acusado puso fin a la convivencia en octubre de 2007.

(Sentencia núm. 192/2011, de 18 de marzo).

ARTÍCULO 183.1

Abusos sexuales. Engaño. Intercambio sexual con menor de 12 años por la promesa de compra de un móvil. La promesa de adquisición de un teléfono móvil, dirigida a un impúber que ve en ese objeto el ansiado instrumento para intensificar sus incipientes relaciones sociales, puede actuar como un señuelo que lleve a liberar a la víc-

tima de la autocontención que, sin ese ofrecimiento, habría impedido la entrega sexual. Continuidad delictiva.

Se denuncia indebida aplicación del delito continuado de abuso sexual de los artículos 183.1 y 2 y 74 del CP.

Razona la representación legal de Aureliano que los hechos que se declaran probados respecto de Saturnino no tienen entidad suficiente para incardinarse en un delito continuado de abuso sexual. El menor acompañó al acusado por propia voluntad, no medió engaño. El menor aceptó mantener relaciones sexuales porque quería el premio del móvil, pero ese estímulo –sostiene la defensa– no integra el engaño penalmente relevante. Tampoco existió delito continuado, pues medió una discontinuidad temporal que impediría hablar de un aprovechamiento de «idéntica ocasión».

No tiene razón el recurrente.

A) El precepto mediante el que han sido calificados los hechos –art. 183.1 y 2 CP– sanciona a quien, interviniendo engaño, cometiere abuso sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis. La aplicación de este tipo penal, cuando no su misma existencia, suscita no pocas dificultades. No faltan quienes ven en el mismo una rémora histórica a la que el legislador no ha podido sustraerse, sancionando la promesa incumplida de matrimonio como elemento determinante de la prestación de un consentimiento viciado para el acceso carnal. La jurisprudencia histórica revela, sin embargo, una aplicación del estupro de prevalimiento –antecedente inmediato del precepto acogido en el art. 183.1 del CP– no siempre asociada a la promesa de matrimonio. Así, las SSTS de 13 de octubre de 1967 y de 20 de enero de 1973, condenaron al hombre casado que venció la resistencia de una menor persuadiéndola de que era soltero; la STS de 26 de junio de 1929, consideró suficiente el engaño de quien había prometido a la mujer dejarla heredera de sus bienes y la STS de 3 de diciembre de 1903, estimó que la simulación de una ceremonia formal de matrimonio, celebrada por sorpresa, a sabiendas de que no era jurídicamente válido, también integraba el abuso sexual logrado mediante engaño.

En el caso que nos ocupa, la Audiencia Provincial ha estimado que el engaño determinante del consentimiento prestado por Saturnino consistió en la promesa del acusado de comprarle un móvil. Resulta indudable que la determinación de la idoneidad del engaño ha de estar fijada, no con arreglo a parámetros universales, sino atendiendo a las circunstancias personales de quien presta su consentimiento para un acto sexual que, en otras circunstancias, no habría consentido. Ese engaño, pues, ha de ser determinante, en términos de causalidad jurídica, de la prestación del consentimiento. Y no parece irrazonable afirmar que un menor de 12 años –a esa edad se iniciaron los contactos sexuales con el procesado a quien Saturnino dijo que ya había cumplido 13 años– presenta una inmadurez anímica que puede llevarle a prestar un consentimiento que, sin mediar ese engaño, nunca habría ofrecido. Es cierto que Saturnino tolera el intercambio sexual por la promesa de compra de un objeto. Sin embargo, no se trata de un regalo intrascendente para cualquier niño de su generación. La promesa de adquisición de un teléfono móvil, dirigida a un impúber que ve en ese objeto el ansiado instrumento para intensificar sus incipientes relaciones sociales, puede actuar como un señuelo que lleve a liberar a la víctima de la autocontención que, sin ese ofrecimiento, habría impedido la entrega sexual.

La nueva redacción del artículo 187.1 del CP, conforme a la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de octubre y por tanto no vigente en la fecha de comisión de los hechos enjuiciados, ha incluido entre los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores, castigando con una pena de 1 a 5 años de prisión y multa, la con-

ducta de quien «... solicite, acepte u obtenga a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con persona menor de edad o incapaz». Es cierto que no existe identidad en la acción prevista en cada uno de los tipos, siendo llamativa la diferencia de pena. Sin embargo, es perfectamente posible imaginar supuestos que presenten elementos comunes con el vigente artículo 182 del CP que, en el futuro, obligarán a delimitar jurisprudencialmente la relación concursal entre ambos tipos penales.

En cualquier caso, ciñéndonos al caso que es objeto de atención y a los instrumentos jurídicos vigentes para su calificación jurídica, la Sala concluye, en sintonía con la Audiencia Provincial, que existió un engaño determinante del consentimiento prestado por Saturnino para los actos sexuales en que fue involucrado por Aureliano.

B) Tampoco ha errado el Tribunal de instancia cuando ha calificado los hechos como integrantes de un delito continuado de abuso sexual. En efecto, la excepcionalidad de aplicación del delito continuado forma parte del enunciado mismo del artículo 74 del CP, en cuyo apartado 3 se precisa que «...quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva».

Aun sin la unanimidad que sería deseable, la jurisprudencia de esta Sala –decíamos en nuestra STS 510/2009, 12 de mayo– tiende a rechazar la idea de continuidad delictiva cuando de agresiones sexuales se trata (cfr. por todas, SSTS 1378/1994, 30 de junio, 1387/1994, 5 de julio, 626/2005, 13 de mayo y 553/2007, 18 de junio). Recordábamos en la STS 319/2009, 23 de marzo, que la unidad de sujeto pasivo constituye un presupuesto sine qua non para la apreciación de la continuidad delictiva (cfr. SSTS 767/2005, 7 de junio, 275/2001, 23 de febrero, 1209/1993, 28 de mayo y 1272/1999, 9 de septiembre). A partir de esta idea, existen numerosos precedentes jurisprudenciales de admisión de la continuidad delictiva al tratarse de una misma víctima a la que, en ejecución de idéntico propósito libidinoso, se somete a abusos o agresiones sexuales durante un período dilatado de tiempo (cfr. por todos, SSTS 1832/1998, 23 de diciembre; 938/2004, 12 de julio y 360/2008, 9 de junio).

En el presente caso, la existencia de una continuidad delictiva respecto de los hechos imputados en relación con Saturnino se derivaría, no ya de la constatación de una única víctima, sino de la utilización de un mismo modus operandi, tratándose además de una reiterada infracción del mismo precepto, aprovechando semejantes ocasiones, con una visible proximidad temporal y, en fin, con el propósito de satisfacer un afán sexual que inspiraba todas las acciones ejecutadas.

(Sentencia núm. 1143/2011, de 28 de octubre).

ARTÍCULO 189.2

Posesión de pornografía infantil. Revocación de la condena de instancia por atipicidad. Posesión fugaz de archivos que ya se habían borrado cuando se practica el registro del ordenador. Recuperación de fotogramas residuales, de contenido sexual explícito en los que aparecen menores de edad, a través de la huella o rastro informático. Dado que no consta dato alguno sobre el momento de su grabación y posterior eliminación, ha de inferirse en beneficio del reo, que una

mera detentación no constituye un delito del artículo 189.2 CP. Doctrina de la Sala sobre la distinción entre visionar y poseer.

El artículo 189.2 del Código Penal castiga al que para su propio uso posea material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o incapaces, el cual lo será con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años.

Con respecto al concepto de pornografía infantil, la STS 1058/2006, de 2 de noviembre, ya declaró que la distinción entre el concepto de pornografía de lo meramente erótico es, a veces, un problema complejo por cuanto depende de múltiples factores de tipo cultural, estructuras morales, pautas de comportamiento, etc. Y con relación a la pornografía infantil, el Consejo de Europa ha definido la pornografía infantil como «cualquier material audiovisual que utiliza niños en un contexto sexual».

Nuestra jurisprudencia en STS 20 de octubre de 2003, consideró que la imagen de un desnudo –sea menor o adulto, varón o mujer– no puede ser considerada objetivamente material pornográfico, con independencia del uso que de las fotografías pueda posteriormente hacerse y, en la STS 10 de octubre de 2000 precisa que la Ley penal no nos ofrece una definición de lo que considera pornografía, refiriéndose a ella en los artículos 186 y 189 del Código Penal. Tampoco nuestro ordenamiento jurídico realiza definición alguna en aquellos aspectos que dispensa una protección, fundamentalmente administrativa, ni tampoco los convenios internacionales sobre la materia. Igualmente, la jurisprudencia ha sido reacia a descripciones semánticas sobre esta cuestión, sin duda por entender que el concepto de pornografía está en función de las costumbres y el pensamiento social, distinto en cada época, cambiante, y conectado con los usos sociales de cada momento histórico. La Sentencia de esta Sala de 5 de febrero de 1991, llegó a enfatizar que se trataba en suma de material capaz de perturbar, en los aspectos sexuales, el normal curso de la personalidad en formación de los menores o adolescentes. Parece conforme con esta interpretación que la pornografía, es aquello que desborda los límites de lo ético, de lo erótico y de lo estético, con finalidad de provocación sexual, constituyendo por tanto imágenes obscenas o situaciones impúdicas, todo ello sin perjuicio de que, en esta materia las normas deben ser interpretadas de acuerdo con la realidad social, como impone el artículo 3.1 del Código Civil.

Como señala nuestra STS 105/2009, de 30 de enero, el artículo 189.2 del Código penal requiere los siguientes elementos: a) una posesión de material pornográfico, en cuya elaboración se hubieren utilizado menores o incapaces, lo que se integra mediante el concepto de pornografía, al que nos hemos referido más arriba, junto al dato de la aparición de menores o discapacitados, dentro de un escenario sexual, que es el objeto de su protección, a través de convenios internacionales sobre esta materia, particularmente la protección del niño a nivel internacional; b) que este material se tenga para uso personal de quien lo almacene, excluyéndose cualquier actividad que suponga producción o difusión, es decir, alguna de las modalidades de producir, vender, distribuir, exhibir o facilitar estas actividades por cualquier medio, o la mera posesión para esos fines. La exasperación penológica nos debe conducir a interpretar el tipo penal incluido en el artículo 189.1.b) bajo la verdadera voluntad del legislador, que es reprimir toda conducta en la que se interviene en la cadena de producción o en la fase de distribución o exhibición de tal material pornográfico (máxime si se utilizan menores de trece años), pero no en el simple visionado de lo que está ya «exhibido» (difundido) en la red, sin intervención alguna del acusado en su proceso de producción o cadena de distribución, que es precisamente la actividad que se incrimina con

tal penalidad. Y claro es que puede darse por acreditada tal actividad de difusión cuando las imágenes que se reproducen son de una cantidad tan ingente que puede entenderse existe una especie de «redifusión» de las mismas, desde el ordenador del sujeto activo de este delito, al poner de nuevo en la red un enorme material que se ha ido «recopilando» en variadas ocasiones por el autor; c) será necesario finalmente un elemento subjetivo, constituido por el dolo del agente, que aquí bastará con la conciencia de que se posee en su sistema o terminal, tales archivos que constituyen pornografía infantil (lo que igualmente se habrá de probar en cada caso).

Tercero.—El supuesto enjuiciado contiene unas especiales características fácticas que han de ser valoradas para la aplicación del tipo penal con que ha sido sancionado el ahora recurrente. Por un lado, se cuestiona el mismo elemento objetivo, es decir, la posesión de tales imágenes o archivos (que únicamente han resultado ser fotogramas residuales obtenidos tras la operación de recuperación del material grabado y borrado posteriormente), lo que podemos denominar «posesión fugaz», y de otro lado, se desconoce el momento concreto de la descarga, o bien el lapso temporal en que fueron poseídas por el acusado las imágenes que fueron ulteriormente recuperadas, a modo de huella o rastro informático de su pretérita existencia.

Comenzando por este último reproche, que afecta a la prescripción del delito —tres años en el caso—, no consta en el *factum* dato alguno de donde deducir el momento, ni de la descarga, ni de la duración de la posesión. En efecto, señalan los jueces «a quibus» que desconocen el tiempo de la posesión, pero que ésta existió, aunque «no fuera particularmente prolongada o incluso muy reducida en el tiempo»; y más adelante que «los archivos fueron borrados, sin poder precisarse un tiempo prolongado de posesión».

Pues, bien, como quiera que solamente consta un dato temporal, esto es, que el día 15 de junio de 2006 se practicó una entrada y registro en el domicilio del acusado, autorizada judicialmente, y que en el curso de la misma se intervino el material informático que se analiza por la policía científica (folios 1229 a 1240) —Grupo de Pericias Informáticas—, tras el volcado de los discos duros de ambos sistemas, y no existe ni una fecha más, ni otro dato temporal, hemos de concluir que, al desconocerse la fecha de la incorporación —por el procedimiento que sea— de los archivos citados, y del borrado de los mismos, ha de inferirse, en beneficio del reo, que tal descarga o traslación a los cuerpos de almacenamiento del sistema informático pudieron ser tan fugaces, que durasen el tiempo correspondiente a su visionado y posterior destrucción, o bien el traslado a la papelera de reciclaje, o en fin, pudieron incorporarse en tiempo pasado, de manera que la acción estaría ya prescrita, aspecto éste que puede ser cuestionado incluso de oficio por el propio Tribunal enjuiciador, en cualquier instancia jurisdiccional, de manera que por la penalidad que se establece en el artículo 189.2 del Código Penal, a tenor del contenido del artículo 131.1 (antes de su reforma operada por LO 5/2010, la prescripción habría que determinarla en tres años, de conformidad con nuestro Acuerdo Plenario del día 26 de octubre de 2010 (delito cometido, no acusado).

Siendo así, procede la absolución del acusado, al faltar una mínima determinación temporal sobre tal posesión, que —por otro lado— al tratarse de una mera detentación fugaz, no puede integrar el tipo, ya que la STS 105/2009, de 30 de enero, sostiene que la posesión ha de durar algún lapso temporal determinado, y así se lee en la misma que el acusado «poseyó, por más o menos tiempo, en el caso unos dos meses» el material que se cita, y en todo caso, porque no puede afirmarse con rotundidad si fue, o no, borrada inmediatamente, al advertirse el contenido pedófilo de la misma, pues ha de distinguirse entre visionar y poseer.

(Sentencia núm. 373/2011, de 13 de mayo).

ARTÍCULO 250

Estafa. Compra de vehículo en un concesionario de coches de lujo entregando para su pago cheque sin fondos. Engaño bastante. Apariencia de solvencia económica de la que el acusado carecía. Teoría de la autopuesta en peligro e imputación objetiva del resultado. Doctrina jurisprudencial. Inexistencia de grave negligencia por parte del director del concesionario a la hora de tutelar los intereses de la empresa.

El motivo cuestiona la existencia del engaño bastante, elemento esencial del delito de estafa, que a su juicio, queda desdibujado y sin la precisión suficiente en el *factum*, por cuando ha de analizarse no solo la conducta realizada por el acusado, sino también por el director comercial del concesionario de coches de lujo, Británica de Automóviles, S.L. en el sentido de si el mismo actuó con la diligencia debida a su condición para proteger el patrimonio de la empresa para la que trabajaba, para concluir que el mismo omitió no solo la diligencia debida sino la más elemental diligencia de una persona de su cargo, al aceptar como medio de pago de unos vehículos, primero un simple cheque emitido por una persona de la que no tenía ninguna referencia y después aceptó como forma de pago un pagaré sin firmar, por lo que, contrariamente a lo considerado en la sentencia, el engaño bastante no existió en la conducta del acusado, sino una dejación de las más elementales normas de protección por parte del director comercial.

Respecto a la inexistencia o insuficiencia del engaño cuestionada por el recurrente, hemos dicho en SSTS 954/2010, de 3 de noviembre, 733/2009, de 9 de julio, 368/2007, de 9 de mayo, 182/2005, de 15 de febrero, que la estafa como elemento esencial requiere la concurrencia del engaño que debe ser suficiente, además de precedente o concurrente con el acto de disposición de la víctima que constituye la consecuencia o efecto de la actuación engañosa, sin la cual no se habría producido el traspaso patrimonial, acto de disposición que realiza el propio perjudicado bajo la influencia del engaño que mueve su voluntad (SSTS 1479/2000, de 22 de septiembre, 577/2002, de 8 de marzo y 267/2003, de 29 de febrero), que puede consistir en cualquier acción del engañado que causa un perjuicio patrimonial propio o de tercero, entendiéndose por tal, tanto la entrega de una cosa como la prestación de un servicio por el que no se obtiene la contraprestación.

El engaño ha sido ampliamente analizado por la doctrina de esta Sala, que lo ha identificado como cualquier tipo de ardid, maniobra o maquinación, mendicidad, fabulación o artificio del agente determinante del aprovechamiento patrimonial en perjuicio del otro y así ha entendido extensivo el concepto legal a «cualquier falta de verdad o simulación», cualquiera que sea su modalidad, apariencia de verdad que le determina a realizar una entrega de cosa, dinero o prestación, que de otra manera no hubiese realizado (STS 27 de enero de 2000), hacer creer a otro algo que no es verdad (STS 4 de febrero de 2001).

Por ello, el engaño puede concebirse a través de las más diversas actuaciones, dado lo ilimitado del ingenio humano y «la ilimitada variedad de supuestos que la vida real ofrece» (SSTS 44/93, de 25 de enero, 733/93, de 2 de abril), y puede consistir en toda una operación de «puesta en escena» fingida que no responda a la verdad y, por consiguiente constituye un dolo antecedente (SSTS 17 de enero de 1998, 2 de marzo de 2000, 26 de julio de 2000).

Ahora bien el concepto calificativo de «bastante» que se predica en el precepto del engaño ha sido objeto tradicionalmente de gran discusión doctrinal, y en este sentido se ha considerado, de un lado, que tal elemento ha de interpretarse en términos muy estrictos entendiéndose que el engañador ha de representar una verdadera «mise en scene» capaz de provocar error a las personas más «avispadas», mientras que, de otro, se parte de un concepto más laxo entendiéndose que el engaño puede ser el ciudadano medio, con conocimientos normales, de inteligencia y cuidado también normal, e incluso puede entenderse bastante cuando el estafador ha elegido a sus víctimas debido precisamente a su endeble personalidad y cultura (STS 1243/2000, de 11 de julio).

La STS 1508/2005, de 13 de diciembre insiste en que la doctrina científica y la jurisprudencia coinciden en afirmar la dificultad para calificar de bastante una conducta engañosa. Suele afirmarse que la calidad del engaño ha de ser examinado conforme a un baremo objetivo y otro subjetivo. El baremo objetivo va referido a un hombre medio y a ciertas exigencias de seriedad y entidad suficiente para afirmarlo. El criterio subjetivo tiene presente las concretas circunstancias del sujeto pasivo. En otras palabras, la cualificación del engaño como bastante pasa por un doble examen, el primero desde la perspectiva de un tercero ajeno a la relación creada y, el segundo, desde la óptica del sujeto pasivo, sus concretas circunstancias y situaciones, con observancia siempre, de la necesaria exigencia de autodefensa, de manera que se exigirá en el examen del criterio subjetivo una cierta objetivización de la que resulta una seriedad y entidad de la conducta engañosa.

Por ello –hemos dicho en la STS 918/2008, de 31 de diciembre– modernamente se tiende a admitir la utilización de cierto contenido de «subjetividad» en la valoración objetiva del comportamiento con la idea de que no es posible extraer el significado objetivo del comportamiento sin conocer la representación de quien actúa. En el tipo de la estafa esos conocimientos del autor tienen un papel fundamental, así si el sujeto activo conoce la debilidad de la víctima y su escaso nivel de instrucción, engaños que en términos de normalidad social aparecen como objetivamente inidóneos, sin embargo, en atención a la situación del caso particular, aprovechada por el autor, el tipo de la estafa no puede ser excluido. Cuando el autor busca de propósito la debilidad de la víctima y su credibilidad por encima de la media, en su caso, es insuficiente el criterio de la inadecuación del engaño según su juicio de prognosis basado en la normalidad del suceder social, pues el juicio de adecuación depende de los conocimientos especiales del autor. Por ello ha terminado por imponerse lo que se ha llamado módulo objetivo-subjetivo que en realidad es preponderantemente subjetivo.

Pero además, en esta graduación del engaño, es preciso tener en cuenta la situación de peligro para el patrimonio sobre el que se desarrolla la conducta engañosa. Es decir, la valoración de la conducta engañosa difiere si ésta se desarrolla sobre un patrimonio en peligro, por su actuación en el mercado, o cuando éste no está en esa situación y la conducta engañosa, precisamente, supone su puesta en peligro, pues la misma se desarrolla contra un patrimonio que no tiene peligro alguno al tratarse de relaciones privadas entre autor y víctima del error con una proyección económica creada por la actuación del actor que utiliza la conducta engañosa (STS 2464/2001, de 20 de diciembre).

A este respecto debemos señalar (STS 1195/2005, de 9 de octubre, 945/2008, de 10 de diciembre) que el concepto de engaño bastante, no puede servir para desplazar en el sujeto pasivo del delito todas las circunstancias concurrentes desplegadas por el ardid del autor del delito, de manera que termine siendo responsable de la maquinación precisamente quien es su víctima, que es la persona protegida por la norma penal ante la puesta en marcha desplegada por el estafador.

Quiere esto decir que únicamente el burdo engaño, esto es, aquel que puede apreciar cualquiera, impide la concurrencia del delito de estafa, porque, en ese caso, el engaño no es «bastante». Dicho de otra manera: el engaño no puede quedar neutralizado por una diligente actividad de la víctima (Sentencia 1036/2003, de 2 de septiembre), porque el engaño se mide en función de la actividad engañosa activada por el sujeto activo, no por la «perspicacia» de la víctima. De extremarse este argumento, si los sujetos pasivos fueran capaces siempre de detectar el ardid del autor o agente del delito, no se consumaría nunca una estafa y quedarían extramuros del derecho penal aquellos comportamientos que se aprovechan la debilidad convictiva de ciertas víctimas (los timos más populares en la historia criminal, estampita, engaño de la máquina de fabricar dinero o «filo-mish», billete de lotería premiado o «tocomocho», timo del pañuelo o «paquero», etc...).

En definitiva, en la determinación de la suficiencia del engaño hemos de partir de una regla general que sólo debe quebrar en situaciones excepcionales y muy concretas. Regla general que enuncia la STS 1243/2000 de 11.7 del siguiente modo: «el engaño ha de entenderse bastante cuando haya producido sus efectos defraudadores, logrando el engañador, mediante el engaño, engrosar su patrimonio de manera ilícita, o lo que es lo mismo, es difícil considerar que el engaño no es bastante cuando se ha consumado la estafa. Como excepción a esta regla sólo cabría exonerar de responsabilidad al sujeto activo de la acción cuando el engaño sea tan burdo, grosero o esperpéntico que no puede inducir a error a nadie de una mínima inteligencia o cuidado».

Y decimos esto porque interpretar ese requisito de la suficiencia con un carácter estricto, es tanto como trasvasar el dolo o intencionalidad del sujeto activo de la acción, al sujeto pasivo, exonerando a aquél de responsabilidad por el simple hecho, ajeno normalmente a su voluntad delictual, de que un tercero, la víctima, haya tenido un descuido en su manera de proceder o en el cumplimiento de sus obligaciones. Esa dialéctica la entendemos poco adecuada cuando se trata de medir la culpabilidad del sometido a enjuiciamiento por delito de estafa, y que podría darse más bien en los supuestos de tentativa y, sobre todo, de tentativa inidónea».

La reciente sentencia 476/2009, de 7 de mayo, da respuesta a esta cuestión desde la construcción dogmática de la imputación objetiva, que permite afirmar que cuando se trata de delitos de resultado, el mismo es imputable al comportamiento del autor si éste crea un riesgo, jurídicamente desaprobado, y de cuyo riesgo el resultado (aquí el desplazamiento patrimonial perjudicial) es su realización concreta.

Esta sentencia analiza de forma minuciosa la hipótesis que pudiera calificarse de «autopuesta en peligro». Es decir cuando la víctima no es ajena con su comportamiento a la producción del resultado. Supuesto en que surge la necesidad de decidir si la víctima pierde la protección del Derecho Penal, bajo criterios de autorresponsabilidad, o si, por el contrario, debe mantenerse la atribución de responsabilidad al autor que creó el riesgo. Lo determinante sería la existencia de ámbitos de responsabilidad diferenciados, con determinación normativa previa a la imputación.

Y en este sentido la citada sentencia nos dice: «Parece claro que no puede entenderse cometido el tipo penal de estafa, como cualquiera otro tipo de los que implican desplazamiento o sustracción patrimonial, a los que es común que la víctima sufra la pérdida de una cosa, si esa pérdida puede imputarse plenamente a quien –generalmente la víctima– era tenedor o poseedor de esa cosa».

Pero esa imputación a la víctima de la pérdida no cabe si el poseedor no ha tomado parte alguna en aquélla, ni de manera activa ni por omisión. Y tampoco si, habiendo tenido esa participación, concurre alguna causa obstativa de la imputación. Lo que puede ocurrir por encontrarse el poseedor en situación que le imposibilita intervenir o de desconocimiento de la eventualidad de tal desposesión. En algunos casos puede ser

un tercero el que provoca el comportamiento de la víctima, privándole de autonomía o generándole un error. Entonces la imputación solamente podrá hacerse a quien ha puesto tal causa que obsta que pueda hacerse la misma a la víctima.

En el caso de la estafa no cabe imputar a la víctima el desapoderamiento que resulta, cuando no actúa voluntariamente. Y no cabe hablar de voluntariedad, en ese sentido, aun cuando el acto de desplazamiento sea voluntario, si esa voluntad es fruto del engaño, como si lo es de la violencia o de la ignorancia....

No existirá la imputación que la doctrina denomina «de segundo nivel», cuando, aún pudiendo predicarse la voluntad del acto en el sujeto, éste actúa bajo error exculpante, que no sobre el tipo. Eso ocurre si no le era exigible una actitud de atención mayor que la desplegada. La víctima no puede entonces estimarse «culpable» del error padecido.

Tercero.—En el caso presente en el motivo se cuestiona la suficiencia del engaño por cuanto el director del concesionario habría incurrido en una grave negligencia a la hora de tutelar los intereses de la empresa.

En este punto es cierto, como señalan las SSTS 1227/2004, de 18 de octubre, 898/2005, de 7 de julio, 1276/2006, de 20 de diciembre, 368/2007, de 9 de mayo y 581/2009, de 2 de junio, en los delitos contra el patrimonio (estafa señaladamente) la protección penal debe limitarse a los casos en que la acción del autor ha vencido los mecanismos de defensa dispuestos por el titular del bien o del patrimonio.

Singularmente, en el delito de estafa, no basta para realizar el tipo objetivo con la concurrencia de un engaño que causalmente produzca un perjuicio patrimonial al titular del patrimonio perjudicado, sino que es necesario todavía, en un plano normativo y no meramente ontológico, que el perjuicio patrimonial sea imputable objetivamente a la acción engañosa, de acuerdo con el fin de protección de la norma, requiriéndose, a tal efecto, en el artículo 248 CP. Que ello tenga lugar mediante un engaño «bastante». Por tanto, el contexto teórico adecuado para resolver los problemas a que da lugar esta exigencia típica es el de la imputación objetiva del resultado.

Como es sabido, la teoría de la imputación objetiva parte de la idea de que la mera verificación de la causalidad natural no es suficiente para la atribución del resultado, en cuanto, comprobada la causalidad natural, se requiere además verificar que la acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado, que el resultado producido es la realización del mismo peligro creado por la acción y en cualquier caso, que se trate de uno de los resultados que quiere evitar la norma penal.

En consecuencia, el primer nivel de la imputación objetiva es la creación de un riesgo típicamente relevante. El comportamiento ha de ser, pues, peligroso, esto es, crear un determinado grado de probabilidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. El juicio de probabilidad (prognosis posterior objetiva) requiere incluir las circunstancias conocidas o reconocibles que un hombre prudente en el momento de la acción más todas las circunstancias conocidas o reconocibles por el autor sobre la base de sus conocimientos excepcionales o al azar.

Por ello modernamente se tiende a admitir la utilización de cierto contenido de «subjetividad» en la valoración objetiva del comportamiento con la idea de que no es posible extraer el significado objetivo del comportamiento sin conocer la representación de quien actúa. En el tipo de la estafa esos conocimientos del autor tienen un papel fundamental, así si el sujeto activo conoce la debilidad de la víctima y su escaso nivel de instrucción, engaños que en términos de normalidad social aparecen como objetivamente inidóneos, sin embargo, en atención a la situación del caso particular, aprovechada por el autor, el tipo de la estafa no puede ser excluido. Cuando el autor busca de propósito la debilidad de la víctima y su credibilidad por encima de la media,

en su caso, es insuficiente el criterio de la inadecuación del engaño según su juicio de prognosis basado en la normalidad del suceder social, pues el juicio de adecuación depende de los conocimientos especiales del autor. Por ello ha terminado por imponerse lo que se ha llamado módulo objetivo-subjetivo que en realidad es preponderantemente subjetivo.

Ahora bien, destaca la doctrina, que el riesgo creado no debe ser un riesgo permitido. En la medida en que el engaño se contenga dentro de los límites del riesgo permitido es indiferente que la víctima resulte en el supuesto particular engañada por su excesiva credibilidad aunque ello sea conocido por el autor. La adecuación social del engaño excluye ya la necesidad de valoraciones ulteriores sobre la evitabilidad o inevitabilidad del error. En consecuencia, el juicio de idoneidad del engaño en orden a la producción del error e imputación a la disposición patrimonial perjudicial comienza a partir de la constatación de que el engaño no es de los socialmente adecuados o permitidos.

Como último estadio de la imputación objetiva adquiere especial relevancia en el tipo de la estafa el alcance de la protección de la norma, que constituye un criterio fundamental para delimitar el ámbito típico de la estafa y llevar a sus justos términos el principio de la función de protección subsidiaria que corresponde al Derecho Penal.

En este contexto adquiere su verdadero significado la cuestión de la lesión por la víctima de sus deberes de autoprotección a la que se refiere la sentencia de esta Sala de 29 de octubre de 1998, para negar la adecuación de la conducta al tipo objetivo de la estafa.

Desde este punto de vista, puede decirse que el tipo penal de la estafa protege el patrimonio en la medida en que su titular haya observado el comportamiento exigible en orden a su protección, pero no en el caso en que se haya relajado en la observancia de sus deberes de autotutela primaria. Por tanto, en la medida en que el error que sufre el sujeto pasivo, en atención a las circunstancias del caso particular, las relaciones entre autor y víctima y las circunstancias subjetivas de esta última, resulta evitable con una mínima diligencia y sea exigible su citación, no puede hablarse de engaño bastante y en consecuencia no puede ser imputado el error a la previa conducta engañosa quebrándose la correspondiente relación de riesgo pues «bastante» no es el engaño que puede ser fácilmente evitable, sino aquel que sea idóneo para vencer los mecanismos de defensa puestos por el titular del patrimonio perjudicado. En estos casos el error es producto del comportamiento negligente de la víctima. Por eso se ha podido decir que la constatación de la idoneidad general es un proceso normativo que valora tanto la intensidad del engaño, como las causas, a la hora de establecer la venibilidad del engaño por parte de la víctima.

La cuestión de cuando es exigible un comportamiento tendente a la evitación del error depende de cada caso, de acuerdo con las pautas sociales en la situación concreta y en función de las relaciones entre el sujeto activo y el perjudicado.

Se trata de un problema de distribución de riesgos y fundamentación de posiciones de garante, por ejemplo, una estrecha relación mercantil basada en la confianza puede fundamentar el deber de garante en el vendedor que tiene la obligación de evitar la lesión patrimonial de la otra parte.

Con todo existe un margen en que le está permitido a la víctima un relajamiento de sus deberes de protección, de lo contrario se impondría el principio general de desconfianza en el tráfico jurídico que no se acomoda con la agilidad del sistema de intercambio de bienes y servicios de la actual realidad socio-económica. El ámbito del riesgo permitido dependerá de lo que sea adecuado en el sector en el que opere, y entre otras circunstancias, de la importancia de las prestaciones que se obliga cada parte, las relaciones que concurren entre las partes contratadas, las circunstancias per-

sonales del sujeto pasivo y la capacidad para autoprotgerse y la facilidad del recurso a las medidas de autoprotección.

En suma, cuando se infringen los deberes de autotutela, la lesión patrimonial no es imputable objetivamente a la acción del autor, por mucho que el engaño pueda ser causal –en el sentido de la teoría de la equivalencia de condiciones– respecto del perjuicio patrimonial. De acuerdo con el criterio del fin de protección de la norma no constituye fin del tipo de la estafa evitar las lesiones patrimoniales fácilmente evitables por el titular del patrimonio que con una mínima diligencia hubiera evitado el menoscabo, pues el tipo penal cumple solo una función subsidiaria de protección y un medio menos gravoso que el recurso a la pena es, sin duda, la autotutela del titular del bien. Se imponen, pues, necesarias restricciones teleológicas en la interpretación de los tipos penales, de modo que la conducta del autor queda fuera del alcance del tipo cuando la evitación de la lesión del bien jurídico se encontraba en su propio ámbito de competencia. En conclusión esta doctrina afirma que solo es bastante el engaño cuando es capaz de vencer los mecanismos de autoprotección que son exigibles a la víctima. Si la utilización de los mecanismos de autoprotección que son exigibles al sujeto pasivo son suficientes para vencer el engaño, éste es insuficiente –no bastante– producir el perjuicio patrimonial en el sentido del tipo de la estafa.

(Sentencia núm. 452/2011, de 31 de mayo).

ARTÍCULO 318 BIS

Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Los acusados pasan la frontera con Marruecos en un vehículo que transporta oculto en un doble fondo a un sujeto extranjero sin documentación.

Se denuncia la inaplicación del apartado quinto del artículo 318 bis, que prevé la reducción en un grado de la pena atendiendo a la menor gravedad del hecho, las condiciones personales y la finalidad perseguida. Afirma que se trata de un único acto de transporte, la inexistencia de una organización y la situación de desempleo para fundamentar la atenuación.

Sin embargo, la reducción de pena que postula, como tipo atenuado, requiere, la concurrencia de unos elementos fácticos precisos para justificar un trato atenuado que en el hecho probado no se describen. Antes al contrario, del hecho, y de la fundamentación de la sentencia, resultan que el coche propiedad de esta recurrente estaba especialmente dispuesto para el transporte de personas en esta situación de ilicitud; de la causa resulta que el coche fue visto en varias ocasiones cruzar la frontera siendo ocupado por dos personas, de lo que razonablemente resulta la dedicación a la ilícita actividad para lo que contaban con especiales medios para la realización del transporte.

En todo caso, desde el hecho probado no resultan los elementos fácticos precisos para la aplicación del tipo atenuado que insta.

También denuncia que los hechos debieron ser subsumidos en la complicidad. Entiende que la función de la condenada, recurrente, es la de mero cómplice en la acción de otro, al limitar su actuación al mero acompañamiento del otro recurrente.

El motivo se desestima. La vía impugnatoria elegida parte del respeto al hecho probado discutiendo, desde ese respeto, la aplicación al hecho del precepto penal que invoca como indebidamente aplicado o inaplicado. En el hecho se afirma que los acusados iban juntos, que el coche era propiedad de la acusada, aunque lo condujera el

otro recurrente, siendo ella la persona a cuyo nombre estaba el vehículo. El hecho probado recoge que la recurrente iba en el coche de copiloto y que en el interior del mismo estaba alojado, en las condiciones que relata, el inmigrante cuya introducción realizaban en el vehículo propiedad de la recurrente. Desde el hecho probado la subsunción es correcta y ningún error cabe declarar.

(Sentencia núm. 1358/2011, de 20 de diciembre).

ARTÍCULOS 368 Y 369.3.^a

Tráfico de drogas. Examen del subtipo agravado de venta en establecimiento público Venta de papelinas por las acusadas en el bar que regentaban. Supuesto en que es de aplicación, al no ser las cinco ventas de droga en el bar acto meramente episódico. Nuevo marco punitivo.

El Ministerio Fiscal interponer recurso de casación contra la sentencia de instancia a través de un único motivo encauzado por la vía del *error iuris* del artículo 849.1.º LECrim. por inaplicación indebida del actual artículo 369.1-3.º CP, subtipo agravado de venta de sustancias estupefacientes en establecimiento público.

Se sostiene en la argumentación, que desde el riguroso respeto a los hechos declarados probados, el Tribunal de instancia debió inexcusablemente haber aplicado el subtipo de venta en establecimiento público, ya que se dice en el relato histórico que en dicho bar y en el plazo de las cinco ocasiones que se relatan en el *factum*, en tres veces Celia y Zaira en otras dos, vendieron cocaína a clientes que así se lo solicitaron estando ellas tras la barra, e igualmente se dice que detenida Celia le fue ocupada en el interior del coche una balanza de precisión, y que en el interior del bar se ocupó también un bolso conteniendo recortes circulares de plástico y una balanza de precisión y un envoltorio con 2'389 gramos de cocaína y otras dos bolsas de plástico con huecos de los recortes anteriores, y en el interior del bar, en diversos lugares, dinero y recortes para papelinas así como anotaciones.

Se cita en la argumentación del motivo diversas sentencias de esta Sala que sostienen la aplicación del subtipo agravado en casos como el presente y concluye el motivo solicitando la pena de diez años de prisión.

En un nuevo informe de 12 de enero de 2011, posterior a la vigencia de la LO 5/2010, a la vista del nuevo marco penológico que acuerda dicha Ley en materia de tráfico de drogas, se solicita la pena de seis años y un día de prisión para cada una de las condenadas en la instancia.

Hay que reconocer que le asiste toda la razón al Ministerio Fiscal en el recurso formalizado ya que resulta inexcusable a la vista de los hechos probados la aplicación del subtipo de venta en establecimiento público que se solicita, no pudiendo admitirse la argumentación de la sentencia que excluye tal aplicación.

Retenemos en primer lugar del relato de hechos probados los siguientes datos (en síntesis):

1.º El día 28 de septiembre de 2006 Celia, que estaba tras la barra, le vendió a Rafael una papelina de cocaína.

2.º A las 20 horas del mismo día Celia, que estaba detrás de la barra, le vendió otra papelina de cocaína a Luis Alberto.

3.º El 10 de octubre del 2006, sobre las 19'45 horas, Celia que estaba tras la barra, vendió una papelina de cocaína a Benito.

4.º El 11 de octubre sobre las 11'15 horas, Celia, que estaba tras la barra, vendió a Fernando una papelina de cocaína.

5.º El 27 de octubre a las 18'10 horas, Zaira que estaba tras la barra, vendió una papelina de cocaína a Benito.

6.º El mismo día, a las 19'25 horas, fue detenida Celia en el bar encontrándose en su poder, dentro del bolso, una báscula de precisión, un envoltorio con 2'389 gramos de cocaína al 58%, 3 recortes de plástico y 2 bolsas con huecos de recortes. En su vehículo se encontró otra báscula de precisión.

7.º En el registro del bar, se encontró en un cajón, 130 euros, en la caja registradora 88'50 euros y debajo de la cafetera en un bolso 400 euros, recortes circulares de plástico, bolsas con huecos de recortes y en una balda de la cocina del bar una libreta con anotaciones alfanuméricas manuscritas por Celia.

En relación al dinero tampoco se comparte la valoración de la sentencia obrante en el fundamento jurídico cuarto de que se trata de cantidades normales y usuales en el giro de un bar porque la mayor parte se encontraba fuera de la caja registradora (en concreto 130 y 400 euros), que teniendo en cuenta todos los demás datos, conducen razonablemente a que se trataba de dinero de ventas de droga.

Esta Sala no va a acordar el comiso de estas cantidades porque no ha sido solicitado pero con independencia de ello, no es obstáculo a su valoración como un indicio más que conduce a la estimación del recurso del Ministerio Fiscal.

Quinto.—Hay que recordar que la razón de ser del subtipo agravado de venta en establecimiento abierto al público se encuentra, por un lado, en la mayor facilidad que ofrece tal establecimiento a los vendedores de droga para la consecución de sus fines ya que lo hacen parapetados tras la apariencia normal de la explotación de un negocio en el que por la presencia frecuente de personas que entran en el mismo, queda dificultada la investigación de este delito y paralelamente facilitada su comisión, dado precisamente el indiscriminado acceso de personas al bar, ello supone un plus de impunidad que justifica el plus de punibilidad que implica el subtipo agravado. En tal sentido, STS 501/2003, de 8 de abril.

Precisamente por ello y por la exacerbación de la respuesta punitiva que ello supone, esta Sala tiene declarado que no procede la aplicación del subtipo cuando se está en una venta puramente episódica u ocasional de drogas en el establecimiento, o esta venta es llevada a cabo por persona al margen o con total desconocimiento del titular o gerente del bar o el establecimiento es solo lugar de almacenamiento y no venta. En tal sentido, SSTS 722/2008, de 28 de octubre; 1317/2009, de 17 de diciembre.

La Sala de instancia en el último párrafo del fundamento jurídico segundo excluye la aplicación del subtipo agravado por entender que efectuar cinco transacciones en un mes no es relevante ni supone que el bar se hubiese puesto exclusivamente a disposición de la venta de drogas, de suerte que el giro propio del bar fuese una mera pantalla subordinada a la venta de drogas y que ni siquiera se localizó sustancia estupefaciente en el interior del bar.

No podemos estar de acuerdo con esta argumentación, como ya se ha visto ambas recurrentes son las titulares del bar y las únicas, según se deriva del *factum*, que se encontraban en el mismo y por tanto las que atendían tanto el giro propio del bar como la venta de drogas. No puede calificarse de meramente episódico efectuar cinco ventas de drogas entre el 28 de septiembre y el 27 de octubre del 2006, máxime si se tiene en cuenta que si bien en el registro del bar ciertamente no se encontró droga, si se le ocupó en el bolso de Celia cuando fue detenida, en cuyo interior se encontró 2,389 gramos de cocaína al 58%, bolso que se encontraba dentro del bar y en el que también había una

báscula de precisión, habiéndose encontrado otra en el coche de ella y también es muy relevante que al margen del dinero que lógicamente se encontró en la caja registradora –85 euros–, propio del giro del bar, se encontró dinero fuera de la caja registradora, en un cajón 130 euros y debajo de la cafetera otros 400 euros, lugares absolutamente inadecuados para guardar el dinero fruto del giro del bar.

Razonablemente hay que afirmar que procedían de la venta de drogas, y asimismo también se encontró dentro del bar una libreta con anotaciones alfanuméricas manuscritas por Celia, así como recortes de plástico para confeccionar los envoltorios.

Todos estos datos patentizan más allá de toda duda razonable que con independencia de que el bar tuviese su propio giro comercial de venta de bebidas y demás, también y aprovechándose de esta circunstancia se vendían drogas con asiduidad y no de una manera episódica o aislada, y lo que es más importante tal venta era llevada a cabo directamente por las dos encargadas o titulares del bar, las condenadas en la instancia, Celia y Zaira.

Esta Sala, en la reciente STS 783/2008, de 20 de noviembre, tiene declarado en relación a la aplicación de este subtipo que: «...La existencia misma del establecimiento público y la actividad que en él se desarrolla ha de estar subordinada a la clandestina distribución de estupefacientes. Por lo general, será necesario que la ocupación comercial de quienes regentan el establecimiento sea, en realidad, una fingida excusa, para facilitar la difusión de la droga. La agravación, en fin, aparecerá plenamente justificada cuando la actividad principal esté plenamente subordinada a la labor clandestina de favorecimiento del consumo ilegal de drogas....».

Sin perjuicio de añadir que esta doctrina debe modularse a la luz de las concretas circunstancias del caso enjuiciado, en el presente, es significativo el cúmulo de datos que nos llevan a declarar que el tráfico de drogas no era algo episódico, sino relevante, aunque el bar simultanease también su función propia de tal. En definitiva, una valoración del conjunto de datos citados y analizados nos llevan a la conclusión más allá de toda duda razonable a la aplicación del subtipo agravado.

(Sentencia núm. 806/2011, de 19 de julio).

ARTÍCULO 386 Y ARTÍCULO 400

Falsificación de moneda. Tenencia de útiles para la fabricación de billetes falsos (billetes de 100 dólares USA). Incautación de elementos específicamente destinados a la falsificación como programas que se encontraban archivados en el disco duro del ordenador, imágenes digitalizadas de los billetes y los documentos. Consumación. No hubo tentativa alguna, ni desistimiento activo, ya que el delito se encontraba consumado pues los útiles se encontraron en la nave y en el domicilio, sin que sea necesario que el documento falso o el papel moneda entre el tráfico jurídico, pues la misma confección es ya delictiva.

No es posible la aplicación de la teoría de la impunidad de los actos preparatorios a un delito que específicamente castiga éstos (art. 400 del Código Penal).

Así lo declara la STS 279/2008, de 9 de mayo, en un caso en que se consideró como subsumible jurídicamente la tentativa de falsedad documental, siendo así, se declaró, que ya estaba consumado el delito tipificado en el artículo 400, de tenencia de útiles, materiales o instrumentos específicamente destinados a la falsificación, haciendo hincapié esta Sala Casacional en que el meritado delito se consume con la disponibilidad sobre los instrumentos destinados a dicha falsificación. Tal resolución judicial declara que la tenencia del instrumental no requiere conocer la técnica del funcionamiento; en consecuencia, el delito se consume con la disposición sobre dichos instrumentos, puesto que ella fundamenta la posibilidad que el legislador ha querido prevenir de que sean puestos a disposición de quien disponga de los conocimientos técnicos necesarios para su utilización o de que sean utilizados valiéndose de quienes los puedan manejar. De otro lado, la STS 226/2008, de 9 de mayo, insiste en la idea de que, aunque pudiera llevarse a cabo una doble tipificación entre la tentativa y la consumación de un delito de tenencia de útiles para la falsificación, operaría en tal operación un concurso de normas, a resolver bajo el principio de alternatividad, y en consecuencia, con la aplicación del delito que contenga la pena más grave, como es lo que ha ocurrido en el caso sometido a nuestra revisión casacional. Añade esta última Sentencia que no tendría sentido alguno que, estando prevista expresamente en la ley la figura de la mera tenencia de útiles, cuando se inicia la efectiva utilización de éstos para falsificar, la pena hubiera de rebajarse, al vincularse a un grado imperfecto de ejecución del delito de referencia.

En consecuencia, el motivo no puede ser estimado.

Sexto.—El sexto motivo reprocha la falta de tipicidad de los hechos declarados como probados en el artículo 400 del Código Penal, en relación con los artículos 386 y 387 del mismo Texto legal.

Claramente la multiplicidad de útiles que les fueron incautados, tanto en la nave industrial, como en el domicilio de Higinio, eran aptos para la falsificación de moneda y de documentos oficiales, y buena prueba de ello es que, como aseguraron los peritos en el acto del juicio oral, el producto final de los mismos, mediante la utilización de las técnicas igualmente descritas, dieron como resultado —al menos— tres billetes de 100 \$ USA, que a simple vista y para un ciudadano normal, incluso para un funcionario policial no especializado, según dijeron, pasaban por auténticos, y otro tanto cabe afirmar del DNI y el permiso de conducción que fueron incautados a Augusto y que se había elaborado sustancialmente con los instrumentos hallados en el domicilio de Augusto, y que aquél pensaba entregar a su destinatario.

En el motivo 10.º se insiste en tal atipicidad, desde la perspectiva de que habían desistido de su acción, lo que implica, en la tesis del recurrente «que dichos medios ya no estén destinados a ningún uso delictivo, igualmente, por la no idoneidad de los mismos, así como por no ser una actividad de fabricación». Sobre esta última actividad, claro es que no han sido condenados por fabricación de moneda falsa, sino por tenencia de útiles para su fabricación, y con respecto a la pretendida inidoneidad, nos remitimos a lo anteriormente expuesto.

Que el artículo 400 del Código Penal disponga como uno de sus elementos típicos objetivos que tales útiles y programas estén específicamente destinados a la fabricación de moneda falsa, no quiere decir que haya de tratarse de unos materiales o equipos cuyo uso no pueda tener otras finalidades, de manera que una impresora o un ordenador pueden llevar a cabo tales cometidos, o una prensa, o bien una imprenta, tintes, disolventes, fijadores, etc. siendo evidente que de tales elementos se valen las administraciones públicas competentes para la fabricación de la moneda auténtica, pero es que en el caso, dentro de tales equipos, los archivos y programas informáticos estaban preparados y eran aptos para la digitalización de billetes que tenían que ser

ulteriormente elaborados con la apariencia de auténticos. De tal modo, que de la lectura de los hechos probados claramente se deduce que esa multitud de instrumentos informáticos, junto a tintas, prensas, secaderos, etc. eran útiles necesarios para su fabricación, como, por otra parte, ellos mismos confesaron ante la autoridad judicial. Y siguiendo con sus declaraciones, en realidad lo que iban a hacer, momentos antes de ser detenidos por la policía autonómica catalana, era «desembarazarse de los documentos que pudieran ser peligrosos, entre los que estaban los documentos de identidad falsos», sin que este dato revele desistimiento alguno activo, sino una fórmula de protección ante una inminente presencia e intervención policial, sospechada por ellos mismos, que, en efecto, muy pronto quedó corroborada por la secuencia de los acontecimientos. Augusto declaró en el plenario: «fuimos al almacén... recogimos todo lo que nos parecía que podía ser (...) peligroso, y nos lo llevamos, y cuando salimos a la calle, nos detienen los Mossos de Esquadra y me encuentran a mí todo lo que llevaba... pero aquello era para tirarlo».

La STS 567/2006, de 9 de mayo, declara que la expresión «específicamente destino a la falsificación» hace referencia a la aptitud y cualidad del objeto para servir a la falsificación, esto es, cuando no se encuentra otra utilidad en el mismo, lo que sucede con los programas que se encontraban archivados en el disco duro del ordenador, las imágenes digitalizadas de los billetes y los documentos, y el resto de elementos que les fueron incautados.

Por consiguiente, no hubo tentativa alguna, ni desistimiento activo, ya que el delito se encontraba consumado (nos remitimos a la jurisprudencia que ya hemos citado ut supra), pues los útiles se encontraron en la nave y en el domicilio, y la falsedad documental estaba ya consumada, sin que sea necesario que el documento falso o el papel moneda entre el tráfico jurídico, pues la misma confección es ya delictiva, por lo que no puede atenderse la rebaja punitiva que en virtud del reclamado artículo 62 del Código Penal, se denuncia en el motivo undécimo del recurso, que igualmente tampoco puede prosperar.

(Sentencia núm. 988/2011, de 30 de septiembre).

ARTÍCULO 515.5.^a

Asociación ilícita. «Hammerskin-España». Organización de ideología nacional socialista que promueve la discriminación, el odio o la violencia contra las personas por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o incita a ello. Organización con estructura jerárquica estable, sistema de selección de integrantes, normas rigurosas de comportamiento y sanciones para casos de incumplimiento.

Por la vía del *error iuris* denuncia como indebidamente «aplicado el artículo 515-5.º en relación con el artículo 517-2.º del CP». Los recurrentes niegan que HSE sea una asociación ilícita de las tipificadas en el núm. 5 del artículo 515 CP y en todo caso afirman que no son autores de dicho delito, al no haber tenido una participación relevante por lo que no se procedería tampoco la aplicación del artículo 28 CP.

Hay que recordar que el núm. 5 del artículo 515 CP se refiere como asociaciones ilícitas a «...las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos, asociaciones, por razón de su ideología, religión, creencias...».

A justificar la tesis de la inexistencia de la asociación ilícita, dedican los recurrentes los folios 378 a 434 de su recurso. Se trata de una extensa argumentación, tan extensa como inútil en la medida que se realiza un estudio de cada uno de los recurrentes condenados –no solo los firmantes de este recurso– para en una valoración de los elementos probatorios que analiza concluir que ninguno formaba parte de HSE, con lo que por esta vía se viene a introducir, de nuevo, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia lo que ya ha sido resuelto en el motivo anterior, y quedó extramuros del presente.

Se olvidan los recurrentes que el marco del debate que permite el cauce casacional utilizado –el *error iuris* del art. 849-1.º es el de cuestionar la calificación jurídica de unos hechos probados que se aceptan expresamente. Dicho de otro modo, desde el respeto a los hechos probados declarados como tales en la sentencia, lo que se cuestiona es su subsunción jurídica, por ello queda extramuros del ámbito del motivo, todo aquello que cuestiona los hechos probados, cuyo respeto es el presupuesto de admisibilidad de este cauce.

Algunas sentencias de esta Sala, se refieren a este respecto a los hechos probados con términos incluso litúrgicos. Así, las SSTs de 17 de diciembre de 1996, 30 de noviembre de 1998, recordadas en las más recientes 956/2009 o 914/2010, se refieren al «respeto reverencial y absoluto al hecho probado».

Basta recordar que en el *factum* se recogen, de forma clara expresiones tales como:

a) Que todos los recurrentes forman parte «...de una asociación denominada Hammerskin España –HSE– la cual no está legalmente constituida, y cuyos componentes participan de la ideología nacional socialista creyendo en la supremacía de la raza blanca y en la discriminación, en consecuencia, de otras personas por razón de raza, orientación sexual, y nacionalidad y por lo que su finalidad es extender el odio y la violencia como consecuencia de la homofobia, xenofobia y antisiónismo, que sienten propagando dichos sentimientos entre otras personas a través de la realización de conciertos...».

b) Se dice quienes ocupan puestos relevantes en dicha asociación, y que todos los condenados recurrentes son miembros de pleno derecho a excepción de Millán y Ernesto que son «miembros en perspectiva», pero todos tienen una efectiva participación en la actividad de la organización para la consecución de sus fines.

c) Que propagan la supremacía de la raza blanca impulsando el odio y la violencia utilizando como medios de difusión los conciertos de música, citando al grupo Odal del que dos recurrentes forman parte.

d) Se citan las revistas *El Martillo* y *Extremo* a través de las cuales se expanden sus ideas racistas aunque tales revistas tengan una apariencia de publicaciones de contenido musical.

e) Para la venta y difusión de las publicaciones y discos HSE utiliza dos apartados de correos cuyos titulares que se citan también son recurrentes.

Habría de convenirse desde un mínimo rigor intelectual que ante esta descripción que en resumen se ha hecho de lo que con más detalle consta en el *factum*, no puede cuestionarse que se está ante una de las asociaciones a las que se refiere el artículo 515-5.º CP, y que los recurrentes forman parte de la misma, con independencia de que dos de ellos sean «prospects» ya que todos coadyuvan a los fines de la asociación, y con independencia de que algunos tengan específicos cometidos a causa de

concreta actuación y responsabilidad, unos confeccionando la página web, otros encargados de las ventas por Internet, otros de tesorería, seguridad, etc. etc.

La sentencia de instancia analiza la naturaleza de HSE en el fundamento jurídico decimoquinto –folios 154 y siguientes–, donde se estudian con detenimiento el contenido documental de los anexos que se citan en referencia a los efectos que les fueron ocupados a los recurrentes en los respectivos registros e igualmente, la Sala ha observado toda la documentación que conforma los anexos uno a veintisiete que se encuentran en el Tomo VII de la instrucción, folios 2120 a 2285. Tanto los textos y documentos ocupados como las banderas y demás efectos ocupados son tan explícitos en cuanto que ensalzan la doctrina nacionalsocialista, promoviendo el odio y el racismo y xenofobia que sobra cualquier argumentación adicional, y lo mismo puede decirse de las fotos obrantes en las actuaciones en las que aparecen algunos de los recurrentes con toda la liturgia nazi, debiéndose rechazar algunas objeciones en relación a la letra de las canciones de Odal –folios 2155 a 2162– se dice que se desconoce el autor de las transcripciones, tal alegación carece de toda virtualidad si se tiene en cuenta que obra en las mismas el sello del Servicio de Información de la Guardia Civil, siendo funcionarios de dicho servicio quienes la han efectuado, careciendo de relevancia la identidad de las mismas, como ocurre también en las transcripciones de las intervenciones telefónicas, en las que no suele aparecer la identidad de los agentes. Lo relevante son los discos ocupados siendo las letras de los folios indicados mero medio de facilitación.

En definitiva, se está ante una asociación del todo semejante a la que fue objeto de la STS 372/2011, de 10 de mayo, nominada «Skin Heads Blood and Honour España» que promueve el odio o la violencia, o incitan a ello. Es tan patente el «discurso del odio» que predica HSE que incluso el término «odio» aparece proclamado escrito en los nudillos de la mano de uno de los recurrentes –Bienvenido–, en la foto obrante al folio 2143. En relación al «discurso del odio», STS 224/2010, de 3 de marzo, en relación al terrorismo, pero doctrina plenamente aplicable a este supuesto.

(Sentencia núm. 1396/2011, de 28 de diciembre).

Acuerdos del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Años 2009, 2010 y 2011)

EDUARDO DE URBANO CASTRILLO
Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo
Sala Segunda

En relación a cuestiones sobre tipos delictivos concretos, el Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, ha adoptado en el trienio 2009-2011, una serie de acuerdos relativos a los siguientes delitos:

- Artículo 163.4 (Detención ilegal por particular).
- Artículo 167 (Detención ilegal practicada por autoridad o funcionario público).
- Artículo 370.1 (Utilización de menores, en delitos contra la salud pública).
- Artículo 250.1.4 (Estafa).
- Artículo 173.2 (Maltrato familiar).
- Artículo 189 1 b) (Facilitación de la difusión de pornografía infantil).
- Artículo 132.1 2.º inciso (Prescripción).

Seguidamente se incluyen, completos, los citados acuerdos en que se trata sobre los delitos mencionados:

27 DE ENERO DE 2009

Compatibilidad entre los artículos 167 y 163.4 CP.

Acuerdo: La remisión que el artículo 167 del CP hace al artículo 163, alcanza también al apartado 4 de este último.

26 DE FEBRERO DE 2009

Alcance del artículo 370.1 del CP: Utilización de menores.

Acuerdo: El tipo agravado previsto en el artículo 370.1 del CP 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 forma de autoría mediata.

31 DE MARZO DE 2009

Subtipo agravado de abuso de firma del artículo 250.1.4 del CP en aquellos supuestos en los que se ha obtenido fraudulentamente la clave de acceso a la cuenta.

Acuerdo: A los efectos del artículo 250.1.4 del CP, la utilización de las claves bancarias de otro no es firma.

21 DE JULIO DE 2009

Interpretación de la violencia física o psíquica incluida en el artículo 173.2 del CP.

Acuerdo: El tipo delictivo del artículo 173.2 del CP exige que el comportamiento atribuido sea activo, no siendo suficiente el comportamiento omisivo.

Sin perjuicio de ello es sancionable penalmente, conforme a dicho precepto, quien contribuye a la violencia de otro, no impidiéndola pese a encontrarse en posición de garante.

27 DE OCTUBRE DE 2009

Facilitamiento de la difusión de la pornografía infantil (Alcance del art.189.1.b) del CP).

Acuerdo: Una vez establecido el tipo objetivo del artículo 189.1.b) del CP, el sujeto deberá ser considerado en cada caso, evitando incurrir en automatismos derivados del mero uso del programa informático empleado para descargar los archivos.

26 DE OCTUBRE DE 2010

Criterio que debe adoptarse para el cómputo de la prescripción de un delito que contiene en su descripción normativa un tipo básico y otro subtipo agravado.

Acuerdo: Para la aplicación del instituto de la prescripción, se tendrá en cuenta el plazo correspondiente al delito cometido, entendido éste como el declarado como tal en la resolución judicial que así se pronuncie. En consecuencia, no se tomarán en consideración para determinar dicho plazo aquellas calificaciones jurídicas agravadas que hayan sido rechazadas por el Tribunal sentenciador. Este mismo criterio se aplicará cuando los hechos enjuiciados se degraden de delito a falta, de manera que el plazo de prescripción será el correspondiente a la calificación definitiva de los mismos como delito o falta.

En los delitos conexos o en el concurso de infracciones, se tomará en consideración el delito más grave declarado cometido por el Tribunal sentenciador para fijar el plazo de prescripción del conjunto punitivo enjuiciado.

27 DE ABRIL DE 2011

En relación con el recurso 2176/10, «Aplicabilidad del artículo 132.1, 2.º inciso, a delitos cometidos con anterioridad a su entrada en vigor.

Acuerdo: Que las actuaciones declaradas nulas en el proceso penal no pierden por ello la eficacia interruptiva que tuvieron en su momento.

Por otra parte, en el último cuatrimestre de 2011 se han celebrado un par de reuniones para ofrecer una interpretación uniforme del nuevo subtipo atenuado previsto en el artículo 368 párrafo segundo del CP, en cuanto a qué debe entenderse por «escasa entidad del hecho» y «circunstancias personales del culpable». Sin embargo, hasta este momento, no se ha logrado obtener un acuerdo al respecto.



CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

Circulares

CIRCULAR 1/2011, RELATIVA A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS CONFORME A LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL EFECTUADA POR LEY ORGÁNICA NÚMERO 5/2010

SUMARIO: I. Introducción.–II. Las personas jurídicas responsables penales. Los entes colectivos sin responsabilidad penal: II.1 Entes colectivos dotados de personalidad jurídica. II.2 Exclusiones: Personas jurídicas de Derecho público. II.3 Régimen de atribución de la responsabilidad de las personas jurídicas en caso de transformación, fusión, absorción y escisión. II.4 Algunos supuestos de entidades colectivas de características peculiares.–III. La responsabilidad penal de la persona jurídica en el nuevo artículo 31 bis del Código Penal: III.1 Consideraciones generales. III.2 El párrafo primero del apartado 1 del artículo 31 bis del Código Penal. III.3 El párrafo segundo del apartado 1 del artículo 31 bis del Código Penal. III.4 Circunstancias que atenúan la responsabilidad penal de las personas jurídicas.–IV. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la parte especial del Código Penal. Catálogo de delitos de los que pueden ser responsables las personas jurídicas. Ámbito de aplicación del artículo 129 del Código Penal.–V. Las penas de la persona jurídica: El artículo 33.7 del Código Penal. Reglas de aplicación penológica. Medidas cautelares. Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal: V.1 La pena de multa. V.2 La pena de disolución de la persona jurídica. V.3 La pena de suspensión de las actividades de la persona jurídica. V.4 La pena de clausura de locales y establecimientos. V.5 La prohibición de realizar las actividades en cuyo ejercicio se cometió, favoreció o encubrió el delito. V.6 Las diferentes penas de inhabilitación administrativa. V.7 La pena de intervención judicial. V.8 Reglas penológicas. Medidas cautelares. Las consecuencias accesorias.–VI. Cuestiones procesales que suscita la reforma: VI.1 Sobre la necesidad de la reforma procesal. VI.2 La persona jurídica en el proceso penal. VI.3 Postulación y Derecho

a la justicia gratuita. VI.4 Derecho al intérprete. VI.5 Diligencias con origen en procedimientos o actuaciones previas de carácter administrativo. VI.6 Principio acusatorio. VI.7 Legitimación activa. VI.8 Diligencias de investigación del Ministerio Fiscal. VI.9 Iniciación del proceso e interrupción de la prescripción. VI.10 La pretensión civil. VI.11 Competencia objetiva y funcional. VI.12 Incoación de piezas separadas. VI.13 Diligencias restrictivas de derechos fundamentales. VI.14 Régimen de recursos. Cosa juzgada. VI. 15 Ejecución de las penas impuestas a la persona jurídica.–VII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Con la entrada en vigor el pasado 23 de diciembre de 2010 de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 5/2010, el Derecho español deja atrás, parece que de forma definitiva, el axioma *societas deliquere non potest*, para algunos ciertamente erosionado ya por las previsiones de los artículos 129 y 31.2 del Código Penal, en su redacción anterior a esta última modificación.

La Exposición de Motivos de la Ley sustituye la explicación de las razones de política criminal que motivan la inclusión en el Código Penal de un modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas, por una escueta apelación al necesario cumplimiento de las obligaciones que se derivan de los tratados internacionales y del denominado Derecho Penal de la Unión Europea, aun cuando de ninguno de ellos se puede extraer la obligatoriedad de atribuir genuina responsabilidad penal a las corporaciones, constituyendo otras opciones posibles la imposición de sanciones administrativas, medidas de seguridad u otras consecuencias jurídico-penales de naturaleza diferente a las penas.

En cualquier caso, las nuevas previsiones legales en la materia parecen encontrar su principal fuente de inspiración en una serie de instrumentos de política criminal internacional, algunos de ellos antiguos, entre los que destacan la Recomendación 18/88 de 20 de octubre del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa, la Convención de Bruselas de 26 de mayo de 1997 sobre la lucha contra la corrupción en el ámbito de la función pública de la Unión Europea, la Convención de Nueva York de 9 de diciembre de 1999 sobre terrorismo, la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, actualmente sustituida por la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008 relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho Penal y las Decisiones Marco de la Unión Europea 2005/222 sobre ataques a los sistemas informáticos, la 2004/757 sobre punición del tráfico de drogas y la Decisión Marco 2004/68 sobre explotación sexual y pornografía infantil, entre otras, además de la Convención y los Protocolos de Naciones Unidas contra el crimen organizado transnacional.

Al margen de las dificultades técnicas –sustantivas y procesales– que plantea esta reforma, la realidad proporciona muestras de la existencia de un grave fenómeno al que los ordenamientos jurídicos están obligados a dar respuesta. Un estudio relativamente reciente del Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales

Strafrecht (Instituto Max-Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional) puso de relieve que ya entre los años 1974 y 1985, más del 80% de los delitos susceptibles de ser encuadrados en lo que se ha dado en llamar el Derecho Penal Económico, se cometían a través de empresas.

El problema reviste además tintes estructurales, en la medida en que la propia naturaleza de las corporaciones puede facilitar la aparición de conductas desviadas por parte de quienes las dirigen y sus empleados. En este contexto, el Derecho Penal se enfrenta a dificultades específicas, tanto en el proceso de adscripción de la responsabilidad individual, como en relación con los efectos preventivos de la sanción.

En cuanto a lo primero, a nadie escapa que el sistema de organización del trabajo por medio de organigramas de distribución vertical y horizontal de las tareas –en un fenómeno que la doctrina ha dado en llamar de la irresponsabilidad organizada– dificulta la investigación y proporciona oportunidades adicionales de lograr la impunidad o el deslizamiento de la responsabilidad hacia los niveles más bajos de la estructura jerárquica empresarial. En otros casos, detectada la infracción penal y comprobados sus efectos beneficiosos para una determinada compañía, la ventaja obtenida es sistemáticamente superior a las consecuencias gravosas derivadas del delito, en ocasiones solo soportadas por utilísimos chivos expiatorios entregados a tal fin, con o sin su aquiescencia. En este mismo sentido, quizá sea bueno recordar la tradicional insuficiencia de la acción civil para restablecer el orden subvertido por medio del delito atribuible únicamente a las personas físicas, al estar dicha acción necesariamente limitada a la obtención de un resarcimiento por el mal causado que bien pudiera tener un coste económico muy inferior al potencial beneficio obtenido con la infracción penal. A ello se añade la conveniencia de poner fin a la bienintencionada pero inaceptable tendencia a atraer el patrimonio de la sociedad al ámbito de la responsabilidad civil subsidiaria exigible en el proceso penal mediante la imputación, a veces algo forzada, de las personas físicas.

Tampoco se satisfacen las necesidades preventivas relacionadas con la responsabilidad de los entes corporativos con las previsiones del artículo 31 del Código Penal. Como es sabido, con la inclusión de dicho precepto en el Código Penal de 1995 se acoge una solución prácticamente coincidente con la del pre-vigente artículo 15 bis del Código Penal de 1973 introducido en dicho texto legal por medio de la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal –inspirado a su vez en el § 14 del St.G.B. alemán– si bien el vigente artículo 31 de nuestro Código añade la alusión a la representación de personas físicas, no prevista en el antiguo artículo 15 bis, que solo se refería a la representación de personas jurídicas.

Por otra parte, ni el artículo 15 bis ni el vigente artículo 31 del Código Penal se concibieron con el propósito de determinar la autoría en los delitos cometidos en el marco de las personas jurídicas, fijando una regla según la cual, de dichas infracciones deban responder sus directivos o representantes, sino que su genuino objeto fue colmar las lagunas de punibilidad existentes en relación con los delitos especiales propios, realizando una extensión del tipo o de la autoría en dichas infracciones al asignar al representante persona física las específicas condiciones personales exigidas para ser autor de la infracción, aun cuando dichas condiciones no se den en él y sí en la persona física o jurídica a la que representa. En este sentido, sirva de ejemplo la condición de obligado tributario en una defraudación penalmente relevante del Impuesto sobre Sociedades, que, caso de no existir el artículo 31 del Código Penal, difícilmente se podría predicar del representante, pues siguiendo con el símil anterior, el obligado en dicho tributo no es él, sino la persona jurídica.

Así pues, por medio del artículo 31 del Código Penal se resuelven las situaciones en las que se produce una disociación entre quien actúa, el representante, y quien

ostenta la cualidad que el tipo exige al sujeto activo del delito, el representado, ya se trate de una persona física o jurídica. En consecuencia, en el contexto de un Derecho penal como actualmente ya es el nuestro, en el que se admite la responsabilidad de las personas jurídicas, sigue resultando necesaria la previsión expresa de las actuaciones en nombre de otro que efectúa el artículo 31 del Código Penal, haciendo viable la atribución de responsabilidad penal a una persona física, que, no obstante haber lesionado un bien jurídico de forma merecedora de pena, no encajaría en el tipo penal por carecer de la cualificación necesaria para poder ser considerado autor del delito especial propio.

Es cierto que en un primer momento se vinculó de forma errónea el originario artículo 15 bis del Código Penal de 1973 con la cuestión de la responsabilidad de y en las personas jurídicas. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y el propio Tribunal Constitucional se encargaron en su día de centrar en sus justos límites la aplicación del precepto, despojando su vigencia práctica de cualquier tentación de objetivación de la responsabilidad. Más recientemente, y pese a algún supuesto aislado en el que dio la impresión de que el inicial equívoco volvía a hacer acto de presencia –en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo número 1828/2002, de 25 de octubre–, la jurisprudencia se ha encargado de despejar cualquier incógnita acerca del verdadero sentido del vigente artículo 31 del Código Penal.

En efecto, la Sentencia del Tribunal Supremo número 816/2006, de 26 de junio, sintetiza la interpretación actual de la cuestión, cuando se expresa en los términos siguientes: «... su incorporación al Código [se refiere a la del anterior artículo 15 bis] no vino en modo alguno a introducir una regla de responsabilidad objetiva que hubiera de actuar indiscriminada y automáticamente, siempre que, probada la existencia de una conducta delictiva cometida al amparo de una persona jurídica, no resulte posible averiguar quiénes, de entre sus miembros, han sido los auténticos responsables de la misma, pues ello sería contrario al derecho a la presunción de inocencia, sino obviar la impunidad en que quedarían las actuaciones delictivas perpetradas bajo el manto de una persona jurídica por miembros de la misma perfectamente individualizables, cuando, por tratarse de un delito especial propio, es decir, de un delito cuya autoría exige necesariamente la presencia de ciertas características, éstas únicamente concurrirían en la persona jurídica y no en sus miembros integrantes. La introducción del artículo 15 bis del Código Penal tuvo el sentido de conceder cobertura legal a la extensión de la responsabilidad penal en tales casos, y solo en ellos, a los órganos directivos y representantes legales o voluntarios de la persona jurídica, pese a no concurrir en ellos, y sí en la entidad en cuyo nombre obraren, las especiales características de autor requeridas por la concreta figura delictiva. Más, una vez superado así el escollo inicialmente existente para poderles considerar autores de la conducta típica del citado precepto, no cabe inferir que no hayan de quedar probadas, en cada caso concreto, tanto la real participación en los hechos de referencia como la culpabilidad en relación con los mismos».

Con la responsabilidad penal de las personas jurídicas se completa el círculo de la respuesta punitiva del Estado frente al potencial criminógeno, la capacidad de amplificación del daño y el aseguramiento de la impunidad que pueden derivarse del mal uso de las formas colectivas dotadas de personalidad jurídica. Desde el punto de vista procesal, se garantiza que las corporaciones con auténtica actividad y estructura organizativa –que habitualmente engloban intereses de titularidad diversa y en ocasiones contrapuestos–, puedan ejercer la más amplia defensa en el proceso frente a quienes cometan el delito alegando actuar en su nombre, por su cuenta y en su provecho. La introducción del nuevo artículo 31 bis en el Código Penal constituye así una

opción susceptible de dar mejor respuesta a situaciones como las apuntadas, restableciendo la plena vigencia de la norma y fortaleciendo la eficacia de los resortes de la prevención general y especial, al tiempo que se robustece la eficacia del Derecho penal también en la determinación y sanción de las responsabilidades de tipo individual.

En último término, y si bien es cierto que la cuestión no debe resolverse apelando a un positivismo meramente formal –pues se trata de una materia que puede llevar implícitas profundas implicaciones dogmáticas–, la realidad es que, en un Estado Constitucional como el nuestro, el hecho de que el delito sea obra del ser humano, de la persona jurídica o de ambos, no se debe a razones ontológicas ni a la propia naturaleza de las cosas, sino a una decisión de Derecho positivo como principal herramienta, que lo es, de impulso y concreción de una determinada política criminal.

Inexplicablemente, la reforma no se ha acompañado de previsión procesal alguna, siquiera mínima, que resuelva algunos de los problemas que pueden generarse en la práctica en relación con el estatuto jurídico de la persona jurídica como sujeto pasivo del proceso penal. Como consecuencia de ello y para evitar que la nueva Ley se convierta en papel mojado, los operadores jurídicos se encuentran ahora enfrentados a la tarea de reinterpretar e integrar la normativa procesal existente sin menoscabo de las garantías propias del Derecho Penal y con pleno respeto al principio de legalidad procesal previsto en el artículo 1 de la LECrim.

En el momento de elaborar este trabajo existe ya un borrador de texto articulado que se quiere incorporar al Proyecto de Ley de medidas de agilización procesal en el que se prevén algunas muy limitadas reformas en la LECrim y en la LOPJ en relación con esta específica cuestión. Sin embargo, el contenido último de dicho texto resulta a día de hoy imprevisible por cuanto se encuentra pendiente de tramitación parlamentaria y su actual redacción, que lamentablemente no ha pasado a informe del Consejo Fiscal, puede ser objeto de enmiendas.

La presente Circular –sin pretensión de exhaustividad y consciente de las dificultades propias del abordaje de una normativa totalmente nueva y de repercusiones prácticas aún desconocidas–, pretende proporcionar a los Sres. Fiscales algunas primeras pautas exegéticas y aplicativas del nuevo sistema, en un intento de anticipar los problemas y facilitar soluciones uniformes que garanticen el principio de unidad de actuación del Ministerio Público, sin perjuicio de reconocer que el futuro rodaje de los nuevos preceptos pondrá sobre la mesa, sin duda, un buen número de nuevas cuestiones más allá del contenido de las siguientes páginas.

II. LAS PERSONAS JURÍDICAS RESPONSABLES PENALES. LOS ENTES COLECTIVOS SIN RESPONSABILIDAD PENAL

El precepto central de la reforma en cuanto afecta a la responsabilidad penal de las personas jurídicas es el nuevo artículo 31 bis del Código Penal, que establece lo siguiente:

«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.»

Por otra parte, el artículo 129 del Código Penal, relativo ahora a las empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas sin personalidad jurídica, 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.»

Así pues, y en primer término, deben realizarse una serie de precisiones en orden a determinar qué entes colectivos están dotados de personalidad jurídica en nuestro ordenamiento, cuáles de entre ellas son susceptibles de incurrir en responsabilidad penal y qué previsiones reserva la reforma para las entidades carentes de dicha personalidad.

II.1 Entes colectivos dotados de personalidad jurídica

La reforma del Código Penal no facilita una definición de la persona jurídica penalmente responsable. Tampoco resulta útil en este sentido la enumeración contenida en el artículo 297 del Código Penal, por cuanto además de hacer referencia fundamentalmente a las sociedades de naturaleza mercantil, su aplicación se circunscribe al Capítulo XIII del Título XIII del Código Penal relativo a los Delitos societarios.

Según expresa el Tribunal Constitucional en su Sentencia número 11/1998 de 2 de junio, la persona jurídica solo puede ser rectamente concebida si se la conceptúa como un instrumento más de los que el Derecho pone al servicio de las personas físicas para que puedan actuar en el tráfico jurídico y alcanzar los más diversos fines de interés público y privado reconocidos por el propio ordenamiento.

Por consiguiente, para obtener el concepto de persona jurídica, de perfiles sin duda más amplios que el contenido en el citado artículo 297 del Código Penal, habremos de remitirnos a la legislación civil, mercantil y al Derecho societario. En ese sentido, y en primer término, el artículo 35 del Código Civil establece que:

Son personas jurídicas:

1. Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la Ley. Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas.

2. Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la Ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados. Por su parte, en cuanto respecta a las sociedades mercantiles, el artículo 116 del Código de Comercio, regula el denominado «... contrato de compañía, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro, [que] será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código», previendo además que «Una vez constituida la compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos».

En cuanto a los requisitos constitutivos de las diferentes formas asociativas y societarias reconocidas por nuestro ordenamiento jurídico, habrá de atenderse, en

cada caso, a lo previsto en el Código Civil, el Código de Comercio y el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC). Conforme al artículo 20 de esta última norma, la constitución de las ahora llamadas sociedades de capital –cuya presencia es quizá la más frecuente en la práctica– exigirá escritura pública que deberá inscribirse en el Registro Mercantil, mientras el artículo 33 prevé que la sociedad adquiere la personalidad jurídica que corresponda al tipo social elegido con su inscripción.

Así pues, los nuevos sujetos pasivos del proceso penal, potenciales responsables de ilícitos de esa naturaleza, son las personas jurídico privadas de Derecho civil y mercantil y algunas personas jurídico públicas, constituyendo la ostentación de personalidad jurídica un primer filtro en este sentido, de modo que para aquellos otros entes colectivos que carezcan de la misma, se ha previsto un régimen diverso –de aplicación potestativa– en el artículo 129 del Código Penal según redacción del precepto dada por la Ley Orgánica 5/2010, corregida en algún extremo por Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

En nuestro sistema, la responsabilidad penal de las personas jurídicas no se ha hecho depender de su nacionalidad, si bien las entidades extranjeras, conforme prevé el artículo 9.11 del Código de Comercio, se rigen por su Ley personal, esto es, la determinada por su nacionalidad, en todo lo relativo a su capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción. Para determinar pues la personalidad jurídica de las entidades extranjeras, habrá que estar a la legislación nacional que les sea propia.

Asimismo, resultan de aplicación los criterios relativos a los límites espaciales de la Ley penal coincidentes con el ámbito de la jurisdicción, y por tanto, y con carácter general, los establecidos en el artículo 23 LOPJ.

No obstante lo dicho hasta este momento, en los casos en los que se detecte la existencia de sociedades pantalla o de fachada, caracterizadas por la ausencia de verdadera actividad, organización, infraestructura propia, patrimonio, etc., utilizadas como herramientas del delito o para dificultar su investigación –el ejemplo más clásico y nutrido lo encontramos en las sociedades trucha de las tramas de defraudación del IVA–, nada obsta a recurrir bien a la figura de la simulación contractual, bien a la doctrina del levantamiento del velo –que en sede penal constituye básicamente un recurso de búsqueda de la verdad material–, a los efectos de aflorar a las personas físicas amparadas por la ficción de independencia y alteridad de la sociedad pantalla. Así, aun a pesar de que desde el punto de vista estrictamente formal, una empresa pantalla puede gozar de personalidad jurídica y por tanto, ser potencial responsable de conductas delictivas conforme al artículo 31 bis del Código Penal, en los aludidos supuestos de abuso de la forma social, se ajustarán más a la realidad las opciones apuntadas en la medida en que posibilitan la imputación directa de las personas físicas por los delitos cometidos tras el manto de opacidad que otorga la sociedad ficticia.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo número 274/96 acudió a la doctrina del levantamiento del velo para imputar un delito tributario a una persona física que no era el obligado formal, pero que desde una perspectiva fáctica se había servido de la personalidad jurídica, abusando de ella para eludir sus obligaciones y ocultar su condición de administrador de hecho. La resolución destacaba que «ni el régimen de transparencia fiscal ni ningún otro instituto fiscal o mercantil impiden a los tribunales penales levantar el velo societario para tener conocimiento de la realidad económica subyacente». Según la misma resolución, al aplicar la doctrina del levantamiento del velo se trata únicamente de reconocer que «las posiciones formales

de una persona, dentro o fuera de una sociedad, no pueden prevalecer sobre la realidad económica que subyace a la sociedad».

Igualmente, la Sentencia del Tribunal Supremo número 952/2006, de 10 de octubre, autoriza la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo como plenamente procedente a la vista de que, en el caso concreto, la sociedad era simple apariencia o pantalla, y con más razón en un área o rama jurídica como el Derecho punitivo en el que rige el principio de averiguación de la verdad material. En similares términos, la Sentencia número 986/2005, de 21 de julio, del mismo Tribunal, declara aplicable la doctrina sobre el levantamiento del velo en la medida en que proscribiera la prevalencia de la personalidad jurídica que se ha creado, si con ello se comete fraude de Ley o se perjudican derechos de terceros por medio de la utilización como escudo del ente social ficticio como algo pretendidamente distinto de sus elementos personales constitutivos.

La anterior interpretación no colisiona con la norma penológica prevista en la letra b) de la circunstancia 2.ª del artículo 66 bis del Código Penal, cuando establece que «la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales», por cuando el propio legislador define el supuesto aludiendo a los casos en que «la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal», y aquellos a los que se hace mención más arriba se refieren a entidades colectivas sin actividad, —en el ejemplo de las sociedades trucha de las tramadas de IVA, aquellas no desarrollan ninguna actividad, no son las sociedades interpuestas quienes realmente compran y/o venden—, siendo utilizadas como meras titularidades formales de las obligaciones tributarias y como eficaces parapetos tras los que se oculta la actividad delictiva de los particulares, cuya conducta, siguiendo con el mismo ejemplo, puede recibir cumplida respuesta por medio de la aplicación de los artículos 31 y 305.1 a) del Código Penal.

Por otra parte, en aquellos otros casos en los que se produzca una identidad absoluta y sustancial entre el gestor y la persona jurídica, de modo tal que sus voluntades aparezcan en la práctica totalmente solapadas, sin que exista verdadera alteridad ni la diversidad de intereses que son propias de los entes corporativos —piénsese en los negocios unipersonales que adoptan formas societarias—, resultando además irrelevante la personalidad jurídica en la concreta figura delictiva, deberá valorarse la posibilidad de imputar tan solo a la persona física, evitando la doble incriminación de la entidad y el gestor que, a pesar de ser formalmente posible, resultaría contraria a la realidad de las cosas y podría vulnerar el principio *non bis in idem*.

II.2 Exclusiones: Personas jurídicas de Derecho público

El Código Penal establece en el apartado 5 del artículo 31 bis del Código Penal que una serie de entes colectivos dotados de personalidad jurídica, no estén sujetos a responsabilidad penal:

«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.»

La norma transcrita opta en este caso por el establecimiento de una regla general que excluye la responsabilidad penal de ciertas personas jurídicas de Derecho público, y una excepción a la misma consistente en permitir su sanción si se aprecia que tales formas jurídicas han sido creadas con el propósito de eludir una responsabilidad penal.

La exclusión del Estado es común en la mayor parte de los ordenamientos de los países de nuestro entorno y tiene su justificación en la incongruencia que supone hacer responder al Estado, titular del *ius puniendi*, frente a sí mismo.

Las Agencias Estatales están reguladas en la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos (LAE) y en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE); por otra parte, constituyen ejemplos de Organismos Reguladores la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la Comisión Nacional de la Energía, la Comisión Nacional de la Competencia y la Comisión Nacional del Sector Postal.

Las Entidades Públicas Empresariales se definen en el artículo 166 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) y tienen esta naturaleza, entre otras, el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), el Centro para el Desarrollo Tecnológico Industrial (CDTI) y la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre (FNMT).

En cuanto a la expresión organizaciones que ejerzan potestades públicas de soberanía y administrativas, parece remitir a los Organismos Autónomos regulados en la propia Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

La interpretación teleológica del precepto obliga a entender que esta exclusión –cuya dicción resulta manifiestamente mejorable– afecta a las organizaciones no en todo caso, sino exclusivamente en el marco de su actividad en el ejercicio de las funciones de soberanía o administrativas, lo que enlaza con la preservación del ejercicio de la función pública que está en el espíritu de todo el precepto.

En coherencia con lo anterior y a falta de mención expresa, no puede considerarse excluida con carácter general la responsabilidad penal de los Colegios Profesionales y las demás Corporaciones de Derecho Público, por cuanto constituyen cuerpos intermedios de configuración bifronte que tienen entre sus fines primordiales la defensa de intereses privados, aunque comunes, a los miembros de un determinado sector económico o profesional, de modo que participan en tareas de naturaleza pública en mayor o menor medida, con un grado variable de asimilación de sus actos al régimen administrativo, lo que aconseja efectuar en este sentido una valoración jurídica casuística.

En el caso de las sociedades estatales, no bastará con que cumplan el requisito de tener participación mayoritaria estatal conforme a la Ley 6/1997, de 20 de abril, de Funcionamiento y Organización de la Administración General del Estado, sino que deberán ejecutar políticas públicas o prestar servicios de interés económico general, de modo que resulta preciso de nuevo atender al supuesto concreto. La misma interpretación teleológica a la que se hacía referencia con anterioridad, obliga a efectuar aquí una exégesis extensiva del concepto Estado, entendiendo por tal todo aquello que lo es, y por tanto también la Comunidad Autónoma, la Provincia y el Municipio. En ese sentido, y aun cuando no se hace una mención específica, deberán entenderse excluidas de responsabilidad penal, en las condiciones ya apuntadas, las sociedades autonómicas, provinciales y locales.

Se excluye también del régimen de responsabilidad a los partidos políticos, sometidos al sistema sancionatorio previsto en la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, y a los sindicatos, como consecuencia de las funciones constitucionales que ambos están llamados a cumplir y siempre que no sean constituidos con las intenciones a que hace referencia expresa el último párrafo del precepto. La norma no menciona a las organizaciones empresariales, que por tanto se deben entender potenciales responsables penales.

Por último el precepto establece que los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que alguna de las anteriores se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal, en alusión a los supuestos en los que se utilice la personalidad jurídico-pública como medio o instrumento a través del cual sortear la responsabilidad penal.

II.3 Régimen de atribución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en caso de transformación, fusión, absorción o escisión

El apartado 2 del artículo 130 del Código Penal, prevé lo siguiente:

«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.»

De la simple lectura del precepto se desprende que en lo que respecta a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se da mayor importancia al sustrato organizativo de la propia entidad que a consideraciones meramente formales, lo que resulta lógico, teniendo en cuenta el dinamismo consustancial a las figuras corporativas. El precepto trata de evitar la elusión de la responsabilidad penal por medio de operaciones de transformación, fusión, absorción o escisión.

Sí se tiene en consideración la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica, de modo que se evita la impunidad en los clásicos supuestos de sucesión de empresas, para cuya detección la propia norma facilita una serie de criterios económicos y organizativos que habrán de ser objeto de la necesaria actividad probatoria. Así pues, cuando la persona jurídica trate de eludir su responsabilidad penal por medio de mecanismos tan particularmente lesivos para los intereses de trabajadores y acreedores como su disolución preordenada a tal fin y/o ficticia, los Sres. Fiscales, valorando las concretas circunstancias del caso, podrán solicitar del juez la adopción de la medida cautelar de intervención judicial de la corporación, conforme a lo previsto en el último párrafo del artículo 33.7 del Código Penal.

No se menciona sin embargo la disolución real de la sociedad, que parece equipararse así a la muerte de la persona física, de modo que habiendo desaparecido realmente los presupuestos inherentes a la existencia corporativa, no podría exigirse la sujeción a la responsabilidad penal. A este respecto, debe tenerse en consideración

que el artículo 371 de la LSC prevé que con la disolución de la sociedad se abre el período de liquidación y que la sociedad disuelta conserva su personalidad jurídica mientras dicha liquidación se realiza, debiendo añadir durante ese tiempo la expresión en liquidación a su denominación.

II.4 Algunos supuestos de entidades colectivas de características peculiares

Por lo que respecta a las diferentes figuras asociativas y societarias reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico, existen en la práctica una serie de supuestos sobre los que pueden existir dudas respecto de su personalidad jurídica. Sirvan como ejemplo las siguientes:

a) Sociedades secretas:

Según el artículo 1665 del Código Civil, el de sociedad es un contrato, por el cual, dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes, o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias. Conforme al artículo 1667 del Código, la sociedad civil se podrá constituir en cualquiera forma, salvo que se aportaren a ella bienes inmuebles o derechos reales, en cuyo caso será necesaria la escritura pública. Sin embargo, prevé el artículo 1669 del Código Civil que carecen de personalidad jurídica aquellas cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros, en cuyo caso, se regirán por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes. Por consiguiente, el vínculo societario preexistente habrá de ser público y notorio, de tal modo que cualquiera que contrate con la sociedad conozca a ciencia cierta con quién se está comprometiendo al asumir sus obligaciones y derechos, en cuyo caso, la sociedad constituida estará dotada de personalidad jurídica, siendo potencial responsable penal conforme al artículo 31 bis del Código Penal. En el supuesto de mantenerse oculta, carecerá de dicha personalidad y le será de aplicación el régimen previsto en el artículo 129 del Código Penal.

b) Sociedades mercantiles y/o de capital en formación y sociedades devenidas irregulares:

El artículo 20 de la LSC establece que «La constitución de las sociedades de capital exigirá escritura pública, que deberá inscribirse en el Registro Mercantil». En el artículo 33 del mismo texto legal se dice que con la inscripción registral la sociedad adquiere la personalidad jurídica que corresponda al tipo social elegido.

Así pues, y a diferencia de lo que ocurría en la regulación anterior, la Ley de Sociedades de Capital dedica dos preceptos diferentes a esta cuestión, uno, el artículo 20, donde se recogen los requisitos de constitución, y otro, el artículo 33, ubicado en otro capítulo de la Ley, en el que se prevén los efectos de la inscripción, esto es, la adquisición de la personalidad jurídica correspondiente al tipo social elegido.

Aun cuando la Ley sigue sin resolver de forma clara y terminante la polémica doctrinal y jurisprudencial que tradicionalmente se ha mantenido en relación con la eficacia del acuerdo social antes de su inscripción en el Registro Mercantil, un importante sector de la doctrina civilista entiende que el artículo 20 de la LSC tiene como objeto determinar los requisitos para la adquisición –primero provisional, cuando se otorga la escritura pública, y luego definitiva– de la condición de sociedad de capital. Desde este punto de vista, con la escritura pública en la que conste la elección por uno de estos tipos de sociedad, anónima, comanditaria por acciones o de responsabilidad limitada, la sociedad que se constituye adquiere la condición de sociedad de capital, y

en cuanto sujeto autónomo de derecho, puede adquirir bienes y derechos y contraer obligaciones (artículo 38 del Código Civil). La sociedad en formación goza así de personalidad jurídica general, sin perjuicio del régimen jurídico complementario previsto por la LSC en su artículo 37.

Sin embargo, la adquisición de la condición de sociedad de capital en los aludidos términos tiene un carácter transitorio, por cuanto, conforme prevé el artículo 39 de la LSC, relativo a las denominadas sociedades devenidas irregulares, «una vez verificada la voluntad de no inscribir la sociedad [en el Registro Mercantil] y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción, se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil si la sociedad en formación hubiera iniciado o continuado sus operaciones», de modo que por imperativo de la norma y a falta de la inscripción registral, se produce la conversión de la sociedad originariamente de capital en uno de los dos tipos generales de sociedad establecidos en el ordenamiento jurídico, civil o colectiva, según que hubiere o no iniciado o continuado sus operaciones. La anterior interpretación es coherente y da sentido al tenor literal del artículo 33 de la LSC cuando establece que con la inscripción la sociedad adquirirá la personalidad jurídica que corresponda al tipo social elegido.

A tenor de lo expuesto, el matiz diferenciador está en que, mientras las sociedades colectivas pueden permanecer irregulares por tiempo indefinido y continúan siendo tales aunque no se inscriban, las de capital solo pueden permanecer irregulares por tiempo determinado, y pierden esa condición en caso de no producirse la inscripción en el plazo legalmente previsto. Así pues, no es el nacimiento del nuevo ente jurídico lo que está condicionado a la inscripción, sino su subsistencia como tal sociedad de capital.

A mayor abundamiento, el régimen de la irregularidad en nuestro ordenamiento jurídico consagra el reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad no inscrita o irregular, de modo que la falta de inscripción no afecta a la personalidad jurídica, sino estrictamente al régimen de publicidad de la entidad. En ese sentido, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 919/2002, de 11 de octubre, argumenta que «En cuanto a la existencia de la sociedad mercantil irregular es de tener en cuenta la doctrina jurisprudencial recogida en la sentencia de 8 de julio de 1993 que cita las de 3 de abril, 11 de junio y 6 de noviembre de 1991, según la cual desde el momento que los contratantes se obligaron a poner en común determinados bienes con intención de obtener un lucro, ello denota la existencia de la sociedad de naturaleza mercantil.»

Por consiguiente, tanto las sociedades en formación como las devenidas irregulares, están dotadas de personalidad jurídica, y por tanto, pueden ser potenciales responsables penales conforme a las previsiones del artículo 31 bis del Código Penal.

c) Grupos de sociedades y Uniones temporales de empresas, (UTE's):

El artículo 18 de la LSC establece que en el grupo de sociedades una de ellas es dominante con respecto a otra u otras, entendiéndose por tal aquella que ostente o pueda ostentar directa o indirectamente el control de otra u otras, lo que se presume siempre que concurra alguno de los supuestos que se contemplan en la remisión que la Ley hace al artículo 42 del Código de Comercio; el grupo como tal carece de personalidad jurídica.

Más específicamente, y conforme a los artículos 7.2 y 8 de la Ley 16/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de desarrollo industrial, las uniones temporales de empresas también carecen de personalidad jurídica propia distinta de la de sus miembros, ya que se

configuran como un sistema de colaboración entre empresarios de duración temporal y para la ejecución de una obra o la prestación de un servicio o suministro. Así pues, a las UTE's no les es de aplicación el artículo 31 bis del Código Penal y sí el artículo 129 del mismo texto legal, sin perjuicio de que las sociedades que las integran, individualmente consideradas, sí pueden ser penalmente responsables.

Con carácter general, el artículo 129 conforme a la nueva redacción dada por la reforma –y sin perjuicio de las particularidades del precepto que son analizadas en los apartados de esta Circular relativos a los catálogos de delitos y de sanciones–, resulta de aplicación a las empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas sin personalidad jurídica.

III. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA EN EL NUEVO ARTÍCULO 31 BIS DEL CÓDIGO PENAL

III.1 Consideraciones generales

El modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas diseñado por el legislador español se concentra principalmente en el nuevo artículo 31 bis del Código Penal. Además, la Ley Orgánica 5/2010 establece un catálogo de sanciones específicas para las corporaciones y una serie de reglas penológicas a las que nos referimos en otros apartados de esta Circular, deroga el apartado 2 del artículo 31 en su redacción anterior y modifica la redacción del artículo 129 del Código Penal, al que también se hace repetida alusión a lo largo de estas páginas.

Tras los ensayos que los dos últimos preceptos mencionados supusieron en relación con la responsabilidad de las personas jurídicas, generadores de gran cantidad de literatura y una muy escasa aplicación práctica, el nuevo artículo 31 bis del Código Penal opta por atribuir verdadera responsabilidad penal a la persona jurídica, que por consiguiente, accede al proceso penal como sujeto pasivo del mismo y es potencial destinataria de una pena.

En el espacio europeo, y particularmente en esta materia, se ha producido la confluencia, sin duda enriquecedora, de algunos de los planteamientos clásicos del Derecho anglosajón y el continental. Como veremos a continuación, por medio del recurso a un modelo que recuerda en lo esencial a las soluciones adoptadas, *mutatis mutandi*, por países como el Reino Unido y Francia, el precepto asume las particularidades que distinguen a las personas jurídicas y realiza un esfuerzo –desatendido sin embargo por buena parte de la doctrina científica– por mantener intactas nuestras categorías dogmáticas tal y como las conocemos, de modo que su aplicación no obliga a generar una nueva teoría general del delito de las corporaciones, empresa tan solo esbozada tímidamente por algunos autores y que, a día de hoy, se antoja de resultados francamente inciertos.

Así pues, cuando el párrafo primero del número 1 del artículo 31 bis del Código Penal establece que «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», el legislador español dibuja un sistema de heteroresponsabilidad penal o de responsabilidad de las personas jurídicas de naturaleza indirecta o subsiguiente, en la medida en que se hace responder a la corporación de los delitos cometidos por las personas físicas a las que el precepto se refiere.

En ese sentido, este primer párrafo presenta importantes similitudes con el tenor del artículo 121.1 del Código Penal francés conforme a su redacción dada por Ley de 9 de marzo de 2004, en el que también se hace responder a la corporación por los hechos de sus gestores, en una construcción que se ha dado en llamar muy gráficamente responsabilidad del hecho personal por representación, que es a su vez el asumido, con algunos matices, por uno de los dos supuestos de autoría característicos de las Directivas de la Unión Europea en esta materia.

Contra lo que pudiera desprenderse de una lectura apresurada del precepto, ese mismo mecanismo normativo se mantiene en lo sustancial en el párrafo segundo del apartado 1 cuando dice que «... 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», donde de nuevo se prevé un sistema de heterorresponsabilidad construido sobre la base de las específicas exigencias contenidas en el precepto que, en lo esencial, obedecen a una construcción jurídica análoga a la del primer párrafo, lo que impide entender que este segundo supuesto se ajuste a un modelo *sui generis* de responsabilidad directa de la corporación o de la llamada culpabilidad de la empresa.

Se trata, por tanto, de una responsabilidad que si bien no es independiente, sí es autónoma y susceptible de apreciarse en exclusiva o de forma acumulativa respecto de la de la persona física, posibilidad que no sólo elimina lagunas punitivas, sino que además minimiza notablemente los previsibles intentos de deslizamiento del gravamen desde la persona física hacia la jurídica y viceversa.

Lo dicho resulta evidente a tenor del contenido de los números 2 y 3 del artículo 31 bis, el primero de ellos cuando hace referencia expresa a que la responsabilidad penal de las personas jurídicas resulta exigible siempre que se constate la comisión de un delito por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado primero –aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella–, y el número 3 al prever que 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 excluye ni modifica la responsabilidad penal de las corporaciones; se elimina así el cordón umbilical propio de los anteriores artículos 31.2 y 129 del Código Penal, sin que ello suponga, en modo alguno, que pueda prescindirse de la existencia de un delito protagonizado por las personas físicas para que la maquinaria de la Administración de Justicia penal pueda dirigirse contra las corporaciones.

Así pues, la norma del artículo 31 bis –lastrada quizá por las dificultades dogmáticas que ello entrañaría y por el indudable antropomorfismo que caracterizan a nuestra teoría general del delito y particularmente a la tipicidad en nuestro Código Penal– no ha instituido un mecanismo que permita imputar directamente los hechos delictivos a la persona jurídica, sino que partiendo de la conducta delictiva de las personas físicas –gestores o personas sometidas a la jerarquía empresarial– establece un vínculo normativo a resultados del cual y según expresión textual del precepto, las personas jurídicas serán penalmente responsables de dichas infracciones. Ciertamente late en el precepto la concepción de la responsabilidad de las personas jurídicas propia del sistema vicarial o de transferencia, según la cual algunas personas físicas, no en todo caso, pero sí

en determinadas circunstancias, encarnan o constituyen el alter ego o el cerebro de la persona jurídica, de modo que se entiende que sus comportamientos son los de aquella, y desde esa perspectiva, la corporación debe responder por ellos.

Por otra parte, la reforma efectuada por LO 5/2010 en la Parte General del Código Penal, no ha supuesto modificación alguna del tenor de los artículos 5 y 10 del mismo, en los que se definen los delitos y las faltas como las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley, y se condiciona la imposición de la pena a la existencia previa de dolo o imprudencia. Desde una perspectiva garantista, permanecen sin duda las razones para mantener estos enunciados, en tanto en cuanto fortalecen la seguridad jurídica, exigiendo que se verifique la existencia de una serie de elementos comunes a todos los delitos.

Dado que, como hemos visto, la persona jurídica puede devenir responsable de la infracción penal consecuencia del substratum del individuo que la comete, la tipicidad, los criterios de imputación objetiva y subjetiva, el dolo o la imprudencia, así como todos los demás elementos de la infracción concurrentes o no, sea cual fuere la concepción dogmática del delito que se prefiera, deben residenciarse en las personas físicas, de modo que en presencia de una infracción penal cometida por un sujeto individual, la corporación solo resultará comprometida si la infracción se produjo en las específicas circunstancias y por quienes establece el legislador, actuando estas variables a modo de filtros que, por otra parte, evitan incurrir en el automatismo de una responsabilidad puramente objetiva.

Tradicionalmente, al modelo de responsabilidad vicarial o de transferencia se le objeta que, aun habiendo realizado la empresa esfuerzos considerables por mantener el control de los riesgos generados por la actividad, la responsabilidad siempre le es exigible. Ello en primer lugar no es cierto, dado que la actividad del agente que comete el delito y puede hacer responder a la corporación con su conducta, se valora bajo el prisma del contenido real de su mandato en todas sus vertientes –formal, material y funcional– teniéndose en consideración además la concurrencia o no de extralimitaciones en su ejercicio que pudieran excluir la responsabilidad de la corporación por su conducta.

Por otra parte, más allá de la responsabilidad cuasi automática prevista en los derogados artículos 31.2 y 129 del Código Penal, en el modelo vigente del artículo 31 bis del Código Penal, la persona jurídica pasa a ser auténtico sujeto pasivo del proceso, de modo que puede defenderse por sí misma y de forma independiente frente a los intereses de quienes aparezcan acusados de cometer el delito en su provecho.

Cuando el Tribunal Constitucional reconoce el ejercicio de un determinado derecho fundamental a las corporaciones –y a ello se hace alusión en otros apartados de esta Circular– su argumentación siempre pasa por considerar que la protección de tal derecho constituye un efecto reflejo de la que gozan las personas naturales que la integran. Esta doctrina, con origen en la ciencia penal y la jurisprudencia constitucional alemanas, ha sido recibida por nuestro Tribunal Constitucional entre otras, en sus Sentencias números 64/1988, 241/92 y 139/1995. Desde este planteamiento, la doctrina del Tribunal reconoce a las personas jurídicas los derechos previstos en el artículo 25 de la Constitución, el derecho a la libertad sindical, a la libertad de expresión, el derecho a transmitir información, el derecho al honor, el derecho de asociación, a la libertad ideológica, el derecho a la creación de fundaciones, a la igualdad, a la propiedad privada y los derechos contenidos en el artículo 24 de la Constitución, a participar en el proceso, a la defensa, a la proposición y práctica de prueba y el derecho a conocer las razones del tribunal mediante una motivación suficiente.

La Sentencia del Tribunal Constitucional número 59/2008, de 14 de mayo, razona en su fundamento jurídico 11 b) que la Constitución Española otorga a la culpabilidad

rango de principio estructural básico del Derecho Penal como derivación de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad. Según esto, la pena sólo puede imponerse al sujeto responsable del ilícito penal por lo que no sería constitucionalmente legítimo un Derecho penal de autor que determinara las penas en atención a la personalidad del reo, además de no caber la imposición de sanciones por el mero resultado. La propia resolución cita como precedentes de esta doctrina las Sentencias número 150/1991, de 4 de julio, en su FJ 4 a); 44/1987, de 9 de abril, FJ 2; 150/1989, de 25 de septiembre, FJ 3; 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2; 150/1991, FJ 4 b); 92/1997, de 8 de mayo, FJ 3; 146/1994, de 12 de mayo, FJ 4 b); 150/1991, FJ 4 a); 76/1990, de 26 de abril, FJ 4 a); 164/2005, de 20 de junio, FJ 6, y 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2).

Así pues, alejado el precepto de los presupuestos de una responsabilidad puramente objetiva, y reconocido en toda su amplitud, como no puede ser de otra manera, el derecho de defensa de la persona jurídica en el proceso penal, nada impide que las personas jurídicas, en aras a garantizar el respeto y la consecución de ciertos fines públicos, puedan ser declaradas responsables de los delitos cometidos por determinadas personas físicas especialmente vinculadas a ellas, merced a un mecanismo normativo de transferencia de la responsabilidad que solo opera en caso de concurrir las diversas y específicas circunstancias a las que se refiere el precepto legal.

En cuanto a las demás objeciones clásicas, como las derivadas de la afectación de la sanción de la persona jurídica a los socios, de modo que se vulnere el principio de culpabilidad en su acepción de personalidad de las penas, además de no ser un problema privativo del modelo vicarial, resulta obvio que cualquier sanción penal tiene efectos perjudiciales para terceros no destinatarios de la misma. Por otra parte, el delito del que se responsabiliza a la corporación conforme a los postulados del artículo 31 bis del Código Penal ha de ser cometido en todos los casos en provecho de la sociedad, y por tanto, en provecho de los propios socios. Nada justifica que los miembros de la entidad deban soportar los resultados negativos derivados, por ejemplo, de la mala gestión llevada a cabo por el administrador, y sin embargo permanezcan de todo punto ajenos a las consecuencias derivadas de la imposición de una pena a la entidad de la que participan, por cuanto ambos supuestos constituyen tan solo una pequeña muestra de los numerosos riesgos inherentes a su propia inversión.

Por último, frente a la afirmación de que el modelo vicarial puede incurrir en la eventual vulneración de los principios de *non bis in idem* y de proporcionalidad, en primer término se debe reconocer que, con carácter general, no se produce la célebre trilogía que compone el primer aforismo y que exige la concurrencia de identidad de hecho, sujeto y fundamento. Si bien en el modelo vicarial sí se produce la identidad del hecho, la misma no tiene lugar respecto del fundamento de la sanción, ni tampoco respecto del sujeto, dado que toda representación implica dos sujetos realmente distintos.

Sin embargo, y como ya se ha anticipado, es cierto que en la práctica caben algunas situaciones en las que la realidad contradice esa duplicidad de sujetos. De un lado, las empresas pantalla constituyen una simple tapadera para procurar opacidad a la actividad delictiva de una o varias personas individuales; en el caso de estas entidades que, pese a ostentar personalidad jurídica, carecen de auténtica alteridad, estructura organizativa y actividad interna, más que la sanción al remedo de persona jurídica, habrá de procurarse el reproche de los delitos cometidos por las personas físicas que se ocultan detrás, levantando el velo de la forma societaria a los solos efectos de revelar dichas conductas individuales y hacer responder al patrimonio de la entidad, si lo hubiere, como patrimonio propio del autor. La misma solución es predicable respecto de los negocios unipersonales que adoptan formas societarias —en los estrictos térmi-

nos a los que se hace referencia en otro epígrafe de esta Circular—, cuando la falta de verdadera alteridad de la persona jurídica trae como consecuencia la identidad total entre el gestor, persona física individual, y la propia entidad jurídica.

Respecto al principio de proporcionalidad de las penas, la reforma prevé en el apartado 2 del artículo 31 bis que «cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas [persona física y persona jurídica] la pena de multa, los jueces y tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de los hechos», apartado que además de ser coherente con la opción por el modelo de transferencia de la responsabilidad elegido por el legislador, facilita un mecanismo de adecuación de la sanción a la gravedad del ilícito.

A tenor de lo expuesto, el modelo vicarial diseñado por el legislador español parece difícilmente objetable desde el punto de vista constitucional.

No incorpora el precepto del artículo 31 bis del Código Penal las tesis más características del inacabado debate —conceptual y en algún caso conceptualista— existente en el seno de la doctrina científica en relación con los diferentes modelos de responsabilización de los entes colectivos, en el que a menudo se alega la insuficiencia del vicarial sobre la base de las mismas objeciones a que se acaba de hacer referencia, relacionándolas en este caso con las categorías dogmáticas elaboradas por nuestra ciencia penal. Con este punto de partida, se sostiene que la responsabilidad penal de las personas jurídicas debe fundamentarse en un modelo de imputación —objetiva y subjetiva— exclusivo de la persona jurídica, en el que uno de los fundamentos de la responsabilidad de las corporaciones es la llamada culpabilidad de la empresa por defecto de organización.

Desde los presupuestos de esta teoría y sus diversas variaciones, el delito de la persona jurídica debería ser consecuencia del funcionamiento defectuoso o de la mala organización de la misma, lo que desde luego no aparece en la letra del artículo 31 bis del Código Penal y constituye una perspectiva de análisis de perfiles muy imprecisos y cuyo desarrollo exigiría el cambio —o al menos una costosísima redefinición— de nuestro paradigma dogmático y aplicativo, tarea que, a día de hoy, resulta además innecesaria para garantizar la correcta inteligencia y aplicación de los nuevos preceptos, hasta tal punto ajenos a esa concepción de una supuesta culpabilidad corporativa, que ni siquiera se contempla como circunstancia atenuante la acreditación de una provisión organizativa suficiente adoptada por la entidad con carácter previo a cometerse el delito.

Resulta cuando menos curioso comprobar que cuando se habla de política corporativa criminal o de mala organización de la empresa, se está velando eufemísticamente lo que no es otra cosa que la estigmatización, de nuevo y de modo inevitable, de comportamientos propios de personas físicas, habitual y especialmente de aquellos que definen los objetivos de la entidad y la forma de conseguirlos, los gestores. No hay razón para considerar más conforme con el principio de responsabilidad por el propio hecho imputar a la persona jurídica su organización deficiente o su comportamiento errático, cuando sin duda estas anomalías son igualmente atribuibles a las carencias de sus gestores, órganos unipersonales o colegiados compuestos siempre y en último término, por personas físicas. Se trata, al fin y a la postre, de una ficción jurídica que llevada a sus últimas consecuencias, obligaría a generar una nueva teoría general del delito de las corporaciones de muy difícil desarrollo en paralelo con nuestro sistema actual.

En íntima conexión con lo anterior, la elaboración y el cumplimiento de las normas de autorregulación de las empresas o *compliance guide*, solo son relevantes en la medida en que traduzcan una conducta. Su formalización no aporta ni su inexistencia

resta la capacidad potencial de incurrir en responsabilidad penal, porque lo determinante no es si se actuó de acuerdo con la guía o si esta era hipotética u objetivamente apta para evitar el delito, sino si con guía o sin ella, procede atribuir a la persona jurídica la responsabilidad penal derivada de los delitos cometidos por sus gestores, por haber tenido lugar dichas conductas ilícitas cuando los mismos actuaban en nombre, por cuenta y en provecho de la corporación, o como consecuencia de haber omitido aquellos el debido control sobre sus subordinados jerárquicos en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de la entidad.

III.2 El párrafo primero del apartado 1 del artículo 31 bis del Código Penal

Artículo 31 bis 1, párrafo primero: «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».

Volviendo a la letra del precepto, y por lo que respecta al párrafo primero del número 1 del artículo 31 bis del Código Penal, las actuaciones delictivas de los representantes legales y los administradores de hecho o de derecho de las personas jurídicas pueden generar responsabilidad penal para estas últimas siempre que el delito se haya cometido alternativamente en el ámbito aparente –en su nombre– y competencial –por su cuenta– de la corporación, y acumulativamente, en su beneficio –en su provecho–.

En cuanto a la actuación en nombre o por cuenta de la persona jurídica, la expresión remite al contenido formal y material del mandato o representación del gestor en cada caso, en el que pueden estar incluidas algunas directrices de la política empresarial de forma más o menos explícita. En su caso, podrá asimismo plantearse la necesidad de precisar si ha existido una extralimitación en el mandato que deba ser tenida en consideración a la hora de valorar la trascendencia o intrascendencia de la conducta de la persona física en sede de la persona jurídica. Sin embargo, no es posible limitar a priori y rígidamente la capacidad de responder de la persona jurídica al perímetro restringido y estricto de las atribuciones del gestor, órgano unipersonal o colectivo, de hecho o de derecho que haya actuado, por cuanto ello implicaría crear de inicio una amplia zona de irresponsabilidad penal que debe ser objeto de valoración casuística.

Así pues, para evaluar este extremo deberá primero evitarse el recurso exclusivo a criterios civilistas o mercantilistas, legales, sectoriales y estatutarios, y resultará preciso permanecer particularmente alerta respecto de aquellas conductas que, incluso formando parte de las competencias de la representación o el mandato, se aleguen, y es previsible que así ocurra, fruto de una desviación material de los fines de la corporación o abiertamente contrarias al desarrollo de la política empresarial. En último término, se tratará de evitar –permítase el recurso frecuente a una cierta personificación gramatical por razones de claridad en la exposición– que la compañía se desentienda de la responsabilidad derivada de los delitos cometidos o no evitados por su gestor, cuando es este último quien, en condiciones normales, diseña y sobre todo, lleva a la práctica la propia política empresarial, de modo que cualquier vacua formulación corporativa contra el delito o la más sofisticada operación de maquillaje articulada, en su caso, por medio de las denominadas *compliance guide*, sirvan, por sí solos, de eficaz recurso para eludir la responsabilidad penal.

El precepto incluye la conducta de los gestores de derecho y de hecho, lo que resulta lógico, por cuanto si la responsabilidad penal de las personas jurídicas quedara extramuros de la conducta de los segundos, bastaría con recurrir sistemáticamente a gestores fácticos para obtener la impunidad. El concepto de administrador de hecho

ha sido definido ya con cierta precisión por la jurisprudencia del Tribunal Supremo con ocasión de la aplicación y exégesis del artículo 31 del Código Penal, entre otras, en Sentencias números 774/2005, de 2 de junio, 480/2009, de 25 de mayo y 986/2009, de 13 de octubre.

En cualquier caso, conviene recordar que deben rechazarse las interpretaciones que busquen introducir en el concepto a aquellos sujetos titulares de alguna capacidad de decisión autónoma siempre supeditada a la dirección, supervisión o control de quien en realidad dirige la entidad.

Como bien resume la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 59/2007, de 26 de enero, «el administrador de hecho debe participar activamente en la gestión y dirección, de forma permanente y no sujeta a esferas superiores de aprobación o decisión. Debe desempeñar una función de dirección real, con independencia de la formalidad de un nombramiento». Ello es así porque para que pueda hablarse de responsabilidad penal de la persona jurídica el legislador se remite a conductas propias o controlables por los verdaderos órganos de gobierno. Como en buena parte del derecho comparado, también aquí lo relevante es el poder de dirección de facto y no el concreto título o circunstancia de los cuales se deriva dicho poder.

Por último, el primer párrafo del número 1 del artículo 31 bis del Código Penal hace referencia al requisito de que la persona física haya actuado en provecho de la persona jurídica, exigencia que también está, con idéntico sentido, en el párrafo segundo del mismo apartado.

La expresión puede ser interpretada en primer término incidiendo en su vertiente subjetiva, de modo que sería suficiente con que el agente actuase con la íntima convicción de que favorecía a la sociedad, esto es, el término equivaldría a la intención del sujeto actuante de beneficiar a la empresa. En contra de esta exégesis está la idea de que si el legislador hubiera querido otorgarle este sentido, probablemente hubiera optado por expresiones tales como con la intención de beneficiar, o para beneficiar. La apelación a un elemento subjetivo así definido conllevaría además serias dificultades de prueba, no estando claras por otra parte las razones por las que los motivos del sujeto deban elevarse a la categoría de factor decisivo para la determinación de la responsabilidad de la organización para la que trabaja.

Alternativamente cabe interpretar la expresión legal conforme a parámetros objetivos, bien como exigencia de la constatación del beneficio, bien como efectiva tendencia de la acción a conseguir ese provecho. En el primer caso, si se entendiera que la Ley requiere el efectivo beneficio, cuando la acción finalmente perjudicara a la empresa, no podría serle imputada. A parecidas conclusiones se podría llegar cuando no se derivaran potenciales perjuicios ni beneficios de la acción emprendida por el sujeto, caso de ser la misma totalmente neutra. Con esta interpretación se subordinaría además la responsabilidad penal a un dato que depende de múltiples variables no siempre controlables por quien despliega la acción –sirva de ejemplo un simple error de cálculo– y sería preciso concretar un parámetro fijo para medir ese beneficio social, el cual no necesariamente tiene por qué ser reducido a términos económicos; piénsese en este sentido en la importancia que pueden tener para una corporación activos difícilmente cuantificables como el capital reputacional, el prestigio de marca, etc.

Estamos pues ante una objetiva tendencia de la acción a conseguir el provecho, que conlleva la constatación de la idoneidad ex ante de la conducta para que la persona jurídica obtenga alguna clase de ventaja asociada a aquella, aunque tal beneficio no fuere directo o inmediato por ser, por ejemplo, una posibilidad futura que finalmente no tuviera lugar. La acción debe ser valorada como provechosa desde una perspectiva objetiva e hipotéticamente razonable, con independencia de factores externos que puedan determinar que la utilidad finalmente no se produzca. Así considerado, el

provecho de la sociedad no constituye necesariamente una partida susceptible de valoración mediante una operación aritmética o un asiento contable, de modo que cualquier clase de ventaja a favor de la entidad cumple las exigencias del actuar en provecho, por difícil que pueda resultar su traducción a euros. En apoyo de esta interpretación, el artículo 54.2.^ª del Código Penal acepta la posibilidad de que no sea posible el cálculo del importe de la sanción pecuniaria en relación con el valor del beneficio obtenido.

Por supuesto, se descarta que sea preciso que la persona física actúe con un elemento subjetivo especial consistente en beneficiar a la empresa. Si la compañía tiene la expectativa de obtener, u obtiene, un beneficio del tipo que sea, ya se trate de una ganancia, de la evitación de una pérdida o el ahorro de un coste, etc., se cumplirá la exigencia aun cuando la persona física haya actuado por su exclusivo y propio interés personal o en interés de una minoría de los miembros de la persona jurídica. Sirva de ejemplo el supuesto del director general de una compañía que obtenga mediante escuchas ilegales el secreto de fabricación de un competidor, que actuará en provecho de la sociedad si el beneficio de su acción engrosa la caja de la compañía aun cuando él pretenda también una ventaja económica personal derivada de su acción, o el trabajador que con el delito persiga mejorar sus cifras de negocio en la compañía para aumentar su prestigio ante sus superiores, ascender en la jerarquía empresarial o incrementar su comisión, en cuyo caso también actúa en provecho de la entidad.

III.3 El párrafo segundo del apartado 1 del artículo 31 bis del Código Penal

Como ya se ha adelantado, en el supuesto previsto en el párrafo segundo del número 1 del artículo 31 bis, se establece que «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», precepto que incluye algunas exigencias de idéntico tenor a las del párrafo primero –por cuenta y en provecho–, a las que se añade el fallo de supervisión –imputable no se especifica exactamente a quién al utilizar el precepto una forma impersonal del verbo–, si bien la norma se refiere, también en este caso, a la conducta de las personas físicas mencionadas en el párrafo primero –gestores o representantes–, sin perjuicio de que puedan existir implicados en varios escalones de la estructura empresarial.

Lo anterior enlaza directamente con la regla penológica del artículo 66 bis del Código Penal cuando prevé la posibilidad de agravar la sanción a la entidad en función del puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupe la persona física u órgano que incumplió el deber de control, lo que constituye una apelación –de redacción francamente mejorable– a aquello que se ha dado en llamar el núcleo de verdad de la teoría de la identificación, en virtud del cual, a mayor implicación del alto directivo en el hecho criminal, mayor debe ser el reproche en sede de la persona jurídica, por cuanto son los dirigentes de la corporación quienes, en la práctica y como ya se ha dicho, diseñan y ejecutan la política empresarial.

La norma atiende a las peculiaridades propias de la actividad empresarial, caracterizada por la división técnica del trabajo y la especialización, la complementariedad de las diferentes aportaciones de los sujetos en el contexto de un plan común, y la jerarquía, en virtud de la cual, las aportaciones de los individuos no son libres sino que están sometidas a una común dirección que puede aceptarlas, rechazarlas o modi-

ficarlas. En ese contexto, la responsabilización de las personas jurídicas tiene por objeto evitar que se cometan ilícitos penales en su ámbito de actividad, bien por parte de la cúpula –gestores, administradores, representantes legales– bien por los empleados y colaboradores de la misma.

Establece así la Ley un deber de fiscalización o control generador de responsabilidad penal, que incumbe en último término a los superiores –representantes, gestores de hecho o de derecho– respecto de quienes actúan en el ámbito de la persona jurídica. El precepto se refiere a la omisión del debido control sobre el colaborador sometido a la jerarquía empresarial, sin que resulte precisa una vinculación laboral de éste último con la empresa, siendo suficiente con el mero arrendamiento de servicios o que se trate de un trabajador por cuenta de una empresa de trabajo temporal, por poner dos ejemplos relativamente frecuentes en la práctica.

Así pues, al órgano gestor le corresponde un deber de control y vigilancia que remite a los cursos lesivos y/o peligrosos creados por sus subordinados y que pueden llevar a la comisión de los tipos penales previstos en la Parte Especial. Precisamente es esa falta de control por parte de la cúpula de la empresa la que hace que la responsabilidad derivada del ilícito penal sea transferida a la persona jurídica.

Para responsabilizar a la persona jurídica de los delitos cometidos por el subordinado, será preciso acreditar que se ha omitido por parte del gestor, bien de forma directa, bien a través de la cadena de delegaciones que se haya podido prever a tal fin, el control debido respecto de su actividad. Así pues, en este segundo supuesto, el gestor no resulta penalmente responsable de la infracción penal –supuesto que se encuadraría en el párrafo primero del apartado 1 del artículo 31 bis del Código Penal–, sino que se atribuye la responsabilidad a la persona jurídica por los delitos que el subordinado haya podido cometer siempre que sea atribuible al gestor la omisión del control debido sobre la actividad del mismo, es decir, la infracción de un deber de vigilancia que le viene impuesto por la Ley. Resulta pues indiferente en este caso la naturaleza dolosa o imprudente de la conducta del gestor, por cuanto no es el resultado típico lo que se le imputa, sino la infracción de ese deber de vigilancia que se deriva del artículo 31 bis del Código Penal.

El debido control constituye un concepto normativo que habrá de dotarse de contenido valorativamente a través de la actividad probatoria y en contacto con las circunstancias concurrentes en cada caso. En este sentido, la política corporativa o la llamada organización empresarial resultarán útiles –no como fundamento de la imputación de la persona jurídica, ni como sustrato sobre el que hacer gravitar la culpabilidad de la empresa como concepto trabajosamente reenviado desde las personas físicas hasta las jurídicas–, sino como instrumento para evaluar el contenido real del mandato de que es titular el gestor y aquello que, junto con las normas que regulan la actividad de que se trate, integra esa necesaria supervisión de la actividad empresarial en el caso concreto.

La obligación de velar por el cumplimiento de las Leyes en el seno de la persona jurídica no resulta en nuestro Derecho tan inédita como se pretende. Existen en nuestro ordenamiento jurídico algunas normas en las que el legislador obliga a las entidades a adoptar determinadas medidas para prevenir conductas arriesgadas, irregulares o ilícitas en su seno.

Sirvan de ejemplo el Real Decreto 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales y las legislaciones y compilaciones sectoriales, que imponen determinadas pautas de actuación relacionadas con determinada actividad, la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo o el Código Unificado de

Buen Gobierno Corporativo de las Sociedades Cotizadas, en el que la Recomendación 45 sobre supervisión de códigos internos de conducta y reglas de gobierno y la 49 sobre política de control y gestión de riesgos, establecen importantes pautas en ese sentido. Por otra parte, la previsión de un catálogo cerrado de delitos de los que pueden ser responsables las personas jurídicas constituye también un factor de concreción en ese sentido, en cuanto señala sectores de actividad y conductas lesivas o de riesgo específicas.

Dado que el precepto hace responder a la corporación por los hechos delictivos cometidos como consecuencia de la omisión del debido control en cada caso, resulta previsible que la persona jurídica oponga en su defensa el establecimiento previo de determinados estándares de prevención del delito en su seno, correspondiéndole la carga de la prueba acerca de su existencia y sobre todo, su incidencia real en los hechos. Ello es así por cuanto, frente a la constatación de un hecho típico atribuible a una de las personas físicas a que se refiere el artículo 31 bis del Código Penal, cabe presumir la antijuridicidad y la culpabilidad en la conducta, salvo que se acredite por quien efectúe una alegación en ese sentido, la concurrencia de circunstancias que justifiquen la misma o gradúen la responsabilidad por el hecho. En este sentido se pronuncian las sentencias números 648/1978 y 563/1979, expresivas de una doctrina del Tribunal Supremo antigua y fuertemente consolidada.

Como ya se ha señalado, existe en este momento el peligro de considerar que la mera formalización de uno esos estándares constituye un salvoconducto para eludir la responsabilidad penal de la corporación. Sin embargo, lo importante en la responsabilidad penal de la persona jurídica no es la adquisición de un código de autorregulación, *corporate defense*, *compliance guide*, plan de prevención del delito o como quiera llamársele, sino la forma en que han actuado o dejado de actuar los miembros de la corporación a que se refiere el artículo 31 bis en la situación específica, y particularmente en este segundo párrafo del apartado 1.º, sus gestores o representantes en relación con la obligación que la Ley penal les impone de ejercer el control debido sobre los subordinados; en este contexto, resulta indiferente que la conducta de los individuos responda a una guía de cumplimiento propia que, en el mejor de los casos, constituye un ideal regulativo de emanación estrictamente privada. Imaginemos que las pautas de comportamiento de la guía omitieran o fueran particularmente laxas a la hora de establecer controles sobre determinada actividad peligrosa de la compañía para ahorrar costes... ¿de verdad el hecho de que el individuo hubiera actuado conforme a ese estándar debe exonerar a la persona jurídica de su responsabilidad? La respuesta resulta obvia; por consiguiente, lo importante será acreditar, y esta es sin duda una cuestión de prueba, que las personas físicas a las que se refiere la norma cometieron el delito en las circunstancias a las que la misma se refiere. En coherencia con lo expuesto, el precepto exige expresamente que sean atendidas las concretas circunstancias del caso.

En consecuencia, no debe olvidarse que el objeto del proceso penal no lo constituye el juicio sobre la existencia o idoneidad de un código de autorregulación de la persona jurídica, sino la adecuación o inadecuación a la Ley penal de la conducta de las personas físicas a las que el precepto hace alusión. Si bien es cierto que las *compliance guide* pueden orientar su forma de actuar en el seno de la corporación, tal extremo resulta circunstancial, por cuanto en el proceso penal se tratará, como siempre, de efectuar un juicio sobre la conducta de los individuos a partir de parámetros de imputación penal referidos a conductas humanas, con independencia de que las mismas obedezcan a un eventual sistema de autorregulación o a la personal forma de hacer del individuo. La conducta de las personas físicas se examina así a la luz de la norma penal, qué han hecho los gestores o sus subordinados, y si lo efectivamente

realizado tuvo lugar en las circunstancias previstas en el artículo 31 bis, en cuyo caso, debe responder la persona jurídica.

Por otra parte, tampoco en este segundo párrafo del número 1 del precepto nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad objetiva. Cualquiera de las exigencias del precepto es materia del debate contradictorio del proceso penal. La mera ejecución defectuosa del control debido por parte, por ejemplo, de un cuadro medio o de cualquier otro empleado, cuando quede acreditado que los gestores o los órganos de gobierno de la persona jurídica han ejercido por sí o por delegación en otras personas todas las medidas exigibles para la prevención, detección y reacción ante posibles delitos, no deberá en principio determinar la responsabilidad penal de la persona jurídica, sin perjuicio de las circunstancias atendibles en cada caso concreto.

En otro orden de cosas, como la responsabilidad penal de la persona jurídica es autónoma, podrá responder también cuando su administrador sea otra persona jurídica a la que, a su vez, le sea de aplicación el artículo 31 bis del Código Penal. Así pues, cabrá la atribución de responsabilidades penales de personas jurídicas en cada una o en contextos propios del holding empresarial. Aun cuando el párrafo segundo del apartado primero del artículo 31 bis se refiere a los administradores y representantes legales como personas físicas, ello no implica la imposibilidad—conforme al principio de legalidad penal— de imponer una sanción a una persona jurídica administrada o representada por otra persona jurídica, por cuanto como hemos repetido, en el modelo adoptado, quienes ejecutan la acción delictiva son siempre personas físicas, de cuyos delitos se podrá, en su caso, hacer responder a las personas jurídicas en cuyo provecho se cometieron.

III.4 Circunstancias que atenúan la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Artículo 31 bis 4. Solo 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.

Según expresa la propia Exposición de Motivos de la Ley, el apartado 4 del artículo 31 bis del Código Penal contiene un catálogo cerrado de atenuantes de aplicación a las personas jurídicas, cuya exclusividad parece reforzarse con la expresión sólo con la que inicia el precepto. Ello impide la aplicación de aquellas circunstancias atenuantes del artículo 21 del Código Penal cuya formulación no se refiere a comportamientos exclusivamente humanos, lo que resulta particularmente llamativo y difícilmente justificable en el caso de la nueva atenuante de dilaciones extraordinarias e indebidas del artículo 21. 6.ª del Código Penal y en la de análoga significación de la atenuante 7.ª del mismo precepto.

Sin perjuicio de que esta deficiencia podría ser fácilmente corregida por el legislador, y en tanto se produzca esa reforma, es posible que los órganos jurisdiccionales intenten construir jurídicamente una interpretación análoga *in bonam partem* de los preceptos aludidos, de modo que si concurren las exigencias jurisprudenciales de todos conocidas para apreciar la atenuante de dilaciones conforme a su anterior penetración por vía de la atenuante análoga, tanto en la persona física como en la jurídica –sujetos pasivos de un mismo procedimiento–, dicha circunstancia pueda ser aplicada a ambas, evitando una lectura del precepto que difícilmente superaría el test de constitucionalidad. Sin embargo, en aras de la seguridad jurídica, mientras no se aborde su reforma en los términos aludidos, los Sres. Fiscales aplicarán a las personas jurídicas, en su caso, solo las atenuantes del apartado 5 del artículo 31 bis del Código Penal.

En coherencia con el modelo elegido donde la responsabilidad de la persona jurídica no obedece a la pretendida culpabilidad de la empresa sino a un mecanismo normativo de transferencia, todas las conductas que atenúan la responsabilidad de las personas jurídicas son posteriores a la comisión del delito; asimismo, no se ha previsto que ninguna de ellas, ni otras diferentes, sean apreciadas con valor de eximente, ya sea completa o incompleta.

Aun cuando se critica que las circunstancias atenuantes están teñidas de cierto colaboracionismo en detrimento del ejercicio de la más amplia defensa, lo cierto es que las personas jurídicas pueden garantizarse la aplicación de dos de ellas con relativa facilidad mediante la reparación del daño y la adopción de medidas de prevención delictiva, sin efectuar reconocimiento alguno de su implicación en los hechos.

Las atenuantes previstas son las siguientes:

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

A diferencia de lo que ocurre en el supuesto de la excusa absolutoria por regularización del artículo 305.4 del Código Penal –en la que el legislador ha optado por vincular el bloqueo de la excusa a un acto formal como es la notificación del inicio de determinados actos de investigación administrativa o del procedimiento penal–, en este supuesto el legislador utiliza una expresión abierta que remite al hecho de que llegue a conocimiento de la persona jurídica su imputación en un procedimiento penal; por consiguiente, cualquier medio de prueba servirá al efecto de acreditar que la entidad, personificada en alguno de sus representantes u órganos de gestión, estaba enterada de ello.

Las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal no imposibilitan la apreciación futura de la atenuante por cuanto, en sentido estricto, no pueden considerarse procedimiento judicial. Ello es así aun cuando ya se hubieren producido en esa sede cualesquiera diligencias de averiguación en relación con las personas jurídicas.

No se especifica ante qué autoridades debe producirse la confesión, si bien la interpretación más razonable es que la misma pueda realizarse tanto ante jueces y fiscales como ante autoridades policiales y/o administrativas.

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.

Exige la apreciación de la atenuante que se aporte al procedimiento material probatorio inédito que además sea concreta y particularmente eficaz. La simple prueba de carácter accesorio o que tan solo sirva para apuntalar hechos suficientemente acreditados por otros medios, no integra el sustrato fáctico de la atenuante, que está orientada más hacia los resultados de la colaboración que hacia los esfuerzos por la misma. La atenuante facilita la generación de una tensión procesal entre los intereses de la defensa de la persona física y los de la persona jurídica, ambas imputadas, cuya fina-

lidad es facilitar la investigación de los delitos y optimizar la eficacia y pronta resolución del procedimiento penal.

c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.

La atenuante tiene una formulación casi idéntica a la del artículo 21.5.^a del Código Penal, por lo que en su aplicación existen ya decantados criterios interpretativos del Tribunal Supremo, expresados, entre otras, en las Sentencia núm. 842 de 31 de julio de 2006 y núm. 307 de 15 de febrero de 2007, 1140/2010 de 29 de diciembre, 1185/2010 de 23 de diciembre y 1180/2010 de 22 de diciembre.

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.

Exige de las empresas una reorganización preventiva e investigadora y el establecimiento de medidas eficaces para prevenir y/o evitar, y en su caso, descubrir los delitos. Si bien es cierto que habrá que considerar insuficientes las operaciones de simple mejora de la imagen empresarial, también habrá de evitar el excesivo formalismo, de modo que se valore en abstracto la aptitud de tales medidas para prevenir y/o detectar razonablemente la comisión de delitos en el seno de la corporación.

No se ha incluido una atenuante de análoga significación a las anteriores, que solo tendría cabida por la vía de aplicar la genérica del artículo 21.7.^a del Código Penal mediante la interpretación jurisprudencial en los términos a los que ya se ha hecho referencia en otro momento, lo que resulta contradictorio con el criterio restrictivo adoptado expresamente por el legislador.

IV. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LA PARTE ESPECIAL DEL CÓDIGO PENAL. CATÁLOGO DE DELITOS DE LOS QUE PUEDEN SER RESPONSABLES LAS PERSONAS JURÍDICAS. ÁMBITO DE APLICACIÓN EL ARTÍCULO 129 DEL CÓDIGO PENAL

La reforma del Código Penal circunscribe la responsabilidad de las personas jurídicas al siguiente catálogo de delitos:

- Delito Artículo del Código Penal Tráfico ilegal de órganos 156 bis
- Trata de seres humanos 177 bis
- Delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores 189 bis
- Delitos contra la intimidad y allanamiento informático 197
- Estafas y fraudes del artículo 251 bis
- Insolvencias punibles 261 bis
- Daños informáticos 264
- Delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores 288
- Blanqueo de capitales 302
- Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social 310 bis
- Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros 318 bis
- Delitos de construcción, edificación o urbanización ilegal 319
- Delitos contra el medio ambiente 327, 328
- Delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes 343
- Delitos de riesgo provocado por explosivos 348
- Delitos contra la salud pública en la modalidad de tráfico de drogas 369 bis

Falsedad en medios de pago 399 bis
Cohecho 427
Tráfico de influencias 430
Corrupción de funcionario extranjero 445
Financiación del terrorismo 576 bis

Existen además otras infracciones en las que los tipos penales de la Parte Especial efectúan remisiones a las medidas del artículo 129 utilizando expresiones diversas y asistemáticas que dan lugar a consecuencias un tanto distorsionadoras.

En este sentido, el artículo 262 del Código Penal –incluido en el Capítulo VIII del Título XIII relativo a los delitos de alteración de precios en concursos y subastas públicas– y el 386 –dentro del Capítulo I del Título XVIII relativo a las falsedades– establecen la posibilidad de que el Juez imponga alguna de las medidas del artículo 129 «si el culpable perteneciere a alguna sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades», en referencia a entidades que, salvo que se diga otra cosa, están dotadas de personalidad jurídica, aun cuando la mención al eventual carácter transitorio de las mismas, parece apelar también a otras realidades de naturaleza más fáctica que jurídica.

El artículo 294 del Código Penal –contenido en el Capítulo XIII del Título XIII relativo a los delitos societarios– prevé que «Los que, como administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, sometida o que actúe en mercados sujetos a supervisión administrativa, negaren o impidieren la actuación de las personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses. Además de las penas previstas en el párrafo anterior, la autoridad judicial podrá decretar algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código», de modo que es posible, aunque no preceptiva, la aplicación de las medidas del artículo 129 para entidades colectivas con personalidad jurídica.

El artículo 318 del Código Penal –incluido en el Título XV relativo a los delitos contra los derechos de los trabajadores– prevé que «Cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código», precepto que utilizando un criterio de responsabilización de la persona jurídica similar al del artículo 31 bis, sin embargo remite únicamente a las medidas de imposición facultativa del 129, ambos del Código Penal.

Como consecuencia de lo anterior, en estos últimos supuestos, cuando la responsable sea una persona jurídica, se prevé la posibilidad de imponer algunas de las consecuencias accesorias del artículo 129, con el contenido previsto en los apartados c) a g) del artículo 33.7. Se produce así una antinomia normativa a resultas de la cual, es posible en estos casos soslayar la aplicación del artículo 31 bis del Código Penal –y por consiguiente, sus requisitos materiales– de modo que, si bien las respectivas normas sí contemplan la responsabilidad de las personas jurídicas, las medidas a imponer son las del artículo 129, sin que esté prevista su extensión concreta en cada supuesto y resultando su imposición facultativa. Salvo que sea debido a un problema de sistemática interna, no se adivinan qué otras razones pueden justificar esta diferencia de trato en unos y otros casos, y por tanto, esta normativa debería ser objeto de corrección por parte del legislador.

El problema apuntado resulta particularmente grave en cuanto afecta a la eventual responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco de lo que la doctrina científica denomina responsabilidad penal por productos defectuosos. Ni los tipos penales de riesgo (delitos contra la salud pública de los artículos 359 a 365, fraudes alimentarios) ni los resultativos (homicidio y/o lesiones), forman parte del catálogo de *numerus clausus* de la primera tabla a que se ha hecho referencia. Tan solo el artículo 366 –incluido en el Capítulo III relativo a los delitos contra la salud pública del Título XVII del Código Penal– establece que «En el caso de los artículos anteriores, se podrá imponer la medida de clausura del establecimiento, fábrica, laboratorio o local por tiempo de hasta cinco años, y en los supuestos de extrema gravedad podrá decretarse el cierre definitivo conforme a lo previsto en el artículo 129», en alusión a los tipos penales de riesgo que le preceden, resultando por tanto excluido el artículo 367, que se refiere a la comisión de los delitos anteriores por imprudencia, supuesto que puede ser relativamente frecuente en la práctica.

Este régimen de tan deficiente construcción jurídica –especie de tercera vía de responsabilización de la persona jurídica al margen del artículo 31 bis, en el que las medidas a imponer tienen carácter facultativo y están limitadas en contenido y duración, (no se incluye la multa)– afecta a supuestos de hecho de la gravedad del que motivó en España el Caso del aceite de colza desnaturalizado, (en el que varias sociedades aceiteras desviaron aceite de colza de uso industrial al consumo de boca, provocando más de trescientos fallecidos y decenas de miles de afectados, que fue resuelto por Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1992 y número 895/1997, de 26 de septiembre), o sus inmediatos precedentes en Alemania, el conocido como Caso Contergan, (relativo a la farmacéutica Grünenthal, que comercializó un medicamento de efectos sedantes –cuyo componente básico era la talidomida–, recetado con frecuencia entre 1957 y 1961 a mujeres gestantes, muchas de las cuales dieron a luz niños con graves malformaciones congénitas), y el caso Lederspray, en junio de 1990 (en el que fueron enjuiciados los directivos de una empresa de producción y dos filiales de distribución de un spray para calzado y piel que comenzó a dar problemas de salud a sus usuarios en 1980), en los que cobra pleno sentido la posibilidad de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas eventualmente implicadas en la fabricación, distribución y/o comercialización a nivel masivo de productos letales o gravemente lesivos para la vida, la integridad y/o salud de los consumidores, de donde se desprende la pertinencia de abordar una reforma que haga posible la imposición de auténticas penas en estos supuestos por aplicación del artículo 31 bis del Código Penal.

Tampoco están incluidos en el catálogo de delitos de los que pueden ser responsables las personas jurídicas, el artículo 282 bis –en la Sección Tercera del Capítulo XI del Título XIII del Código Penal, integrada por los delitos relativos al mercado y a los consumidores– y los de los artículos 290 y 291 del Capítulo XII del mismo Título XIII, relativos a los delitos societarios, infracciones todas ellas cometidas en no pocas ocasiones por los administradores de las sociedades, en nombre, por cuenta y en provecho de la persona jurídica.

V. LAS PENAS DE LA PERSONA JURÍDICA: EL ARTÍCULO 33.7 DEL CÓDIGO PENAL. REGLAS DE APLICACIÓN PENOLÓGICA. MEDIDAS CAUTELARES. LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS DEL ARTÍCULO 129 DEL CODIGO PENAL

Prevé el legislador un amplio catálogo de penas específicas susceptibles de ser impuestas a las personas jurídicas, para lo cual, aparte de otras modificaciones que se

efectúan en el propio precepto, se añade un apartado 7 en el artículo 33 con el siguiente contenido:

«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».

En primer término, debe destacarse que las sanciones previstas para las personas jurídicas tienen todas ellas la naturaleza de graves, lo cual incide en su plazo de prescripción, que tendrá lugar a los diez años conforme a lo previsto en el artículo 133 del Código Penal. Cabe la posibilidad, por tanto, de que estén afectos a términos de prescripción diferentes los delitos de las personas físicas y los de las jurídicas, lo que no debe extrañar por cuanto constituye una opción político criminal perfectamente asumible que, sin embargo, quizá debiera haberse explicado en la Exposición de Motivos de la Ley.

V.1 La pena de multa

La única pena susceptible de ser impuesta en todo caso a la hora de sancionar a la persona jurídica es la de multa, que por ello será la opción prioritaria de los Sres.

Fiscales en sus escritos de acusación, salvo que la gravedad, difusión de los perjuicios y/o especiales circunstancias de la conducta de la que se responsabilice a la corporación, aconsejen otra cosa.

La pena de multa es potencialmente la más útil para contrarrestar el desequilibrio económico derivado del beneficio y/o ahorro económicos que la corporación infractora obtiene con la actividad delictiva, en buena parte de los casos.

La pena de multa está regulada en los artículos 50 y siguientes del Código Penal, facilitándose tan solo unos pocos parámetros específicos para su individualización en el caso de ser impuesta a personas jurídicas; pese a no estar previsto expresamente por la norma, los Sres. Fiscales habrán de efectuar una lectura conjunta de la pena de multa a imponer y las atenuantes concurrentes en cada caso, de modo que en el supuesto de concurrir varias atenuantes o alguna muy cualificada, ello tenga reflejo en una razonable moderación de la cuantía de la sanción pecuniaria.

El artículo 33.7.a) del Código Penal prevé la posibilidad de imponer la pena de multa bien en la modalidad de cuotas, bien proporcional.

En el primer supuesto, existen dos índices a tener en cuenta: en primer término, el número de cuotas diarias –nunca inferior a 10 días ni superior a 5 años, según prevé el artículo 50.3 del Código Penal–; y en segundo lugar, el importe de cada cuota, para cuya determinación habrá de atenderse a la capacidad económica de la persona jurídica, siendo su importe mínimo de 30 euros y el máximo de 5.000 euros, conforme establece el número 4 del artículo 50 del Código Penal. Por consiguiente, los Sres. Fiscales deberán tener en consideración, a efectos de calcular el importe de la sanción pecuniaria, la información que respecto de esa específica materia se pueda obtener, en su caso, de los resultados económicos de las sociedades mercantiles obtenidos en los ejercicios objeto de investigación y conocidos a través del depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil, amén de la información patrimonial que pueda ser recabada de la Administración Tributaria.

La multa proporcional, según prevé el artículo 52 del Código Penal, se calcula en atención al daño causado, al valor del objeto del delito o al beneficio reportado por el mismo. El artículo 52.4 establece una serie de criterios para el caso de que no fuera posible calcular el importe de la multa proporcional atendiendo a las anteriores variables, de modo que se sustituya su cálculo por las siguientes previsiones: la multa será de dos a cinco años si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años; 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, y de seis meses a dos años en el resto de los casos.

El paralelismo comparativo parece tener su razón de ser en el mantenimiento del criterio de proporcionalidad de las penas, resultando el sistema susceptible de control a través de la vía del recurso, por cuanto la imposibilidad de fundamentar el cálculo de la multa debe motivarse expresamente en sentencia.

A diferencia del silencio que el legislador guarda en esta materia en relación con las personas físicas, se prevé para las personas jurídicas la posibilidad de efectuar el pago fraccionado de la multa en el artículo 53.5 del Código Penal, siempre que la cuantía de la sanción penal ponga «en peligro la supervivencia de aquella, o el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes en la misma, o cuando lo aconseje el interés general», circunstancias que habrán de ser debidamente acreditadas. En cuanto a la última mención, parece remitir a la naturaleza o trascendencia que pueda tener la concreta actividad de la persona jurídica condenada para la colectividad.

Por otra parte y como ya se ha dicho en otro momento, el nuevo artículo 31 bis punto 2 prevé que «cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas [persona física y persona jurídica] 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 aquellos», tratándose de un mecanismo, obligatorio para el juez, de ajuste de la gravedad de la sanción conjunta de la persona física y la persona jurídica, a la propia gravedad de los hechos.

V.2 La pena de disolución de la persona jurídica

El artículo 33.7 b) del Código Penal establece que «La disolución [de la persona jurídica] 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».

La solicitud de esta pena capital para la persona jurídica deberá reservarse para los casos extremos, como los delitos de especial gravedad y repercusión social o que revistan los caracteres del denominado delito masa (con gran número de perjudicados), siempre y cuando la sanción no resulte contraproducente en el caso concreto atendiendo a los criterios a que se refiere el artículo 66 bis y cuidando particularmente de velar por el efectivo resarcimiento de las víctimas y/o la protección de los derechos de trabajadores y acreedores de la corporación.

Las legislaciones civil, mercantil y societaria prevén los trámites para hacer efectiva la liquidación de las diferentes formas societarias, aun cuando para que el Juez penal pueda recurrir a dichos procedimientos en trámite de ejecutar la pena de disolución, sería precisa una habilitación legal que concrete los exactos términos de dicha remisión normativa.

V.3 La pena de suspensión de las actividades de la persona jurídica

En el artículo 33.7 c) del Código Penal se prevé la pena de suspensión de las actividades de la persona jurídica. Una interpretación literal del precepto parece obligar a la suspensión de todas las actividades de la misma. Sin embargo, en la mayoría de las empresas con una cierta entidad y actividad económica real, la suspensión completa de su actividad puede equivaler *de facto* a su disolución, por lo que los Sres. Fiscales deberán limitar la solicitud de esta sanción a supuestos graves, o bien concretar el sector o ámbito concreto de la actividad que deba suspenderse, que lógicamente habrá de ser el que esté más directamente vinculado con la actividad delictiva atribuida a la corporación. El plazo de suspensión de las actividades no puede exceder de 5 años.

V.4 La pena de clausura de locales y establecimientos

El artículo 33.7 d) del Código Penal establece la pena de clausura de los locales y establecimientos, que al igual que en el caso anterior, no puede exceder de 5 años. También aquí parece excesivamente rígido entender como única sanción posible la clausura de todos sus locales y establecimientos. El mismo argumento empleado para la suspensión permite también en este caso una intelección del precepto que permita optar por la clausura de algunos o todos los locales y establecimientos de la persona jurídica, según su vinculación con los hechos penalmente relevantes.

V.5 La prohibición de realizar las actividades en cuyo ejercicio se cometió, favoreció o encubrió el delito

El artículo 33.7.e) se refiere a la prohibición de realizar las actividades en cuyo ejercicio se cometió, favoreció o encubrió el delito. En este sentido, y atendiendo al concreto perfil de la persona jurídica, se le podrá prohibir realizar cualquier tipo de actividad relativa a un determinado sector o especificar una concreta y específica actividad. Por ejemplo, a una empresa financiera que haya cometido un delito de estafa en relación con su actividad en la correduría de seguros, podrá prohibírsele definitivamente todo tipo de intervención en mercados financieros o, más concretamente, sólo la correduría de seguros. Esta prohibición puede acordarse con carácter temporal o definitivo. Si fuese temporal, el plazo no puede exceder de 15 años.

V.6 Las diferentes penas de inhabilitación administrativa

En el artículo 33.7.f) se recogen las inhabilitaciones administrativas. La figura de la inhabilitación no contiene una sola pena, sino un conjunto de ellas.

El juez puede imponer una de ellas o varias. Estas sanciones no se inspiran tanto en procurar una aflicción a la persona jurídica mediante la sanción económica –impedir que obtenga ayudas o beneficios– o la restricción de parte de su actividad –prohibición de contratar con la Administración–, ya que esos fines se cumplen más específicamente con las multas y la suspensión o prohibición de realizar determinadas actividades. Por el contrario, el elemento primordial lo constituye la prevención especial, de modo que la persona jurídica comprobadamente entregada a una actividad delictiva, resulte privada de determinadas ayudas y/o alejada de la actividad y los intereses estatales.

La inhabilitación para contratar con el sector público es la pena que con mayor claridad plasma esta última idea. Por más que pueda ser enormemente aflictiva para empresas que operan en sectores con gran presencia pública –en la ejecución de obra civil, por ejemplo–, la finalidad principal es impedir que el sector público contrate con entidades probadamente implicadas en conductas delictivas.

La inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas es a su vez concreción de ese mismo pensamiento: las Administraciones no colaborarán en la consecución de objetivos de interés común con las personas jurídicas condenadas como responsables de delitos. Está prevista asimismo la inhabilitación para gozar de beneficios e incentivos fiscales o e la Seguridad Social, en la que sí adquiere más peso el puro factor aflictivo de no poder acceder a la obtención de beneficios estatales.

En cualquier caso, el plazo de inhabilitación no puede exceder de 15 años.

V.7 La pena de intervención judicial

Por último, el artículo 33.7.g) prevé la sanción de intervención judicial por un plazo de hasta cinco años. Curiosamente, el nomen iuris intervención judicial había desaparecido de la normativa procesal con la Ley Orgánica 13/2009 de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, que dejaba subsistente la expresión administración judicial.

El presupuesto específico de esta pena es la necesidad de salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores. Así pues, si lo que resulta prioritario es poner fin a la continuidad delictiva estando estos intereses sociales en riesgo, se

deberá optar en primer término por la intervención y no por la disolución o la suspensión de actividades.

La extensión y contenido de la intervención debe ser precisada y suficientemente motivada por el juez o tribunal atendiendo a criterios preventivo-especiales, en función de las necesidades concretas. La norma en este punto es enormemente flexible, y el contenido de la intervención puede ir desde la remoción y sustitución de los administradores hasta la mera supervisión de la actividad. En la propia sentencia condenatoria o en un auto posterior, el juez o tribunal deberá determinar quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá confeccionar y presentar los informes de seguimiento. El interventor tiene el más amplio acceso a toda la información necesaria para el desarrollo de sus funciones, además de a las instalaciones y locales de la persona jurídica.

La sentencia debe establecer la duración máxima de la pena de intervención, que no podrá exceder de los 5 años. Sin embargo, la intervención puede suspenderse o modificarse en cualquier momento, previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal, cuando se estime que ha decaído su necesidad. Finalmente, el precepto se remite a un futuro reglamento —que a día de hoy no ha sido promulgado— para la concreta regulación de la función del interventor y su retribución.

En este sentido, debe recordarse que en determinadas infracciones penales imputadas a personas jurídicas, habrán de tenerse en consideración las previsiones legales en relación con la Oficina de Recuperación de Activos española, creada en virtud de lo dispuesto en el apartado tres de la Disposición Final Primera de la Ley Orgánica 5/2010, que introduce el nuevo artículo 367 septies en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a la que se hace cumplida referencia en la Circular 4/2010 de la Fiscalía General del Estado, sobre las funciones del Fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal.

V.8 Reglas penológicas. Medidas cautelares. Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal

Las sanciones de naturaleza interdictiva a que se refieren las letras b) a g) del artículo 33.7 del Código Penal, exigen además de la prueba del hecho delictivo, la realización de un juicio de peligrosidad criminal de la persona jurídica. En este sentido, la disolución de la persona jurídica por decisión judicial habrá de atenerse a un adecuado juicio de proporcionalidad, según establece el Tribunal Constitucional en las Sentencias números 85/2003, 111/2007 y 129/2009.

Así, el artículo 66 bis contempla como factores determinantes en orden a concretar la extensión de la pena la necesidad de prevenir la continuidad delictiva, las consecuencias económicas y sociales de la pena y el puesto en la estructura empresarial que ocupa la persona física que omitió el control. Con carácter general, estas penas se imponen por tiempo limitado, no pudiendo en ese caso superar la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para la persona física en el concreto tipo penal, aunque alguna de ellas puede ser impuesta de modo definitivo, como la prohibición a que se refiere el artículo 33.7.e) del Código Penal, y la de disolución, por su propia naturaleza.

En cuanto a la primera de aquellas circunstancias, la necesidad de prevenir la continuidad delictiva, evidencia la importancia de la función preventiva especial de este tipo de sanciones, cuya finalidad última es neutralizar la actividad delictiva de la entidad infractora, ya sea de forma temporal o indefinida. Por lo que respecta a la segunda, las consecuencias económicas y sociales de la pena, trasluce la preocupa-

ción del legislador por el impacto que las penas impuestas a las personas jurídicas pueden tener sobre multitud de personas físicas dependientes de las mismas, mientras la tercera –de formulación extraordinariamente problemática porque parece dar a entender que cabe imputar responsabilidad penal a una persona jurídica cuando quien ha infringido el cuidado debido es un mero empleado de la compañía, independientemente de su posición en ella–, se corrige con la interpretación sistemática de este precepto junto con el párrafo segundo del artículo 31.1 bis del Código Penal, donde como ya se ha adelantado, para responsabilizar a la persona jurídica, el precepto se refiere en último término a los gestores, quienes deben haber omitido el debido control sobre sus subordinados ya sea de forma directa o a través de delegación.

El artículo 66 bis 2.º del Código Penal establece unos requisitos especiales para la imposición de penas interdictivas de larga duración, de modo que para imponer una de dichas penas por tiempo superior a los dos años, debe concurrir adicionalmente una de estas dos circunstancias:

- a) Que la persona jurídica sea reincidente, en el sentido del artículo 22.8.º del Código Penal.
- 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 imponer una de estas penas por tiempo superior a los 5 años o para la imposición definitiva de la pena del artículo 33.7.e) o de la disolución, en vez de reincidencia debe concurrir o el segundo supuesto antes mencionado o la circunstancia de multireincidencia en el sentido del artículo 66.1.5.º del Código Penal.

En cuanto a la determinación de la pena, el artículo 66 bis hace una remisión a lo previsto en el artículo 66.1, con excepción de la regla 5.ª, relativa a la multireincidencia, que como hemos visto, se toma en consideración a la hora de imponer las penas del artículo 33.7 letras b) a g) por duración superior a los 5 años o con carácter definitivo. Ello supone que el sistema de determinación de las penas es esencialmente el mismo que el de los delitos cometidos por personas físicas.

No se han previsto más circunstancias que puedan agravar la pena de las personas jurídicas que la reincidencia y la multireincidencia.

Por último, el artículo 33.7 *in fine* establece que el juez instructor podrá acordar como medidas cautelares la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial.

En ausencia de otras previsiones específicas, resultará necesario para su adopción que concurra *fumus boni iuris* y *periculum in mora*. No está determinada la duración de estas medidas, si bien no deberían imponerse por tiempo superior al de la pena que pueda corresponder en caso de ser declarada responsable la persona jurídica.

Tampoco se ha previsto que se pueda acordar como medida cautelar la prohibición de realizar específicas y determinadas actividades sociales directa y estrictamente relacionadas con el delito investigado, lo que constituye un grave inconveniente por cuanto constituiría una posibilidad mucho más acorde con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad que también rigen en la fase instructora.

El artículo 33.7 del Código Penal no menciona la necesidad de previa audiencia del imputado para la adopción de estas medidas cautelares, aun cuando los Sres. Fiscales, por aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deberán proceder conforme establece el artículo 733.1 de la citada Ley, salvo que por razones de urgencia o para preservar el buen fin de la medida, sea preciso actuar conforme autoriza el número 2 del citado precepto. Hay que recordar que no es preciso que el requisito procesal de la audiencia esté previsto expresamente dado que constituye una conse-

cuencia directa de la garantía constitucional del artículo 24.2 de la Constitución Española.

En el caso de las 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 una o varias consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal, con el contenido previsto en los apartados c) a g) del artículo 33.7 y acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita.

Las consecuencias accesorias a las que acabamos de referirnos sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones a que se refiere el precepto cuando el Código Penal 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. Dado que las únicas previsiones expresas que efectúa el Código Penal en relación con el artículo 129 se refieren a entidades con personalidad jurídica, solo serán de aplicación las consecuencias accesorias para los entes sin personalidad que cometan alguno de los delitos del catálogo de los que pueden ser responsables las personas jurídicas.

El artículo 129 también autoriza al juez instructor a acordar respecto de las entidades sin personalidad jurídica y como medida cautelar durante la instrucción de la causa, la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial, a los efectos establecidos en el precepto y con los límites señalados en el artículo 33.7 del Código Penal.

VI. CUESTIONES PROCESALES QUE SUSCITA LA REFORMA

VI.1 Sobre la necesidad de la reforma procesal

Con carácter general, los países de nuestro entorno que han incorporado en sus ordenamientos un régimen de responsabilidad de las personas jurídicas –estrictamente penal o de otra naturaleza–, han abordado coetáneas reformas de naturaleza procedimental. En algún caso, esas reformas han sido tremendamente parcas; sirva de ejemplo el caso francés, en el que el legislador se ha limitado a señalar que las personas jurídicas debían ser tratadas procesalmente y en la medida de lo posible, como las propias personas físicas, previendo además una figura específica –el *mandataire de justice*– para resolver los conflictos de intereses defensivos que puede producirse entre el legal representante y la corporación. En el polo opuesto, las mucho más detalladas regulaciones que caracterizan a las Leyes especiales austriacas (Ley Federal de 1 de enero de 2006) e italiana (Decreto Legislativo 231/2001, donde se regula la llamada responsabilidad administrativa de los entes).

Las diferentes y en muchos casos imaginativas propuestas del Derecho comparado en esta materia en modo alguno son susceptibles de importación sin más, en la medida en que adoptan soluciones que responden a sistemas procesales muy alejados del nuestro, y que por tanto, necesitarían de una implantación normativa expresa.

Ya en su momento y con ocasión de la entrada en vigor del ahora derogado artículo 31.2 del Código Penal –en el que se preveía que en caso de imposición de una pena de multa al autor del delito, se hiciera responsable de su pago de manera directa y solidaria a la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta hubiera actuado–, la Circular número 2/2004 de la FGE, reconocía que «la asimilación de la persona

jurídica responsable ex artículo 31.2 del Código Penal al imputado, implicará la necesidad de reconocerle el derecho a la tutela judicial efectiva, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa y a no sufrir indefensión... habrá de reconocérsele el derecho al proceso debido.

Deberá garantizársele su participación en el proceso, habrá que incluir a la persona jurídica en el acta de acusación del fiscal y en el auto de apertura del juicio oral, y habrá de admitírsele su personación por medio de abogado y procurador ya en la fase de instrucción, reconociéndole igualmente la posibilidad de recurrir la sentencia en cuanto a las responsabilidades que en la misma se le atribuyan. Cabrá asimismo exigirle a la persona jurídica fianza para garantizar las responsabilidades pecuniarias que pudieran imponérsele en sentencia».

El texto anterior, de vigencia renovada en relación ahora con los preceptos que establecen la responsabilidad penal de las personas jurídicas, da respuesta genérica a algunos de los problemas que se plantean en la práctica con la reforma. Sin embargo, la simple transposición del estatuto de la persona física a la jurídica puede comportar, como se verá a continuación, algunas dificultades derivadas del hecho de que también nuestro Derecho procesal y su consiguiente interpretación jurisprudencial, han sido fundamentalmente concebidos para un proceso en el que las principales instituciones y mecanismos de garantía están vinculados a las personas físicas.

Si las personas jurídicas están en el proceso penal en calidad de imputadas, será preciso determinar en qué medida pueden ser destinatarias de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución y en los correspondientes textos normativos supranacionales, en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de forma singular del principio de presunción de inocencia, no solo como regla de tratamiento al imputado, sino también como norma de enjuiciamiento. La única excepción en este sentido se podría plantear respecto de aquellas garantías que solo tuvieran sentido en razón de la condición de persona física del imputado, pero ninguna de las enunciadas en el artículo 24 de la Constitución Española está concebida sobre esta premisa.

Como ya se ha dicho, existe en la actualidad un borrador de texto articulado que se quiere incorporar al Proyecto de Ley de medidas de agilización procesal, en el que se prevé la reforma de algunos artículos de la LECrim y la LOPJ en relación con la imputación penal de las personas jurídicas. Sin embargo, dicho texto en su redacción primera no prevé soluciones para algunos de los problemas que pueden llegar a plantearse, y su contenido último resulta en este momento una incógnita, por cuanto habrá de ser objeto de tramitación parlamentaria y puede sufrir, por tanto, modificaciones, resultando pues de todo punto necesarias una serie de pautas interpretativas de las que se podrán servir los Sres. Fiscales hasta tanto dicha reforma entre en vigor, en su caso.

VI.2 La persona jurídica en el proceso penal

Uno de los problemas fundamentales que plantea la reforma del Código Penal en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es determinar cómo debe realizarse el acceso al proceso de la misma en su condición de imputada y en qué forma el ente colectivo podrá ejercer los derechos que son consustanciales a esa condición. La respuesta a este primer gran interrogante condiciona la respuesta a muchas de las incógnitas que se ciernen sobre el tratamiento procesal de estos nuevos sujetos pasivos del proceso penal.

Justo es reconocer que la verdadera novedad provocada por la reforma es precisamente la posibilidad de que la persona jurídica sea sujeto pasivo del proceso penal,

pues la presencia de personas jurídicas como partes en el mismo no es inédita, ya que resulta relativamente frecuente ver personas jurídicas personadas como parte acusadora, ya sea como acusación particular o popular, y respecto de la acción civil *ex delicto*, como actores o responsables civiles. En ese contexto, la persona jurídica ha intervenido tradicionalmente en el procedimiento a través de la postulación procesal y la dirección técnica del abogado, según los casos.

Lo cierto es que la legislación procesal penal no contiene disposiciones *ad hoc* que contemplen de forma específica el hecho diferencial de que quien actúe sea una persona jurídica y no una persona física. Sucede más bien que la regulación y la praxis procesal penal se han sustentado sobre la teoría general del proceso, y cuando ha sido preciso un apoyo normativo, se ha podido encontrar en la LEC –de aplicación supletoria, conforme prevé su artículo 4– y en la legislación sustantiva aplicable al funcionamiento de cada concreta entidad, según se tratara de entidades civiles o mercantiles.

En ese sentido, las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con las personas jurídicas están fuertemente vinculadas a las peculiaridades del procedimiento civil, y resultan por ello de todo punto insuficientes. El artículo 6.1.3.º de la LEC prevé la capacidad para ser parte de las personas jurídicas, mientras que el artículo 7.4 del mismo texto legal establece que por las personas jurídicas comparecerán en el procedimiento quienes legalmente les representen. Conforme al artículo 30.2 de la LEC, los cambios en la representación o administración de las personas jurídicas no extinguen el poder del procurador ni dan lugar a nueva personación cuando el poder haya sido otorgado por el representante legal de la persona jurídica. Por último, en el artículo 309 de la LEC se establece la posibilidad de interrogar en el proceso tanto a la persona jurídica como a las entidades sin esa personalidad a través de su representante en juicio, si bien las consecuencias de dicho interrogatorio en sede civil no son obviamente trasladables al interrogatorio penal, y en el artículo 381 se prevé la posibilidad de que la persona jurídica dé respuesta por escrito a las cuestiones que le plantee el tribunal.

Aun en ausencia de previsiones legales al respecto, el órgano jurisdiccional tiene el deber concreto de garantizar la plena efectividad del derecho de defensa en cada una de las instancias que componen el proceso, velando por que se dé la necesaria contradicción entre partes y posean idénticas posibilidades de alegación y prueba. Este deber se agudiza en el proceso penal dada la trascendencia de los intereses en juego, de modo que la ausencia de regulación no libera al órgano jurisdiccional ni al Ministerio Fiscal de la obligación de velar por el desenvolvimiento efectivo del derecho de defensa del imputado, más allá del mero respeto formal de las reglas procesales. En este sentido se pronuncian las Sentencias del Tribunal Constitucional números 112/1989, 41/1997, 102/1998, y 91/2000.

No cabe duda de que el complejo sistema de garantías relacionadas entre sí que caracteriza al proceso penal se dibuja en beneficio fundamentalmente del imputado o parte pasiva del proceso, en consideración a la especial posición que ocupa en el seno del mismo. Al mismo tiempo, y según destaca la Sentencia del Tribunal Constitucional número 166/1999, los derechos fundamentales, si bien son derechos subjetivos individuales, tienen a su vez una vertiente objetiva en tanto representan un sistema de valores que se constituye en esencia del Estado de Derecho, de modo tal que mediante dicho entramado se tiende a asegurar el interés público en la persecución del delito y el interés constitucional en que la condena penal resulte de un juicio justo. Así pues, el estatus procesal de imputado, el derecho a ser informado de la acusación, el derecho a la defensa y a un proceso con todas las garantías, exigen la caución adicional del

acceso al procedimiento de todo aquel a quien se le atribuya un acto punible, a los fines de evitar que puedan generarse situaciones materiales de indefensión.

Debe además existir una correlación subjetiva entre los actos de imputación judicial y la acusación, lo que significa que la primera es presupuesto inexcusable de la segunda. Nadie puede ser acusado sin haber sido declarado judicialmente imputado con anterioridad, de suerte que la instrucción judicial sigue asumiendo, en cualquiera de los procedimientos penales, su clásica función de determinar la legitimación pasiva en el proceso, evitando las acusaciones sorpresivas.

Asimismo, según expresa el Tribunal Constitucional en su Sentencia número 149/1997, nadie puede ser acusado sin haber sido oído por el juez de instrucción con anterioridad a la conclusión de la investigación judicial, que no podrá clausurarse sin permitir al imputado su exculpación frente a la imputación contra él existente. Además, el imputado no debe prestar declaración en calidad de testigo desde el momento en que resulte sospechoso de haber participado en el hecho punible, por cuanto el estatus del testigo conlleva la obligación de comparecer y decir verdad, mientras el imputado puede callar total o parcialmente en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. En este sentido, Sentencia del Tribunal Constitucional número 115/1998; del TEDH de 25 de febrero de 1993, caso Funke y del Tribunal Supremo número 494/2004, de 13 de abril.

El artículo 6.3 c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce el derecho de toda persona sometida al proceso a defenderse por sí misma o a ser asistida por un defensor. Se pone así de manifiesto que quien ejerce el derecho de defensa es el inculpado, de modo que el letrado se limita a orientar técnicamente el ejercicio de ese derecho. Según el Tribunal Constitucional en su sentencia número 91/2000, FJ 13.º, «la opción por la asistencia jurídica no puede entenderse como renuncia o impedimento para ejercer la defensa por sí mismo. Ambas son compatibles, de modo que la defensa técnica no es, en definitiva, sino un complemento de la autodefensa». En similar sentido se pronuncian las Sentencias del TEDH de 16 de diciembre de 1999, casos T y V contra Reino Unido, en las que el Tribunal Europeo afirma que el derecho del acusado a defenderse comporta el de poder dirigir realmente su defensa, dar instrucciones a sus abogados, sugerir el interrogatorio de determinadas preguntas a los testigos y ejercer las demás facultades que le son inherentes.

En ese mismo contexto es en el que deben entenderse las numerosas resoluciones del TEDH en relación con la importancia indudable que tiene el principio de contradicción y la presencia del acusado en el marco de un juicio justo (en este sentido, Sentencias del TEDH, caso Colozza contra Italia, de 28 de agosto de 1991; caso FCB contra Italia, de 23 de noviembre de 1993; caso Poitrimol contra Francia, de 22 de septiembre de 1994; caso Lala y Pelladoah contra Holanda y las Sentencias de 10 de junio de 2009, en el caso Igual Coll, y de 16 de noviembre de 2010, en el caso García Fernández, ambos contra España).

Para garantizar a la persona jurídica imputada el régimen que se acaba de describir, existe una primera alternativa que conlleva una cierta humanización de la misma, que en ese sentido, se encarnará en el proceso penal a través de su representante legal, sin perjuicio de la postulación procesal, es decir, de su representación por medio de procurador y de la asistencia técnica letrada características del proceso penal, en cada caso. Esta solución lleva aparejados algunos problemas que el legislador podía haber resuelto mediante la consiguiente habilitación legal; entre otros, la necesidad de determinar el estatuto de la persona física que materializa a la jurídica en el proceso y la determinación de si ese estatuto incluye, y en su caso cuales, las cargas que también comporta la calidad de imputado.

Resulta por lo demás claro que, dado que nuestro sistema vincula la responsabilidad penal de la persona jurídica a la existencia de un delito cometido por ciertas personas relacionadas con la sociedad a las que ya se hizo referencia, el legal representante de la misma puede aparecer igualmente imputado a título personal en el procedimiento, siendo posible la producción de un eventual conflicto de intereses defensivos –generador de cierta esquizofrenia procesal– que debería resolverse mediante el nombramiento de un nuevo representante legal y/o una doble dirección letrada. Por otra parte, sería necesario precisar qué hacer en caso de que el legal representante dejara de acudir a un llamamiento judicial.

Una segunda solución pasa por considerar innecesaria la presencia física a lo largo de todo el proceso de una persona que materialmente represente a la persona jurídica, entendiendo que desde el punto de vista de las garantías no es preciso su rostro en el que visualizar a la corporación imputada y/o acusada. Las consecuencias inmediatas de esta segunda opción son, de un lado, la posibilidad de prescindir de la presencia del legal representante de la entidad en los actos procesales que impliquen intervención personal (declaración en sede judicial o ejercicio del derecho a la última palabra) y de otro, que resulten de todo punto innecesarias las medidas de coacción individual dirigidas a garantizar esa presencia, no necesaria, en el procedimiento (detención, prisión preventiva etc.). Desde esta concepción, el derecho de defensa y las garantías procesales de las personas jurídicas quedarían a salvo a través del ejercicio de las funciones que respectivamente les corresponden, en su caso, al procurador y al abogado, quienes a tal fin, mantendrían con la persona jurídica un contacto igual que con cualquier otro cliente.

A falta de normas que resuelvan esta cuestión, la solución que se propone combina elementos de las dos opciones anteriores. En primer término, la salvaguarda del derecho de defensa de la persona jurídica exige que –al igual que ocurre con las personas físicas– le sea comunicada con inmediatez la imputación, en los términos y con las prescripciones y derechos a que hacen alusión los artículos 118, 768 y 775 de la LECrim.

Toda persona a quien se impute un acto punible puede ejercitar el derecho de defensa debiendo ser representada por procurador y defendida por letrado, designándosele de oficio cuando no lo haya nombrado por sí mismo y así lo solicite, y en todo caso cuando no tengan aptitud legal para verificarlo. En el procedimiento abreviado, el abogado designado para la defensa tiene también habilitación legal para la representación de su defendido, no siendo necesaria la intervención del procurador hasta el trámite de apertura del juicio oral.

Conforme a la interpretación del Tribunal Constitucional entre otras, en su Sentencia número 18/2005 de 1 de febrero, «en el procedimiento abreviado la garantía de audiencia previa implica que el Juez ponga en conocimiento del imputado el hecho objeto de las diligencias previas y la propia existencia de una imputación, que le ilustre de sus derechos, especialmente el de designar abogado, y que permita su exculpación en la primera comparecencia prevista en el artículo 789.4 LECrim».

Así pues, los Sres. Fiscales interesarán del juez que el emplazamiento para la primera comparecencia en la que haya de informarse a la persona jurídica de la imputación se realice en la persona del legal representante de la entidad, con idénticas exigencias de formato y constancia de su recepción que las exigibles en el mismo caso respecto de las personas físicas. Dicha comunicación habrá de remitirse al domicilio social, que dependiendo si se trata de una sociedad civil o mercantil, será el previsto en los artículos artículo 41 del Código Civil y 9 y 10 de la Ley de Sociedades de Capital, respectivamente.

En este sentido, dadas las peculiares características de las personas jurídicas, en las que pueden existir intereses comunes o contrapuestos entre los diferentes intervinientes en el proceso –imputados personas físicas y jurídicas, testigos y demás partes en el proceso–, los Sres. Fiscales cuidarán de que no se utilice la designación del legal representante de la persona jurídica como un recurso para atribuir indebidamente un estatus similar al del imputado a aquellas personas que deban tener en el proceso una intervención diferente. El legal representante de la persona jurídica que no haya sido imputado personalmente y actúe en el procedimiento penal en nombre de la misma, no tendrá la condición de imputado pero formalmente gozará de las garantías propias del mismo en la medida en que actúe en nombre de la corporación y a los solos fines de garantizar el derecho de defensa de ésta última.

En una segunda secuencia, al tiempo de materializarse la imputación, la persona jurídica será informada, por medio también de su legal representante, de los hechos concretos en que se basa la imputación y del régimen de derechos que como imputada le asisten según los artículos 520.2 y 771.2.^a de la LECrim, así como de las consecuencias de su intervención voluntaria en determinadas diligencias. Asimismo, los Sres. Fiscales cuidarán de que dicho representante legal pueda prestar declaración en calidad de imputado en representación de la persona jurídica si así lo considera oportuno, dejando constancia escrita y fehaciente de su renuncia o del contenido de la misma, en su caso.

Nada obsta a que en adelante, la persona jurídica intervenga en la instrucción del procedimiento por medio de su procurador y su letrado, siendo este último quien haga llegar al proceso –a través de la petición de diligencias, la aportación de pruebas y/o la presentación de alegaciones por escrito cuando lo considere conveniente–, los argumentos defensivos de la corporación conforme a las instrucciones del legal representante y/o las que se le hagan llegar por los cauces estatutariamente previstos por la persona jurídica a tal fin. La anterior forma de proceder garantiza el derecho de defensa y el proceso contradictorio, sin que resulte imprescindible que el legal representante esté presente en las diferentes diligencias procesales que hayan de tener lugar, sin perjuicio de lo cual, y siempre que entienda que conviene a su derecho de defensa, pueda asistir personalmente a las diligencias de investigación en la forma prevista en el artículo 302 de la LECrim, formular observaciones en la diligencia de inspección ocular o en las relativas al cuerpo del delito conforme a los artículos 333 y 336.2 de la LECrim, intervenir en el nombramiento de peritos según establecen los artículos 350.2, 356 y 471, solicitar la práctica de diligencias de identificación de acuerdo con el artículo 368 de la LECrim, o prestar declaración en calidad de imputado cuantas veces quiera y cuando lo estime pertinente a largo de la instrucción del procedimiento, según establecen los artículos 396 y 400 de la LECrim.

En caso de ser simultánea o sucesivamente imputados en el mismo procedimiento tanto el legal representante de la persona jurídica a título individual, como la propia corporación, esta última puede designar un nuevo representante legal en el procedimiento si lo considera necesario para el ejercicio de su defensa. Asimismo, y con carácter general, es posible que la representación y defensa letrada del legal representante y de la persona jurídica se materialicen en un solo procurador y un único abogado –piénsese en la opción de desarrollar una misma estrategia procesal y defensiva–, sin perjuicio de lo cual, en caso de apreciarse la existencia de un conflicto de intereses de esta naturaleza, los Sres. Fiscales deberán hacer notar dicha circunstancia al Juez, quien de considerarlo oportuno, apercibirá al letrado acerca de dicho conflicto, y en su caso, adoptará las medidas oportunas para designar un procurador y una dirección letrada diferentes para cada uno de los imputados. Tal iniciativa puede partir asi-

mismo del propio abogado en el ejercicio de sus funciones y conforme a las exigencias de la deontología profesional.

A fin de garantizar el ejercicio del derecho de defensa de la persona jurídica en la vista oral, los Sres. Fiscales cuidarán de que el legal representante de la persona jurídica sea citado para asistir con el mismo régimen –en cuanto a la posibilidad de celebración en su ausencia– que el previsto para el juicio en ausencia del acusado en el artículo 786.1 de la LECrim y que pueda hacer uso, si esa es su voluntad, del derecho a la última palabra en los términos a que se refiere el artículo 739 de la LECrim.

En caso de haber sido admitida la prueba de su interrogatorio en la vista oral, los Sres. Fiscales se asegurarán de que preste declaración con las garantías del imputado; cuidarán asimismo de que el legal representante de la persona jurídica preste su consentimiento, junto con el de su letrado, en caso de llegarse a un acuerdo de conformidad con las acusaciones de acuerdo con lo previsto en los artículos 655, 694, 697, 784.3 y 787 de la LECrim, y de que firmen el acta en que dicho acuerdo se formalice. En todo caso, los Sres. Fiscales cuidarán de que la instrucción judicial no se cierre en falso o en su fase embrionaria como consecuencia de la formalización de acuerdos de conformidad que constituyan mecanismos de deslizamiento de la responsabilidad desde la persona jurídica a la individual y viceversa. En ese contexto, se evitarán especialmente los acuerdos de conformidad que supongan la asunción de la responsabilidad penal por parte de la persona jurídica conforme a las previsiones del párrafo segundo del apartado 1 del artículo 31 bis del Código Penal, respecto de delitos en los que puedan haber incurrido en esa misma responsabilidad también las personas físicas, y particularmente los representantes legales y administradores de hecho y de derecho de la entidad.

El límite de admisibilidad de la conformidad, al situarse en los seis años de prisión según el artículo 784.3.º y 787.1 LECrim en relación con el artículo 688 a 700 de la LECrim, se fija con relación a una pena privativa de libertad, de donde se puede interpretar la admisibilidad de la conformidad de la persona jurídica con cualquiera de las penas –todas ellas de naturaleza grave– que puedan solicitarse. No obstante, por las mismas razones que se han expuesto más arriba, y a la vista de las exigencias del artículo 801 de la LECrim, aun en aquellos supuestos en los que resulte legalmente posible, se desaconseja que los Sres. Fiscales recurran al expediente de reconocimiento de hechos durante la instrucción al amparo del 779.1.5.ª de la LECrim.

En relación con algunas de las disfunciones que este régimen procesal de emergencia que se propone pudiera generar, debe recordarse que la aplicación de la reserva de Ley Orgánica a las medidas cautelares personales es consecuencia de lo dispuesto con carácter general en los artículos 53.2 y 81.1 de la Constitución. Como consecuencia de ser la libertad presupuesto necesario de otros derechos fundamentales, la Constitución la configura de forma negativa, de modo que el derecho fundamental a la libertad aparece como garantía de no ser privado de ella salvo en los casos y en la forma dispuestos por la Ley, de manera que la norma que detalle las condiciones de la privación o restricción y el procedimiento para adoptarla integra el desarrollo del derecho mismo, y éste puede verse conculcado tanto cuando se actúa bajo la cobertura improcedente de la Ley, como cuando se opera contra lo que la Ley dispone.

Por consiguiente, a falta de habilitación legal expresa por medio de Ley Orgánica, no es posible en este momento adoptar medida alguna de aseguramiento de carácter personal respecto del legal representante de la persona jurídica imputada, por cuanto si bien el mismo ostenta por subrogación los derechos inculpatorios, en muchos casos no estará personalmente imputado, y por tanto, no puede ser sometido a detención, prisión provisional ni búsqueda. Todo lo más su incomparecencia podrá motivar la declaración de rebeldía de la persona jurídica.

La modificación de la persona jurídica a lo largo del procedimiento obligará a la nueva a decidir acerca del mantenimiento o no del representante defensivo designado; se debe dar cabida en el procedimiento a las sociedades resultantes de escisiones o fusiones de las entidades inicialmente imputadas, de modo que estén en condiciones de solicitar diligencias de instrucción. Los cambios en la dirección letrada no deben afectar a la validez de lo actuado hasta ese momento.

Cuando la defensa de la persona jurídica consista en atribuirse la condición de víctima del delito cometido por sus gestores o subordinados en las condiciones del artículo 31 bis, no podrá formular acusación contra las personas físicas en el seno del mismo procedimiento. Nuestra Ley procesal parte de la premisa de que acusador y acusado son personas distintas, y por tanto, no contempla que un mismo sujeto pueda presentar en el mismo proceso un escrito de acusación y otro de defensa, ni que tenga intervención en el juicio oral tanto en calidad de acusador como en calidad de acusado, situación que solo se da excepcionalmente en el juicio de faltas.

VI.3 Postulación y Derecho a la justicia gratuita

Las personas jurídicas no son titulares del derecho a la asistencia jurídica gratuita. Tal opción fue declarada válida en la Sentencia del Tribunal Constitucional número 117/1998, en atención al amplio margen de discrecionalidad que otorga al legislador el carácter prestacional y de configuración legal del derecho. A ello se une el hecho de que las personas jurídicas constituyen una creación del propio legislador, de modo que su existencia y su capacidad jurídicas vienen supeditadas a lo dispuesto por las Leyes, lo que, según el Tribunal, no supone diferencia de trato con las personas físicas, al tratarse de realidades diferentes que permiten y justifican el trato desigual.

Sin perjuicio de lo anterior, el legislador ha atendido en cada caso a la naturaleza y fines de las personas jurídicas, otorgándoles en algunos supuestos el derecho a la justicia gratuita en la legislación especial. En la actualidad, esta asistencia se prevé para las asociaciones de utilidad pública, previstas en el artículo 32 de la Ley Orgánica Reguladora del Derecho de Asociación, para las fundaciones inscritas en el Registro Público correspondiente –siempre que acrediten insuficiencia de recursos para litigar conforme a las previsiones del artículo 2 de la Ley 1/1996 de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita– y para Cruz Roja Española y las fundaciones benéfico-docentes.

En cuanto a las sociedades mercantiles, no son titulares del derecho a la justicia gratuita aunque cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar con base en la absoluta carencia de beneficios, dado que no tienen reconocido el beneficio cualquiera que sea su situación económica (en este sentido, el Auto del Tribunal Supremo de 12.9.00 y la Sentencia del Tribunal Constitucional número 117/1998).

VI.4 Derecho al intérprete

La asistencia gratuita del intérprete durante el desarrollo del proceso constituye una manifestación del derecho a un proceso con todas las garantías y una garantía instrumental del derecho de defensa. Las normas sobre asistencia gratuita de un intérprete son aplicables al imputado, y por consiguiente, habrán de serlo igualmente a la persona jurídica en su condición de tal.

Así pues, cuando la persona jurídica tenga nacionalidad extranjera y así lo solicite, se le debería trasladar la imputación y el resto de comunicaciones de que sea destinataria en la lengua que designe como propia, y en su defecto, en la del país de su nacionalidad o en el que se ubique espacialmente.

VI.5 Diligencias con origen en procedimientos o actuaciones previas de carácter administrativo

La posibilidad de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas conforme al artículo 31 bis del Código Penal puede reavivar el viejo debate alimentado por quienes, partiendo de la alegación de la identidad ontológica entre las sanciones penales y las administrativas, consideran que el deber de colaboración de las personas jurídicas con los órganos investigadores en los procedimientos administrativos sancionadores seguidos contra ellas, resulta muy discutible. Desde ese punto de vista, la reforma del Código Penal constituiría un arma de doble filo para el *ius puniendi* estatal, al colocar a las personas jurídicas en un terreno en el que se las facultaría para rehusar toda cooperación.

En primer término, debe recordarse que la doctrina del Tribunal Constitucional, ya desde la Sentencia 18/1981 de 8 de junio, entiende que le son de aplicación a las potestades sancionadoras de la Administración las garantías procedimentales previstas en el artículo 24.2 de la Constitución, si bien no mediante una aplicación acrítica y literal, sino en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base de dicho precepto y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9.3 de la Constitución. En este sentido se pronuncian también las Sentencias del mismo Tribunal números 44/1983 de 24 de mayo, 28/1989 de 6 de febrero, 3/1999 de 25 de enero, 117/2002 de 20 de mayo, 205/2003 de 1 de diciembre y 142/2009 de 15 de junio.

Por otra parte, en dos supuestos en los que fueron incorporados al proceso penal documentos obtenidos en procedimientos administrativos previos, tras requerimientos dirigidos a sendas personas jurídicas, las Sentencias del Tribunal Constitucional números 18/2005 y 68/2006 recurrieron a un mismo argumento que ha sido tachado de excesivamente formalista, pero que sin embargo, remite al criterio –ciertamente consolidado en la doctrina del propio Tribunal– de que no es posible alegar en favor de uno los derechos que son de titularidad de otros. Se centraba así el razonamiento en el hecho de que la persona jurídica requerida para entregar la documentación en cada caso concreto no era la persona física imputada después en el proceso penal, de donde se podía deducir no solo la falta de trascendencia del requerimiento dirigido a persona distinta del imputado en sede penal, sino que la persona jurídica no era titular del derecho a no aportar pruebas que le incriminen.

No obstante, el fondo del asunto ha sido resuelto quizá con mejores argumentos en la STC 233/2005 cuando expresa en su FJ 5 que «es indiscutible que la lucha contra el fraude fiscal es un fin y un mandato que la Constitución impone a todos los poderes públicos, singularmente al legislador y a los órganos de la Administración tributaria (SSTC 79/1990, de 26 de abril, FJ 3; 46/2000, de 17 de febrero, FJ 6; 194/2000, de 19 de julio, FJ 5; y 255/2004, de 22 de diciembre, FJ 5), razón por la cual este Tribunal Constitucional ha tenido ya ocasión de declarar que para el efectivo cumplimiento del deber que impone el art. 31.1 CE es imprescindible la actividad inspectora y comprobatoria de la Administración tributaria, ya que de otro modo se produciría una distribución injusta en la carga fiscal (SSTC 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 3; y 76/1990, de 26 de abril, FJ 3). De lo anterior se sigue que el legislador ha de habili-

tar las potestades o los instrumentos jurídicos que sean necesarios y adecuados para que, dentro del respeto debido a los principios y derechos constitucionales, la Administración esté en condiciones de hacer efectivo el cobro de las deudas tributarias (STC 76/1990, de 26 de abril, FJ 3). Y no cabe duda de que «el deber de comunicación de datos con relevancia tributaria se convierte, entonces, en un instrumento necesario, no sólo para una contribución justa a los gastos generales (art. 31.1 CE), sino también para una gestión tributaria eficaz, modulando el contenido del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar del artículo 18.1 CE» (AATC 197/2003, de 16 de junio, FJ 2; y 212/2003, de 30 de junio, FJ 2; y en sentido similar SSTC 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 5; 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6 y STC 292/2000 de 30 de diciembre)».

Por último, resultan también muy expresivas las múltiples sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en relación con la validez de las pruebas de detección de alcohol en sangre realizadas por agentes de la autoridad, donde, *mutatis mutandis*, se proporcionan razonamientos predicables respecto de aquellos documentos que se obtengan bajo apercibimiento de sanción administrativa en el marco de procedimientos administrativos de inspección tributaria o de la Seguridad Social, reintegro de subvenciones, fiscalización de cuentas etc.

El Tribunal Constitucional entiende que el sometimiento a las pruebas de detección alcohólica bajo advertencia de incurrir en delito de desobediencia en caso de negativa, no constituye vulneración alguna del derecho a no declarar, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad, por lo que la colaboración que se le exige no incide en los derechos reconocidos en los artículos 17.3 y 24.2 de la Constitución; ello siempre y cuando tales diligencias se realicen con todas las garantías formales que sean de aplicación y se incorporen al proceso para someterse a contradicción durante la instrucción y en el juicio oral.

Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional número 76/1990 de 26 de abril refiere que no es posible hablar de declaración desde el punto de vista del derecho a no autoinculparse, en el cumplimiento del deber ciudadano de someterse al test de alcoholemia o en la aportación o exhibición de aquellos documentos contables que sean requeridos coactivamente por la Administración Tributaria, existiendo un deber de exhibición de estos documentos, sin que esta aportación pudiera equipararse a una declaración contraria a lo previsto en el artículo 24.2 de la Constitución.

Igualmente, la Sentencia número 161/1997 del Pleno del Tribunal Constitucional, de 2 de octubre de 1997 alude a que «Las garantías frente a la autoincriminación se refieren en este contexto solamente a las contribuciones del imputado o de quien pueda razonablemente terminar siéndolo y solamente a las contribuciones que tienen un contenido directamente incriminatorio. Así, en primer lugar, tal garantía no alcanza, sin embargo, a integrar en el derecho a la presunción de inocencia la facultad de susstraerse a las diligencias de prevención, de indagación o de prueba que proponga la acusación o que puedan disponer las autoridades judiciales o administrativas. La configuración genérica de un derecho a no soportar ninguna diligencia de este tipo dejaría inermes a los poderes públicos en el desempeño de sus legítimas funciones de protección de la libertad y la convivencia, dañaría el valor de la justicia y las garantías de una tutela judicial efectiva, y cuestionaría genéricamente la legitimidad de diligencias, tales como la identificación y reconocimiento de un imputado, la entrada y registro en un domicilio, o las intervenciones telefónicas o de correspondencia». En similar sentido, resultan también ilustrativas las Sentencias del Tribunal Constitucional números 103/1985, 195/1987, 3/1990, 202/1991, 24/1992, 252/1994, 197/95, 234/1997, 89/1998 y 111/1999.

La anterior doctrina resulta coherente con la del propio TEDH en las Sentencias de los casos Funke contra Francia, de 25 de febrero de 1993, Murray contra el Reino Unido de 8 de febrero de 1996, Miailhe contra Francia de 26 de septiembre de 1996, Saunders contra Reino Unido de 17 de diciembre de 1996, J.B. contra Suiza, de 3 de mayo de 2001, Allan contra el Reino Unido de 5 de noviembre de 2002, O'Halloran y Francis contra el Reino Unido, de 29 de junio de 2007, Satir contra Turquía, de 1 de diciembre de 2009 y Brusco contra Francia, de 14 de octubre de 2010, en las que, en relación con el derecho a no autoinculparse del imputado, se precisa que dicha prerrogativa no se ve afectada por el acceso a los elementos de prueba que existen con independencia de la voluntad de la persona en cada caso. Así, la Sentencia del caso Saunders contra Reino Unido expresa en su párrafo 69 que el derecho a no declarar contra sí mismo tal y como se entiende comúnmente en los sistemas jurídicos de las partes contratantes de la Convención, se refiere en primer lugar al respeto a la decisión del acusado de guardar silencio, de modo que no se puede obligar a nadie a declarar o a responder preguntas, aun cuando, según argumenta la Sentencia de 8 de febrero de 1996 en el caso Murray contra el Reino Unido, sí se pueden extraer conclusiones del silencio en caso de ser razonable esperar una respuesta del inculpado.

Según el TEDH, esta interpretación en relación con el derecho a guardar silencio no se extiende al uso en el procedimiento penal de datos que se pueden obtener del acusado recurriendo a los poderes coercitivos y que existen independientemente de la voluntad del sospechoso, como por ejemplo los documentos, las pruebas de aliento, de sangre o de orina, así como tejidos corporales para la realización de un análisis de ADN, en cuyo caso, debe efectuarse una ponderación respecto de la naturaleza y grado de la coerción, el peso del interés público comprometido en cada supuesto, la existencia o no de garantías apropiadas en el procedimiento, y la utilización hecha de los elementos finalmente obtenidos en el proceso, donde rige el principio de igualdad de armas y resulta posible, en el marco del ejercicio del derecho de defensa, su impugnación y/o la aportación de datos o argumentos alternativos y/o exculpatorios.

VI.6 Principio acusatorio

Las penas a las que se refiere el artículo 31 bis y las medidas del artículo 129, ambos del Código Penal, están lógicamente sometidas al principio acusatorio, el cual vincula al órgano judicial decisor respecto del tipo y cuantía máxima de la pena o medida solicitada por la acusación más grave de entre las formuladas.

VI.7 Legitimación activa

Conforme al artículo 125 de la Constitución y el 19.1 de la LOPJ, la existencia de la acusación popular en nuestro sistema procesal obedece al carácter público de la acción penal y a la participación ciudadana en la Administración de Justicia. En el régimen jurídico de esta singular figura procesal, el acusador no precisa, por tanto, tener interés en el procedimiento.

Un eventual ejercicio abusivo de la acción popular, puede constituir el cauce para menoscabar la reputación de las personas, tanto físicas como jurídicas. De ello se deriva la especial diligencia con que los Sres. Fiscales evalúan y emiten informe en relación con la admisión e inadmisión de querellas interpuestas en el ejercicio de las previsiones de los artículos 312 y 313 de la LECrim.

En este sentido, deberá ponerse particular atención a los procedimientos que se sigan contra sociedades cotizadas, entidades financieras y de seguros y empresas de cualquier sector que cuenten con trabajadores en plantilla, a fin de evitar las consecuencias nocivas y en algún caso irrecuperables derivadas de lo que en términos económicos se denomina riesgo reputacional, en la medida en que procedan de imputaciones penales formuladas en ausencia de unos mínimos datos incriminatorios.

VI.8 Diligencias de investigación del Ministerio Fiscal

En el curso de las diligencias de investigación de la Fiscalía, la persona jurídica investigada ostentará el derecho de defensa que el art. 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal reconoce al sospechoso.

En cuanto a la concreta intervención de la persona jurídica imputada en las diligencias de investigación, se reitera en este punto lo sugerido en relación con los procedimientos judiciales en la medida en que resulta de aplicación.

VI.9 Iniciación del proceso e interrupción de la prescripción

Tras la reforma operada por LO 5/2010, el artículo 132 del Código Penal tiene el siguiente tenor:

«1. Los términos previstos en el artículo precedente se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible. En los casos de delito continuado, delito permanente, así como en las infracciones que exijan habitualidad, tales términos se computarán, respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta.

En la tentativa de homicidio y en los delitos de aborto no consentido, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, cuando la víctima fuere menor de edad, los términos se computarán desde el día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad, y si falleciere antes de alcanzarla, a partir de la fecha del fallecimiento.

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. 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. 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 querrellado 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. 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».

Como se puede observar, la reforma modifica el apartado 2 del artículo 132, de modo que 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.

Por otra parte, en la regla 3.^a del propio apartado 2 se establece que «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». Por consiguiente, sólo cuando quede identificada la persona jurídica como posible responsable penal, se interrumpirá la prescripción respecto de la misma conforme establece la norma citada. La regla 3.^a del precepto, relativa a organizaciones o grupos de personas a los que se atribuya el hecho, parece permitir la identificación inconcreta de los individuos que forman parte de la organización o el grupo, pero no de la propia organización o grupo en sí, a cuyo fin, los Sres. Fiscales cuidarán de facilitar el mayor número de datos posibles a tal efecto, sin perjuicio de entender que los cambios de denominación, fusiones, transformaciones y demás expresiones propias de la dinámica societaria no tendrán incidencia alguna en cuanto a la prescripción ya interrumpida respecto de la corporación originaria.

VI.10 La pretensión civil

Junto con la responsabilidad penal autónoma de la persona jurídica, la reforma establece su responsabilidad civil por el hecho delictivo, solidaria con la de la persona física autora conforme a las previsiones del artículo 116.3 del Código Penal. La responsabilidad civil subsidiaria de las personas jurídicas a que se refiere el artículo 120 del Código Penal resulta de aplicación en los supuestos no contemplados en el artículo 31 bis y/o cuando sea de aplicación el artículo 31 del Código Penal, además de para aquellas conductas que a pesar de tener encaje en el artículo 31 bis, su comisión por la persona jurídica no se encuentra prevista en el catálogo *numerus clausus* de la Parte Especial.

Es compatible que en el mismo procedimiento se declare la responsabilidad civil directa de la persona jurídica consecuencia de la aplicación del artículo 31 bis y 116.3, ambos del Código Penal, con su declaración como responsable civil subsidiaria deri-

vada de la aplicación del artículo 31 del Código Penal al gestor de hecho o de derecho y del artículo 120 del mismo texto legal.

VI.11 Competencia objetiva y funcional

En la mayor parte de los casos, el procedimiento de aplicación será el Abreviado conforme al artículo 757 de la LECrim. Sin embargo, por razón de la pena a imponer a las personas físicas, puede resultar de aplicación el procedimiento ordinario.

No se ha previsto la creación de órganos especializados ni la atribución de la instrucción a los Juzgados de lo Mercantil como se sugirió por algún sector de la doctrina en su momento, y por tanto, la regla que resulta de aplicación en todo caso es el artículo 14 de la LECrim, que en sus apartados 3.º y 4.º, atribuye la competencia objetiva para enjuiciar los delitos a los Juzgados de lo Penal si la pena prevista es la de multa o siendo otra la sanción, tiene duración no superior a los 10 años. Corresponderá el enjuiciamiento a la Audiencia Provincial en el caso de las penas interdictivas previstas en el artículo 33.7 letras b) a g) del Código Penal de duración superior a los diez años, lo que debe extenderse a la pena de prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido y encubierto el delito impuesta con carácter definitivo conforme autoriza el artículo 37.7 e) del Código Penal y la de disolución, por su carácter permanente.

Como excepción cabe que la investigación y enjuiciamiento de algunos delitos esté atribuida a la Audiencia Nacional; es lo que ocurre con algunos de los delitos contra el mercado y los consumidores del artículo 288 y de tráfico de drogas del 369 bis del Código Penal, cuando por sus ámbitos encajen en las previsiones de los apartados c) y d) del artículo 65.1 de la LOPJ; lo mismo sucede en los delitos de financiación del terrorismo del artículo 576 bis, que serán instruidos por los Juzgados Centrales de Instrucción y enjuiciados según la gravedad de la pena por el Juzgado Central de lo Penal o por la Sala Penal de la Audiencia Nacional. También corresponderá enjuiciar delitos cometidos por personas jurídicas al Tribunal del Jurado en el caso del cohecho del artículo 427.2 y el tráfico de influencias del artículo 430 del Código Penal, pues a ambos preceptos hace alusión el artículo 1.2 LOTJ.

Aun cuando no se ha descartado la posibilidad de acudir a los cauces del Procedimiento Especial para el Enjuiciamiento Rápido de Delitos, con carácter general se desaconseja la tramitación de los procedimientos por este cauce, dada la previsible complejidad de las investigaciones en las que se vean implicadas las personas jurídicas.

Sin embargo, no puede ignorarse que en el ámbito de aplicación de este procedimiento ex artículo 795.1.2.ª de la LECrim se incluyen algunas infracciones susceptibles de ser imputadas a personas jurídicas, como los delitos contra la propiedad intelectual o industrial o los de tráfico de drogas; sin embargo, las exigencias adicionales del artículo 796 de la LECrim parecen impedir *a priori* que las autoridades policiales se planteen utilizar el procedimiento en estos casos, salvo por la vía del 779.1.5.ª de la LECrim, es decir, en caso de conformidad del acusado y con todas las reservas a que ya se hizo referencia en otro apartado de la presente Circular.

VI.12 Incoación de piezas separadas

Teniendo en consideración el mecanismo de responsabilización por el que ha optado el legislador español en el artículo 31 bis del Código Penal, se desaconseja la

incoación de piezas separadas a lo largo de la investigación para determinar la responsabilidad de las personas físicas y jurídicas, que deberá ser dilucidada en un mismo procedimiento.

No obstante, en casos excepcionales podrá valorarse la pertinencia de incoar tales piezas a fin de evitar dilaciones, siguiendo los criterios expresados en la Sentencia del Tribunal Supremo número 867/2002 de 29 de julio (Caso Banesto), conforme a la cual, cabe «la posibilidad de incoar piezas separadas en casos de delincuencia económica, cuando la investigación conjunta de los delitos, lejos de favorecer el esclarecimiento de los hechos, puede producir un efecto contrario y no deseado».

VI.13 Diligencias restrictivas de derechos fundamentales

Como ya se anticipó en otro apartado de la presente Circular, la cuestión del ejercicio por parte de la persona jurídica de derechos fundamentales reside en que, siendo ésta diferente de las personas físicas que forman parte de ella, la primera sirve como instrumento y manifestación de las expectativas de realización, autonomía, libertad y dignificación de las segundas.

Aunque la vinculación del concepto constitucional de domicilio al desarrollo de la vida privada parece indicar lo contrario, el texto constitucional no parece circunscribir categóricamente el derecho a la inviolabilidad del domicilio a las personas naturales o físicas. En este sentido, el Tribunal Constitucional en su Sentencia número 137/1985 establecía la extensión de la protección constitucional a la sede de las personas jurídicas en algunos supuestos específicos, del mismo modo que lo hace con otros derechos fundamentales como los fijados en el artículo 24 de la Constitución. Sin embargo, en posteriores resoluciones del mismo Tribunal, las número 228/97 y 283/2000, se insistía en que el objeto de protección del derecho es la morada como espacio de privacidad de la persona, allí donde ejercen su libertad más íntima.

La jurisprudencia más reciente ha matizado el alcance de esa protección constitucional basándose en si el lugar donde se ejerce una profesión o donde radica la sede de una persona jurídica está abierta o no al público. Así se impone la necesidad de diferenciar entre las oficinas en las que se ubica la sede de una persona jurídica a las que procede atribuir la protección del reconocido derecho a la intimidad que a la misma llega a amparar, y aquellos otros despachos o dependencias –constituyan o no sede social– que por su disposición a la entrada de público deben considerarse desposeídas de semejante protección. En ese sentido se expresan las Sentencias del Tribunal Supremo números 797/1994 de 14 de abril, 860/1995 de 6 de julio, 1558/1999 de 1 de octubre, 55/2001 de 25 de enero, 794/2002 de 30 de abril y 384/2004 de 22 de marzo.

El propio TEDH considera que las personas jurídicas, dadas esas condiciones de transmisión de los derechos individuales a las que ya nos hemos referido, deben ser consideradas titulares del derecho a no sufrir injerencias injustificadas o abusivas por parte del Estado tanto en su domicilio como en sus comunicaciones. En ese sentido, su Sentencia de 28 de junio de 2007, *Association for European Integration and Human Rights v. Ekimdzhev contra Bulgaria*.

Así pues, sin perjuicio de entender que el derecho a la inviolabilidad del domicilio está fuertemente vinculado a una realidad que atañe en exclusiva a las personas físicas, y en la medida en que las sedes, domicilios sociales u otras ubicaciones espaciales de titularidad de las personas jurídicas pueden albergar reductos de intimidad personal, los Sres. Fiscales cuidarán de solicitar la correspondiente autorización judicial para efectuar diligencias de entrada y registro en dichas sedes.

En el mismo sentido, y en lo que respecta a las intervenciones postales, será exigible la intervención judicial previa y la proporcionalidad que aseguren que el objeto de la intervención viene referido exclusivamente a datos comunicados por la persona jurídica, evitando que se afecte al secreto postal de las personas físicas que la integran. Un criterio aun más estricto deberá promoverse para el caso de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, en las que deberían respetarse las mismas exigencias de las intervenciones en el caso de las personas físicas, por cuanto, aun a pesar de ser las líneas de titularidad de la persona jurídica, son las personas que las utilizan los titulares del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

VI.14 Régimen de recursos. Cosa juzgada

La persona jurídica podrá impugnar los pronunciamientos de la sentencia que le conciernan, y obviamente proyectar su impugnación sobre las decisiones del Tribunal en relación con el delito de la persona física, aunque esta no haya recurrido o haya dado un enfoque distinto a su recurso en relación con esos mismos hechos y sus consecuencias jurídicas, resultando en su caso de aplicación lo previsto en el artículo 903 de la LECrim.

En relación con unos mismos hechos, los pronunciamientos de una sentencia firme dictada en el proceso en el que solo fue parte la persona jurídica no pueden tener fuerza vinculante en el proceso posterior en que solo sea parte la persona física y viceversa (art. 222.4 de la LEC).

VI.15 Ejecución de las penas impuestas a las personas jurídicas

A falta de otras previsiones al respecto, en la ejecución de la pena de disolución, se atenderá a las normas previstas a tal fin en el Código Civil, el Código de Comercio y la Ley de Sociedades de Capital, para su liquidación en función del tipo de sociedad de que se trate.

Cuando se impongan medidas cautelares o las sanciones de disolución, suspensión de actividades, clausura de locales, prohibición de actividades o intervención a personas jurídicas extranjeras, la ejecución de la sanción requerirá la obtención de la necesaria cooperación jurídica internacional, campo en el que se deberá profundizar normativamente a través de los instrumentos adecuados. La ejecución de las penas de multa requerirá cooperación internacional en caso de inexistencia de bienes suficientes en España. En la Unión Europea resulta de aplicación la Decisión Marco 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005 relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones que impongan sanciones pecuniarias, transpuesta en España por la Ley 1/2008 de 4 de diciembre, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones que impongan sanciones pecuniarias.

VII. CONCLUSIONES

Primera. La LO 5/2010 de reforma del Código Penal introduce un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas cuyos fundamentos esenciales se contienen en el artículo 31 bis del Código Penal. Los nuevos sujetos pasivos del proceso

penal, potenciales responsables de ilícitos de esa naturaleza, son las personas jurídico privadas de Derecho civil y mercantil y determinadas personas jurídico públicas, en los términos a los que se hace alusión en el apartado II.2) de esta Circular, constituyendo la ostentación de personalidad jurídica un requisito imprescindible en todo caso.

Para aquellos otros entes colectivos que carezcan de la misma, la Ley prevé un régimen diverso –de aplicación potestativa– en el artículo 129 del Código Penal.

Segunda. En los dos párrafos del apartado 1 del artículo 31 bis del Código Penal se establece un mecanismo normativo de atribución de la responsabilidad por transferencia o de tipo vicarial, de modo que las personas jurídicas pueden resultar penalmente responsables de los hechos cometidos por determinadas personas físicas siempre que concurren las específicas condiciones a las que se refiere el precepto aludido.

Tercera. El objeto del proceso penal en caso de imputación de una persona jurídica no lo constituye la idoneidad objetiva o hipotética del programa de cumplimiento adoptado por la corporación, en su caso, sino que deberá centrarse en acreditar, a través de los medios de prueba con que se cuente en cada caso, que las personas físicas a las que se refieren los dos párrafos del apartado 1 del artículo 31 bis del Código Penal –representantes, gestores de hecho o de derecho y subordinados en la jerarquía empresarial–, cometieron el delito en las concretas circunstancias a las que la Ley se refiere, debiendo atenderse los Sres. Fiscales a la interpretación que de las mismas se efectúa en la presente Circular.

Cuarta. Los programas de autorregulación corporativa, compliance guide o corporate defense podrán servir de instrumento para evaluar el contenido real del mandato de que es titular el gestor o representante, y aquello que, junto con las normas que regulan la actividad de que se trate, integra el control debido de la actividad empresarial en el caso concreto, pero no constituyen ni el fundamento de la imputación de la persona jurídica ni el sustrato de una pretendida culpabilidad de empresa a la que no se refiere el artículo 31 bis del Código Penal y que constituye una categoría de todo punto ajena a nuestra dogmática penal.

Quinta. En aquellos casos en los que se detecte la existencia de sociedades pantalla o de fachada, caracterizadas por la total ausencia de auténtica actividad, organización, infraestructura, patrimonio etc., utilizadas como herramientas del delito y/o para dificultar su investigación, nada obsta a que los Sres. Fiscales recurran a la figura de la simulación contractual o a la doctrina del levantamiento del velo, a los efectos de aflorar a las personas físicas amparadas por la ficción de independencia y alteridad de la sociedad pantalla, evitando imputar a estas últimas aun a pesar de que puedan gozar de personalidad jurídica y por tanto, y desde un punto de vista estrictamente formal, podría serles de aplicación el artículo 31 bis del Código Penal.

Los Sres. Fiscales valorarán asimismo la pertinencia de imputar únicamente a la persona física, levantando también en este caso el velo societario, en aquellos supuestos –preferentemente de negocios o actividades unipersonales que adopten formas societarias– en los que la personalidad jurídica sea del todo ajena a la comisión del hecho delictivo, se detecte la falta de verdadera alteridad de la entidad corporativa y exista un solapamiento total entre la voluntad del gestor y la de la persona jurídica, de modo que la imputación conjunta de la persona física y la jurídica pueda generar en la práctica un supuesto de *bis in idem*.

Sexta. En los casos en los que proceda acusar tanto a las personas físicas como a las jurídicas, se atenderá a la regla del apartado 2 del artículo 31 bis del Código Penal para la modulación de las cuantías de las respectivas sanciones pecuniarias

cuya imposición se solicite, de modo que se garantice el principio de proporcionalidad de las penas.

Séptima. Los Sres. Fiscales deberán atenerse a las previsiones del apartado 4 del artículo 31 bis del Código Penal, que contiene un catálogo cerrado de atenuantes de aplicación a las personas jurídicas, cuya exclusividad es destacada en la Exposición de Motivos de la Ley y se refuerza con la expresión sólo con la que se inicia el precepto. Ello impide la aplicación de aquellas circunstancias del artículo 21 del Código Penal cuya formulación no se refiere a comportamientos exclusivamente humanos, lo que resulta particularmente llamativo en el caso de la nueva atenuante de dilaciones extraordinarias e indebidas del artículo 21.6.^a del Código Penal y en la de análoga significación de la atenuante 7.^a del mismo precepto.

Octava. La única pena por la que se puede optar en todo caso a la hora de sancionar a la persona jurídica es la de multa, que por ello será la opción prioritaria de los Sres. Fiscales en sus escritos de acusación, salvo que razones de prevención especial, o la gravedad y las especiales circunstancias de la conducta imputada (múltiples perjudicados, importe de los perjuicios, etc.) aconsejen otra cosa.

Asimismo, para calcular el importe de la sanción pecuniaria, los Sres. Fiscales deberán atender a la información que respecto de esa específica materia se pueda extraer de los resultados económicos obtenidos por las sociedades mercantiles en los ejercicios objeto de investigación conocidos a través del depósito de cuentas anuales en el Registro Mercantil, amén de la información patrimonial que pueda recabarse de la Administración Tributaria.

Novena. Las penas de suspensión de actividades de la persona jurídica y de clausura de sus locales y establecimientos, podrán solicitarse respecto de todas sus actividades, locales y establecimientos, o respecto de tan solo una parte de esa actividad o alguno de sus locales o establecimientos, en cuyo segundo caso, los Sres. Fiscales concretarán la solicitud de sanción respecto de aquellos sectores de la actividad o de negocio o aquellas ubicaciones que estén más específicamente vinculados/as con el hecho/s delictivo/s que se impute/n a la corporación.

Décima. La solicitud de la pena de disolución de la persona jurídica deberá reservarse para casos extremos, como los delitos de especial gravedad y repercusión social o aquellos que revistan los caracteres del denominado delito masa (con gran número de perjudicados), siempre y cuando la sanción no resulte contraproducente en el caso concreto atendiendo a los criterios a que se refiere el artículo 66 bis y cuidando particularmente de velar por el efectivo resarcimiento de las víctimas y/o la protección de los derechos de trabajadores y acreedores de la corporación.

Undécima. Hasta tanto se prevea un régimen procesal específico para la persona jurídica imputada en el procedimiento penal, los Sres. Fiscales aplicarán los preceptos de la LECrim y supletoriamente, los de la LECrim, conforme a las pautas apuntadas en la presente Circular.

Duodécima. Por lo que respecta al emplazamiento para la primera comparecencia en la que haya de informarse a la persona jurídica de la imputación, los Sres. Fiscales cuidarán de que se realice a través del legal representante de la entidad, con idénticas exigencias de formato y constancia de su recepción que las exigibles en el mismo caso respecto de las personas físicas.

En ese sentido, y dado el particular juego de intereses que puede existir en el seno del procedimiento penal entre la persona jurídica y las personas físicas imputadas y entre estas y el resto de intervinientes en el proceso, los Sres. Fiscales pondrán especial atención en evitar que la designación del legal representante de la corporación en el seno del procedimiento se utilice como vía de obtención fraudulenta de un status

similar al del imputado por parte de personas que deban intervenir en el procedimiento en otra condición, particularmente en calidad de testigos.

La comunicación de la imputación de la persona jurídica habrá de remitirse al domicilio social, que dependiendo si se trata de una sociedad civil o mercantil, será el previsto en los artículos artículo 41 del Código Civil y 9 y 10 de la Ley de Sociedades de Capital, respectivamente. En caso de entidades de derecho público, se estará a su régimen jurídico específico.

Ulteriormente, al tiempo de materializarse la imputación, los Sres. Fiscales cuidarán de que la persona jurídica sea informada, por medio también de su legal representante, de los hechos concretos en que se basa la imputación y del régimen de derechos que como imputada le asisten según los artículos 520.2 y 771.2.^a de la LECrim, así como de las consecuencias de su intervención voluntaria en determinadas diligencias.

Igualmente y con las cautelas a que ya se ha hecho referencia en orden a su designación, los Sres. Fiscales cuidarán de que el representante legal tenga la posibilidad –si así lo considera oportuno– de prestar declaración con las garantías del imputado en representación de la persona jurídica, dejando constancia escrita y fehaciente de su renuncia o del contenido de la misma, en su caso.

Decimotercera. A falta de regulación expresa en este sentido y a fin de garantizar el ejercicio del derecho de defensa de la persona jurídica en la vista oral, los Sres. Fiscales cuidarán de que el legal representante de la persona jurídica sea citado para asistir con el mismo régimen en cuanto a la posibilidad de celebración en su ausencia que el previsto para el juicio en ausencia del acusado en el artículo 786.1 de la LECrim, y de que pueda hacer uso, si así lo considera oportuno, del derecho a la última palabra en los términos a que se refiere el artículo 739 de la LECrim.

En el supuesto de haber sido admitida la prueba de su interrogatorio en la vista oral, los Sres. Fiscales se asegurarán de que declare con las garantías propias del imputado; cuidarán asimismo de que el legal representante de la persona jurídica preste su consentimiento, junto con el de su letrado, en caso de llegarse a un acuerdo de conformidad con las acusaciones según lo previsto en los artículos 655, 694, 697, 784.3 y 787 de la LECrim, y de que firmen el acta en que dicho acuerdo se formalice.

Decimocuarta. El límite de admisibilidad de la conformidad según los artículos 787.1 y 784.3.^o y LECrim en relación con los artículos 688 a 700 de la LECrim, hace posible la conformidad de la persona jurídica con cualquiera de las penas –todas ellas de naturaleza grave– que puedan solicitarse.

En todo caso, los Sres. Fiscales cuidarán de que la instrucción judicial no se cierre en falso o en su fase embrionaria como consecuencia de la formalización de acuerdos de conformidad que puedan dar lugar a interesados mecanismos de deslizamiento de la responsabilidad desde la persona jurídica a la individual y viceversa

En este contexto, se evitará especialmente la conformidad por aplicación del supuesto previsto en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 31 bis del Código Penal, que suponga la asunción de la responsabilidad penal por parte de la persona jurídica respecto de delitos en los que puedan haber incurrido en esa misma responsabilidad también las personas físicas, particularmente los representantes legales y administradores de hecho y de derecho de la corporación.

A tenor de las exigencias del artículo 801.1.2.^o de la LECrim y en consideración a lo expuesto en el texto de esta Circular en relación con los juicios de conformidad respecto de personas jurídicas, aun en aquellos supuestos en los que resulte legalmente posible (delitos castigados con pena de multa o con otra pena de distinta natu-

raleza cuya duración no exceda de 10 años), se desaconseja que los Sres. Fiscales recurran al expediente de reconocimiento de hechos durante la instrucción al amparo del 779.1.5.ª de la LECrim.

CIRCULAR 2/2011, SOBRE LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL POR LEY ORGÁNICA 5/2010 EN RELACIÓN CON LAS ORGANIZACIONES Y GRUPOS CRIMINALES

SUMARIO: I. Introducción.–II. La organización criminal del artículo 570 bis del Código Penal: A. Concepto de organización criminal. B. Conductas típicas. C. Subtipos agravados.–III. El grupo criminal del artículo 570 ter del Código Penal: A. Concepto de grupo criminal. B. Conductas típicas.–IV. Delimitación de las figuras delictivas de organización y grupo criminal frente a la codelincuencia.–V. Problemas concursales: A. Relación concursal con el delito de asociación ilícita del artículo 515 del Código Penal. B. Con los ilícitos penales cometidos por la organización o grupo criminal. C. Relación concursal entre los artículos 570 bis y 570 ter con los subtipos agravados de pertenencia a organización, asociación o grupo criminal de la parte especial del Código Penal.–VI. Referencia a organizaciones y grupos terroristas.–VII. Reglas de punibilidad y perseguibilidad.–VIII. Subtipo atenuado: el tipo privilegiado de colaboración.–IX. Referencia al comiso ampliado en relación con los delitos cometidos en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista.–X. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Entre las importantes novedades introducidas por la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, se encuentra la creación de un nuevo Capítulo VI en el Título XXII del Libro II, que comprende los artículos 570 bis, 570 ter y 570 quáter, bajo la rúbrica «De las organizaciones y grupos criminales», y que obedece a la necesidad de articular un instrumento normativo con el propósito de combatir adecuadamente «todas las formas de criminalidad organizada», y responde asimismo a los compromisos derivados de instrumentos internacionales de aproximación de las legislaciones nacionales y de cooperación policial y judicial asumidos por los Estados miembros de la Unión Europea en la lucha contra la llamada delincuencia organizada transfronteriza, tanto en materia de prevención como de represión penal.

Así, deben citarse la Resolución de 20 de noviembre de 1997 del Parlamento Europeo sobre el «Plan de Acción para la Lucha contra la Delincuencia Organizada», que se concreta en la Acción Común 98/733/JAI, de 21 de diciembre de 1998 del Consejo de la Unión Europea, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea, y la Decisión del Consejo de la Unión Europea 2004/579/CE, de 29 de abril que aprueba, en nombre de la Comunidad, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuen-

cia Organizada Transnacional de 15 de noviembre de 2000, que fue firmada por España el día 13 de diciembre de 2000 y cuya ratificación se produjo mediante Instrumento de 1 de septiembre de 2003.

E igualmente, la Decisión Marco 2008/841/JAI, de 24 de octubre, del Consejo de la Unión Europea sobre la Lucha contra la Delincuencia Organizada, que entró en vigor el 11 de noviembre de 2008, dejando sin efecto la Acción Común 98/733/JAI y persigue la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en la lucha contra la delincuencia transfronteriza, facilitando el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales.

Son todos ellos documentos que ofrecen definiciones de «organización delictiva» y de «asociación estructurada», al tiempo que se refieren expresamente a las diversas manifestaciones de la actividad delictiva que deben centrar la actividad policial y judicial en la lucha contra la criminalidad organizada.

En el campo criminológico se ha puesto de manifiesto la complejidad del concepto de criminalidad organizada, ya que bajo dicha denominación se integran una multiplicidad de fenómenos y realidades muy diferentes. Así, junto a las organizaciones criminales clásicas (la Cosa Nostra norteamericana, las mafias italianas, los cárteles mexicanos y colombianos, las mafias rusas, las triadas chinas o los yakuzas japoneses) existen otros grupos que presentan diferencias notables en cuanto a estructura interna, número de miembros, permanencia en el tiempo, formas de actuación, etc., que no obstante podrían ser incluidos en ese mismo concepto. Igualmente se detectan grandes diferencias en atención a factores como la ubicación geográfica de los diversos grupos, las actividades a las que se dedican, su composición étnica, etc., de modo que hay organizaciones criminales grandes y pequeñas, con o sin vínculos transnacionales, con estructura jerárquica o con estructura fluida, de fines predominantemente económicos o fundamentalmente políticos, muy violentas y poco violentas, etc.

Al respecto, cabe señalar que en el marco de la investigación policial transnacional se han establecido determinadas pautas a partir de las cuales cabe considerar que existe crimen organizado. Concretamente si se dan como mínimo seis signos característicos de entre los que se mencionan a continuación, que igualmente operan como «indicadores de calidad» y que permiten establecer, en atención a su intensidad, cuál es el nivel de riesgo que presentan los distintos grupos:

1. Existencia de un grupo de personas más o menos numeroso.
2. Reparto de tareas o de papeles entre los miembros del grupo con existencia de rígidas normas de disciplina interna y de una jerarquía, a veces extravagante. Suele tener lugar una situación de aislamiento como forma de protección de los cabecillas del grupo mediante la interposición de testaferros, la autoinculpación de los subordinados en sede judicial o la utilización de personas físicas o jurídicas interpuestas.
3. Actuación prolongada en el tiempo o indefinida.
4. Comisión de actos delictivos graves. Se despliegan habitualmente técnicas o métodos complejos de ejecución para garantizar el éxito de las actividades delictivas. Cabría citar el uso de alta tecnología para las comunicaciones, las destrezas financieras en el manejo de fondos o distintas formas de relación con la función pública.
5. Actuaciones transnacionales o intensa movilidad territorial dentro del Estado.
6. Uso sistemático de la violencia o de la intimidación grave.
7. Utilización de instrumentos jurídicos legales para crear estructuras económicas o comerciales. Es habitual el uso de cualificados profesionales o expertos para garantizar el éxito de sus actividades delictivas.
8. Actividades de blanqueo de capitales.

9. Influencia sobre cargos públicos o personas que desempeñen su función en la esfera política, medios de comunicación social, funcionarios de la Administración Pública, y/o de la Administración de Justicia o sobre la actividad económica mediante la corrupción.

10. Finalidad primordial de obtención continuada de beneficios económicos o de cualquiera de las diversas formas de influencia política, social o económica.

Ante la multiplicidad de situaciones que deben ser abordadas, el legislador pretende ofrecer soluciones que sirvan no solo en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, caracterizada por su profesionalización, tecnificación e integración en estructuras legales ya sean económicas, sociales e institucionales, sino también en relación con la pequeña criminalidad organizada de ámbito territorial más limitado y cuyo objetivo es la comisión de delitos menores. Al respecto es un hecho que la protección de la seguridad ciudadana, entendida como seguridad y paz en las manifestaciones de la vida ciudadana, comprende también la protección frente a la existencia de grupos criminales dedicados a la delincuencia a pequeña escala que afectan al normal desenvolvimiento de la vida comunitaria, generando intranquilidad y desasosiego.

En este sentido, el propio Preámbulo de la LO 5/2010 explica el objeto de la reforma, al afirmar 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 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 libertades de los ciudadanos, en fin, la calidad de la democracia, constituyen objetivos directos de la acción destructiva de estas organizaciones.»

La lucha contra el crimen organizado es también objetivo preferente de actuación para la Fiscalía General del Estado como se ha puesto de manifiesto reiteradamente en las Memorias de los últimos años, que incluyen un apartado específicamente dedicado a examinar, a partir de la experiencia adquirida en el trabajo cotidiano, la actividad de los distintos órganos del Ministerio Fiscal en relación con la delincuencia o criminalidad organizada. Así, en sucesivas Memorias se viene destacando la peligrosidad que entraña esta forma de actuación delictiva caracterizada por su proyección tentacular a todo el territorio nacional y en muchos casos más allá de nuestras fronteras, y la movilidad de sus miembros, que se desplazan sin dificultad de un territorio a otro para llevar a efecto sus propósitos criminales, con independencia de la ubicación de su centro de dirección, que puede estar situado, en ocasiones, en países extranjeros.

La constatación de que existen grupos pequeños de delinquentes que reiteran un patrón delictivo con un *modus operandi* estandarizado y con sujeción a una serie de variables como la vinculación entre determinadas actividades delictivas y el origen, nacionalidad o procedencia geográfica de los autores pone de manifiesto que, en muchas ocasiones, nos encontramos ante «la punta de un iceberg de dimensiones imprevisibles».

Se aprecia asimismo la tendencia cada vez mayor a la diversidad en la proyección delictiva de estos grupos criminales. Junto a las actividades que constituyen el centro

de la delincuencia organizada en nuestro país como son el tráfico de drogas, la explotación sexual a través de tramas de prostitución y la explotación laboral unida al fenómeno de la inmigración ilegal, otros delitos que habitualmente se encuentran vinculados al fenómeno de criminalidad organizada son la trata de seres humanos, los secuestros y extorsiones, así como la falsificación de moneda, tarjetas de crédito y cheques, el tráfico ilícito o robo de objetos culturales, el contrabando o el robo de automóviles de lujo y material nuclear, el terrorismo, la fabricación y el tráfico de armas y explosivos o sus piezas, las estafas y la corrupción, todos ellos directa o indirectamente vinculados al blanqueo de capitales procedentes de tales actividades ilícitas que tiene un papel esencial en el cumplimiento de sus objetivos y en el propio desarrollo de las distintas organizaciones criminales, pues posibilita el aprovechamiento de las ganancias del delito y la pervivencia de la organización o grupo criminal.

Otra de las actividades delictivas en la que centran sus esfuerzos las organizaciones de delinquentes es la relacionada con los delitos contra la propiedad, y más concretamente, robos y hurtos practicados de manera sistemática y a gran escala. En este ámbito se detecta un notable grado de especialización, por parte de bandas organizadas dedicadas específicamente a una concreta modalidad de delito de carácter patrimonial e integradas con frecuencia, por personas extranjeras de una misma nacionalidad, hasta el punto de poder establecerse cierta correspondencia entre el origen nacional de los integrantes de los grupos y el tipo de actividad delictiva a la que éstos se dedican.

Así, en los últimos años se está detectando un notable incremento en los grupos de delinquentes que cometen con asiduidad y de forma exclusiva modalidades concretas de delitos contra el patrimonio tales como robos con fuerza y/o con violencia e intimidación en entidades bancarias, centros comerciales, naves industriales y joyerías, robos en casa habitada, perpetración reiterada de delitos o faltas de hurto en los andenes del metro o en estaciones de tren, en comercios, o lugares turísticos (las denominadas «descuidadas») y, recientemente, la sustracción (en ocasiones hurto y en otras robo con fuerza) de cable de cobre, no sólo depositado en almacenes o empresas, sino instalado en edificios en construcción o en conducciones de electricidad para suministro de vías férreas, alumbrado de vías públicas o instalaciones industriales, actuaciones estas últimas que generan graves perjuicios económicos a sus titulares y molestias e incluso situaciones peligrosas a los usuarios de tales servicios. Resulta asimismo alarmante que, en ocasiones, estos comportamientos se realicen mediante la utilización de menores a los que con frecuencia se obliga también a practicar la mendicidad en beneficio de ese grupo de delinquentes.

En esta materia merece también especial atención el fenómeno criminal de las bandas juveniles latinas (*Latin King, Netas, Dominicans don't Play, Forty Two, Trinitarios, Bling bling...*) cuya estructura y actuación se encuadra en parámetros muy característicos que podemos resumir en los siguientes términos: a) se trata de grupos organizados y jerarquizados, que se articulan en torno a una estructura rígida y piramidal, con obediencia ciega a sus dirigentes, y con sumisión a un conjunto de «reglas» y «leyes» propias; b) sus integrantes poseen una fuerte cohesión interna, una adhesión incondicional de sus miembros al grupo, un destacado distanciamiento del entorno social originario (familia, grupo escolar, trabajo...) y asumen roles perfectamente definidos dentro de su categoría; c) se integran, de forma predominante, por inmigrantes sudamericanos que ideológicamente defienden la supremacía de todo «lo latino»; d) su actividad criminal, extremadamente violenta, se ejecuta en grupos de 10 a 15 o más individuos, cuando se trata de delitos contra la vida o la integridad física,

y peleas o riñas tumultuarias entre bandas rivales; o bien en grupúsculos de 3 a 5 miembros en los casos de robos con violencia o amenazas.

La protección de la seguridad ciudadana exige una respuesta adecuada ante todos estos fenómenos, tanto frente a los grupos organizados estructurados jerárquicamente y con importante capacidad operativa, como frente a los grupos o subgrupos de delinquentes que se organizan transitoriamente para periodos cortos de tiempo, incluso fines de semana, aptos para desplazarse por distintas localidades con el objetivo de cometer modalidades violentas de atentados contra la propiedad, o actos de delincuencia menor, como hurtos en entidades bancarias o comercios o la mendicidad utilizando a menores de edad.

Todas estas circunstancias determinan que la adecuada tipificación de la organización de carácter criminal se haya venido planteando como una necesidad desde hace años y a ello se refería expresamente la Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2008 en el entendimiento de que el delito de asociación ilícita recogido en el Código Penal no resultaba idóneo para castigar los fenómenos de criminalidad organizada, por su insuficiente definición típica, lo que había generado una interpretación muy restrictiva por parte de nuestros tribunales, prácticamente limitada a la modalidad de asociación para delinquir vinculada al terrorismo y a la subversión del orden constitucional.

Así, si bien la jurisprudencia ha venido perfilando las características de esta conducta ilícita, precisando los elementos típicos del delito del artículo 515 CP, sin embargo, su aplicación práctica ha sido muy escasa, no sólo por la propia indefinición del supuesto de aplicación, como decíamos, sino también por los antecedentes históricos del delito de asociación ilícita.

Asimismo, la jurisprudencia ha venido ofreciendo una interpretación restrictiva de los conceptos de «organización» y «agrupación de carácter transitorio» empleados por el legislador, indistintamente en muchos casos junto con el de «asociación», en numerosos subtipos agravados en la parte especial del Código Penal, doctrina jurisprudencial desarrollada sobre todo con ocasión de la aplicación del subtipo cualificado de pertenencia a organización o agrupación de carácter transitorio, en relación con el delito de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

Ante la falta de una definición uniforme del complejo fenómeno que es la criminalidad organizada, la Instrucción 4/2006, «sobre atribuciones y organización de la Fiscalía Especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción y sobre la actuación de los Fiscales especialistas en delincuencia organizada», tras dejar constancia de que «la delincuencia organizada transnacional es el principal reto al que se enfrenta el Ministerio Fiscal», proporciona un concepto de delincuencia organizada a partir de las definiciones asumidas por algunas disposiciones legales internas (art. 282.bis 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), por los Convenios Internacionales de los que España es parte y por la jurisprudencia de nuestros tribunales, basado en la concurrencia de los siguientes elementos: a) pluralidad de personas; b) estructura interna, establecida normalmente mediante la existencia de criterios de jerarquía y división funcional; c) vocación de cierta permanencia temporal y d) actuación concertada.

Ante esta situación, el legislador, mediante la LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, respondiendo a las necesidades de política criminal de primer orden de combatir adecuadamente las distintas manifestaciones de la criminalidad organizada, ha introducido expresamente la tipificación autónoma de las conductas de dirección y pertenencia a organización y a grupo criminal, diferenciando entre ambos conceptos, y ofrece definiciones auténticas de ambas figuras criminales en los artículos 570 bis y 570 ter respectivamente. A dicho fin, ha incorporado ele-

mentos configuradores de la delincuencia organizada como requisitos del tipo correspondiente a la organización criminal, lo que conlleva, por la gravedad que representa, un régimen punitivo más riguroso.

Por otra parte, ha de recordarse que la incorporación del nuevo Capítulo VI en el Título XXII del Libro II no es la única novedad que introduce la LO 5/2010 en el Código Penal en materia de criminalidad organizada. Son igualmente reseñables la previsión de tipos cualificados por pertenencia a una asociación u organización en figuras delictivas que hasta ahora carecían de la misma (art. 188.4 reformado), o la inclusión de esta misma agravación en la tipificación de nuevos delitos (art. 177 bis 6 que sanciona la trata de seres humanos), y también el establecimiento del comiso ampliado cuando se trate de actividades delictivas cometidas en el seno de una organización criminal (art. 127.1, párrafo 2.º), así como la reforma del artículo 36 CP que exige, para los casos de penas privativas de libertad superiores a cinco años, el cumplimiento de al menos la mitad de la condena antes de poder obtener la clasificación en tercer grado en el caso de delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal. Cabe reseñar, por último, que el apartado 1 del artículo 570 quater ha sido redactado de nuevo por la Disposición final segunda de la Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (BOE de 29 de enero de 2011), con los efectos que se exponen en esta Circular.

Asimismo, la reforma llevada a efecto por LO 5/2010, de 22 de junio, ha ubicado las organizaciones y grupos terroristas de forma separada al resto de organizaciones y grupos criminales, en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II, dedicado a las organizaciones y grupos terroristas y a los delitos de terrorismo, diferenciando estas conductas de las tipificadas en el Capítulo VI del mismo Título en atención al elemento tendencial de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública.

La diversidad de fenómenos que, como se ha señalado antes, pueden englobarse dentro de los conceptos de organización y grupo criminal y la necesidad de delimitar ambas figuras, diferenciándolas, al tiempo de los supuestos de codeincuencia o coparticipación, hace preciso ofrecer unos criterios de interpretación de estos conceptos que aseguren su aplicación uniforme, garantizando la unidad de actuación que debe regir la intervención del Ministerio Fiscal en todos los ámbitos jurisdiccionales.

II. LA ORGANIZACIÓN CRIMINAL DEL ARTÍCULO 570 BIS DEL CÓDIGO PENAL

A. Concepto de organización criminal

El artículo 570 bis ofrece una definición auténtica de organización criminal al establecer en el párrafo segundo del apartado 1 que «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».

El elemento estructural del tipo viene definido, además de por la pluralidad subjetiva –más de dos personas–, por dos notas delimitadoras: el carácter estable o por

tiempo indefinido y la coordinación entre los miembros de la organización con reparto de roles.

Es esencial la nota de permanencia y estabilidad en el concepto de organización, de modo que la unión no ha de ser esporádica sino que ha de tener duración en el tiempo y debe estar vinculada por lazos estables o permanentes.

El concierto o coordinación entre los integrantes de la organización supone una cierta estructura organizativa adecuada para la comisión de los fines propuestos, de modo que la relación entre sus miembros y la distribución de funciones o roles estará vinculada a un esquema preestablecido, en muchas ocasiones, de carácter jerárquico. Tal estructura organizativa representa una peligrosidad superior a la que supondría la actuación individual o la actuación conjunta no coordinada, pues el reparto predeterminado de tareas conlleva un incremento en la eficacia de la actuación conjunta y en las posibilidades de obstaculizar su persecución y lograr la impunidad.

El elemento tendencial supone que la organización debe tener por objeto la comisión de delitos, que en caso de ser especialmente graves son objeto de una cualificación punitiva, aunque también se contempla por el legislador como objetivo típico la perpetración reiterada de faltas.

La redacción del artículo 570 CP elude dos requisitos recogidos en las normas internacionales, esto es, que la agrupación de personas tenga como objetivo la comisión de delitos de cierta gravedad y que su finalidad, en última instancia, sea de carácter económico o material. El legislador ha pretendido que su ámbito de aplicación sea más amplio que el de los textos internacionales y alcance a las organizaciones dirigidas no sólo a la comisión de delitos graves y menos graves sino también a la comisión reiterada de faltas, por ser la lucha contra este tipo de pequeña delincuencia una de las finalidades político-criminales de la reforma, en la misma línea que la imposición en todo caso de la pena de localización permanente para los autores de la nueva figura de la falta de hurto reiterado.

La reforma operada en el Código Penal por LO 11/2003, de 29 de septiembre, introdujo dentro del tipo penal de asociación ilícita a aquellas asociaciones que tuvieran por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada, no obstante, la interpretación restrictiva que del delito de asociación ilícita han hecho nuestros tribunales ha generado la nula aplicación de tal previsión. Buen ejemplo de ello es la STS1075/2006, de 23 de octubre, que entiende que «un grupo de descuidadas no puede ser considerado asociación ilícita porque este concepto entronca con el derecho de asociación constitucionalmente reconocido y porque bajo esa rúbrica se han ubicado hechos tan relevantes como las organizaciones terroristas, de manera que el principio de proporcionalidad impide su aplicación a la pequeña delincuencia insidiosa».

Esta interpretación queda superada tras la modificación del Código Penal por LO 5/2010, habida cuenta que el legislador, en respuesta a la citada tesis mantenida por nuestros tribunales, comprende expresamente en el concepto de organización criminal aquellas dirigidas a la perpetración reiterada de faltas.

Como señalábamos antes, si bien no aparecen definidos en el Código Penal los elementos típicos del delito de asociación ilícita, la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha ido precisado sus elementos o requisitos definidores. Así, en numerosas sentencias, entre otras las SSTS 326/2010, de 13 de abril, 480/2009, de 22 de mayo, 50/2007, de 19 de enero y, por todas, la STS núm. 415/2005, de 23 marzo, señala que la asociación ilícita precisa la unión de varias personas organizadas para determinados fines, con las siguientes exigencias: a) pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad; b) existencia de organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista; c) consistencia o perma-

nencia en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio; d) el fin de la asociación –en el caso del art. 515.1 inciso primero– 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.

El tenor literal del artículo 570 bis al definir la organización criminal permite trasladar al mismo los criterios jurisprudenciales acuñados respecto a los rasgos definidores de la asociación para delinquir prevista en el artículo 515.1 CP. También en relación con los subtipos de pertenencia a organización el Tribunal Supremo ha venido definiendo sus elementos o requisitos configuradores, que la STS 453/2010, de 11 de mayo, sintetiza así: «organización, distribución de funciones, estabilidad en el tiempo, financiación y jerarquía».

En definitiva, las notas características que podrían servir para delimitar el concepto de organización criminal tipificado por el legislador en la LO 5/2010, de 22 de junio, son las siguientes:

a) Una pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad, que se concreta en tres o más. Se trata, por tanto, de un delito plurisubjetivo, en el que el sujeto activo está formado por la concurrencia de, como mínimo, tres personas, diferenciándose dos clases de autores, merecedores de distinto reproche penal, en función de la responsabilidad asumida en el marco de la organización.

b) La existencia de una estructura más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista, en la que por lo general deben poder reconocerse relaciones de jerarquía y disciplina, entendiéndose por tal el sometimiento de sus miembros a las decisiones de otro u otros de los miembros que ejercen la jefatura, y la definición y reparto de funciones entre sus miembros. Debe contar, pues, con la infraestructura adecuada para realizar un plan criminal que, por su complejidad o envergadura, no estaría al alcance de una actuación individual o incluso plurisubjetiva pero inorgánica.

En cambio no se exige como requisito, ni un acto fundacional, ni una organización muy compleja, ni la adopción de una determinada forma jurídica, ni que se mueva en un amplio espacio geográfico, ni la existencia de conexiones internacionales.

c) Una consistencia o permanencia en el tiempo, en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio, y

d) El fin de la organización ha de ser la comisión de delitos como producto de una «voluntad colectiva», superior y diferente a la voluntad individual de sus miembros «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 745/2008, de 25 de noviembre y 41/2009, de 20 de enero).

En cualquier caso, con el objeto de diferenciar las grandes organizaciones criminales de aquellas otras sustentadas en una estructura organizativa relativamente simple, ante la exacerbación punitiva que supone la aplicación del nuevo tipo penal del artículo 570 bis, los Sres. Fiscales cuidarán de valorar el alcance y/o intensidad de los elementos definidores del tipo expuestos *ut supra* y de cualesquiera otros que se detecten para graduar la pena a imponer en función de las circunstancias concurrentes, de manera que la mayor peligrosidad de una organización criminal evidenciada en una estructura considerablemente compleja, una mayor profesionalidad, una implantación geográfica extensa o su carácter transnacional, se corresponda con la aplicación de las sanciones penales más graves, sin perjuicio asimismo de la aplicación de los subtipos agravados cuando corresponda, pues el incremento punitivo viene justificado en tales casos por el mayor contenido del injusto.

B. Conductas típicas

Las conductas típicas integradas bajo la rúbrica de organización criminal no se circunscriben únicamente a la preparación y planificación de una pluralidad de actividades delictivas sino que alcanzan también a aquellos comportamientos dirigidos a la creación y mantenimiento de la organización en sí misma, con vocación de estabilidad y permanencia, orientada a la comisión de futuros delitos y con capacidad, pues, para lesionar diferentes bienes jurídicos, de modo que la mera participación o integración en ella es punible independientemente de los delitos cometidos en su seno.

La incriminación autónoma de las organizaciones criminales se entiende justificada por la puesta en peligro de un concreto bien jurídico protegido por la norma como es el orden público, en la medida en que la existencia de una relación estructurada entre diversas personas, que actúan de manera estable, permanente y sistemática con el propósito de cometer uno o varios delitos, representa un plus de peligrosidad de comisión de los mismos.

Dada la naturaleza del delito, la consumación se produce desde el momento en que se realice alguna de las conductas típicas, esto es, alguna forma de colaboración o participación en la organización criminal sin que sea necesario que se ejecuten ni tan siquiera que se inicien las infracciones penales que constituyen el objeto de su ilícita actividad. Es decir, basta a estos efectos con que se acredite alguna clase de actuación de la que pueda deducirse que los integrantes de la asociación han pasado del mero pensamiento a la acción. Traducida en actos externos tal actividad puede referirse a múltiples aspectos relacionados con la finalidad delictiva, tanto a la captación de nuevos miembros, como su formación o el aprovisionamiento de medios materiales para sus fines, o la preparación y ejecución de acciones o a la ayuda a quienes las preparan o ejecutan.

Cabe asimismo reseñar las notas diferenciadoras entre el tipo delictivo de organización criminal y la conspiración para delinquir, configurada en nuestro Código Penal (art. 17) en relación con determinados delitos como acto preparatorio punible, siendo distinto su régimen jurídico, pues mientras que la conspiración queda absorbida por la comisión del posterior delito, no siendo posible castigar acumulativamente la conspiración y además la comisión del delito finalmente ejecutado, la organización criminal es un delito autónomo respecto de los hechos ilícitos que eventualmente se cometan que debe castigarse separadamente dando lugar a un concurso real de delitos o a la aplicación del subtipo agravado correspondiente.

Así, en la conspiración, los que se concertan para cometer un delito resuelven ejecutarlo ellos mismos, ya sea a título de autores ya interviniendo como partícipes, mientras que el tipo penal de organización criminal sanciona a todos sus integrantes con independencia de los sujetos que en concreto tomen parte directa en la ejecución de los delitos que constituyen su objeto.

La conspiración es un comportamiento aislado y determinado en el tiempo, una unión de personas que se agota en la comisión de un único y concreto delito, mientras que la organización criminal requiere un acuerdo de voluntades dirigido a la programación de un plan delictivo que traspase los límites de la concreta realización futura de un determinado ilícito o ilícitos criminales, así como la existencia de una coordinación entre sus miembros adecuada a la actividad criminal planificada que aporta un plus de eficacia en su ejecución.

El legislador define las conductas típicas de la organización criminal distinguiendo dos clases de autores merecedores de distinto reproche penal.

Así, se diferencia la responsabilidad penal de los que promovern, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren la organización, frente a los que meramente

participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma.

La distinción tiene su fundamento en la relación de jerarquía más o menos compleja y en la propia distribución de roles o tareas entre sus miembros, circunstancias ambas que constituyen elementos definidores de la organización criminal.

1. Promoción, constitución, organización, coordinación o dirección de organización criminal.

Sanciona el nuevo artículo 570 bis del Código Penal a «quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal». A estos efectos deben considerarse promotores o constituyentes quienes adoptan decisiones o desempeñan responsabilidades de carácter fundacional o de creación y puesta en funcionamiento de la organización. Es decir, aquéllos que determinan las actividades y finalidades de la misma y sus líneas esenciales de actuación, y también quienes la promocionan o promueven y quienes a dicho fin realizan labores de captación de los que van a integrar el núcleo operativo de la organización o de coordinación de las tareas de «reclutamiento» de sus futuros miembros.

Son dirigentes, directores, organizadores y coordinadores, con carácter general, los que gobiernan o mandan en el colectivo, esto es, aquéllos que dan las órdenes o directrices que deben seguirse dentro de la organización y que tienen por tanto capacidad de decisión.

Al respecto, la STS 50/2007, de 19 de enero, limita el término de directivo o promotor «al sujeto que tenga encargada la responsabilidad de una función determinada y que desempeñe la correspondiente tarea de mando o decisión sobre otra u otras personas con las que en común tenga el cometido de planificar o ejecutar las correspondientes acciones, siempre dentro de la banda o grupo». A tenor de esta doctrina, para calificar la conducta como de dirección, el sujeto deberá poseer en el marco de la organización, la responsabilidad efectiva y autónoma de adoptar decisiones que orientan la actuación de los miembros de la misma, de modo que no reúnen la condición de auténticos directores, quienes aun formando parte del equipo directivo de la organización, no posean capacidad de adopción autónoma de decisiones (STS 31 de marzo de 2010 y 21 de enero de 2009).

2. Participación activa, integración o cooperación en la organización.

En tanto que el artículo 517.2 CP sanciona únicamente la responsabilidad de los miembros activos de una asociación ilícita, el nuevo artículo 570 bis CP extiende la responsabilidad penal no sólo «a quienes participaren activamente en la organización» sino también a aquellos que «formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma», es decir, a los miembros activos de la organización, y también a los meros integrantes y a los que colaboren con la organización en cualquier forma.

La participación activa en las actividades ilícitas de la organización supone una actuación de común acuerdo en la finalidad criminal, que incluye la realización de todo tipo de actividades de diferente entidad material que coadyuven a la estructuración, cohesión y actividad de la organización en conexión directa con el proyecto criminal.

En este sentido el artículo 2 de la Decisión Marco 2008/841/JAI, de 24 de octubre, sobre delincuencia organizada incluye «la participación activa en las actividades ilícitas de la organización» entre las conductas relacionadas con una organización delictiva que han de ser tipificadas por los Estados nacionales de la Unión Europea.

Para la interpretación del concepto de pertenencia o integración que recoge el artículo 570 bis CP puede ser utilizada sin duda la doctrina que han ido elaborando nuestros tribunales en relación con las organizaciones terroristas, sin olvidar, no obstante, que en los supuestos contemplados en el nuevo Capítulo VI del Título XXII del Libro II del Código Penal no concurre el elemento finalista o tendencial de perturbar gravemente la paz pública o subvertir el orden constitucional. De acuerdo con esa doctrina consolidada el concepto de pertenencia o integración tiene un carácter más o menos permanente, nunca esporádico, y exige un cierto comportamiento activo en relación con los fines u objetivos de la organización, esto es, participar en sus fines, aceptar el resultado de sus actos y eventualmente realizar actos de colaboración que, por razón de su integración, se convierten en actividades que coadyuvan en la finalidad que persigue el grupo.

A ello se ha referido la jurisprudencia, que en determinadas resoluciones ha asimilado los términos «integrante» y «miembro activo», en los siguientes términos tomados de la STS de 31 de marzo de 2010: «los integrantes de la banda, organización o grupo –que se suelen denominar miembros activos– son las personas que intervienen activamente en la realización de sus objetivos, esto es, la comisión de delitos de manera organizada. La intervención activa no equivale tanto a la futura autoría o coparticipación en los delitos, sino más bien ha de hacerse equivalente a cualquier intervención causal relevante y dolosa en el proceso de preparación y ejecución de alguno de ellos. Así será integrantes –miembros activos– los autores de los delitos que la banda, organización o grupo lleven a cabo, los partícipes de los mismos y también los que intervienen en su preparación, e igualmente las conductas de encubrimiento cuando revelen un carácter permanente».

Asimismo, el tipo contemplado en el nuevo artículo 570 bis incluye conductas de cooperación o colaboración con los fines y actividad de la organización delictiva, entre las que pueden considerarse incluidas las de facilitación y distribución de información o medios materiales, de formación, de captación de nuevos participantes, así como de financiación de sus actividades, esto es, actuaciones que contribuyen causalmente al mantenimiento y desarrollo de las estructuras organizativas de la organización criminal.

Al respecto, el artículo 2 de la Decisión Marco 2008/841/JAI anteriormente mencionado también incluye entre las conductas que han de ser tipificadas por los Estados nacionales de la Unión Europea «la facilitación de información o de medios materiales, reclutando nuevos participantes, así como toda forma de financiación de sus actividades».

Cabe señalar asimismo que las conductas de cooperación deben entenderse referidas a actos de colaboración material en conexión directa con el proyecto criminal de la organización siempre que el sujeto activo no ostente capacidad de decisión y responsabilidad autónoma y efectiva dentro de la organización de modo que tales conductas constituyan actos nucleares de constitución de la organización, en cuyo caso la respuesta punitiva es más grave, lo que habrá de valorarse en función de las circunstancias concurrentes.

En cuanto al elemento subjetivo, ha de recordarse que se trata de un delito doloso, en el sentido de que es preciso que el sujeto activo actúe a sabiendas del carácter ilícito de la organización y con la intención específica de que los actos que realiza contribuyan a la propia pervivencia de la organización o al logro de sus fines. Al respecto debe recordarse, que el artículo 2 de la Decisión Marco 2008 exige que el sujeto actúe «a sabiendas de la finalidad y actividad general de la organización delictiva o de su intención de cometer los delitos en cuestión».

En igual sentido el artículo 5.1 a) ii) de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional del año 2000, a cuyo tenor los Estados Parte deben adoptar las medidas legislativas que sean necesarias para tipificar como delito «la conducta de toda persona que a sabiendas de la finalidad y actividad delictiva general de un grupo delictivo organizado o de su intención de cometer los delitos en cuestión participe activamente en:

- actividades ilícitas del grupo delictivo organizado
- otras actividades del grupo delictivo organizado a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva antes descrita».

En definitiva, el elemento volitivo del dolo ha de abarcar la ilicitud de los fines y la actividad de la organización, no obstante, como señalan las STS 7 de marzo de 1998 y 20 de febrero de 1999, no es exigible para apreciar su existencia que los diferentes niveles o escalones se conozcan entre sí o que sus miembros conozcan detalladamente las funciones de todos los partícipes, pues la supervivencia del proyecto criminal queda asegurada precisamente por el contexto organizativo con independencia de las personas concretas que intervienen en cada una de las operaciones a realizar.

Tampoco es necesario que el conocimiento del sujeto activo alcance necesariamente todos y cada uno de los actos concretos ejecutados por los distintos miembros de la organización en la ejecución de su plan criminal. Al respecto, no debe confundirse la responsabilidad penal derivada de la pertenencia a la organización criminal con la exigible por la comisión de los distintos delitos y/o faltas que puedan llegar a ejecutarse en su seno, ya que la responsabilidad por estos hechos deberá sujetarse a las reglas generales de autoría y participación, proscribiéndose presunciones de responsabilidad por el acto ilícito ejecutado derivadas del mero hecho de formar parte de la organización.

Al respecto, la STS 17 de julio de 1993 recuerda que «la circunstancia de pertenencia a una organización delictiva no genera, sin más, la asunción, en relación con las asociaciones de hecho o de derecho, de todas las responsabilidades penales “imputables” a aquélla en cuanto proyección de las decisiones humanas que acaezcan, sino que los principios de culpabilidad y los de justicia y proporcionalidad exigen la expresa determinación de los precisos comportamientos de cada uno de los puros asociados», con exclusión, así, de responsabilidades por resultados más graves que los asumidos.

C. Subtipos agravados

El nuevo artículo 570 bis del Código Penal establece en su apartado segundo una serie de agravaciones específicas en función de las características de la organización, que constituyen otros tantos subtipos, que conllevan la imposición de la pena prevista en el apartado primero en su mitad superior, siendo de aplicación la pena superior en grado cuando concurren dos o más de ellas, estableciendo el apartado tercero un escalón punitivo superior, en función de la naturaleza y gravedad de los delitos que la organización tenga por objeto:

- a) Cuando la organización esté formada por un elevado número de personas.

El fundamento de la agravación reside en que esta circunstancia implica una mayor peligrosidad de la organización, no sólo por su mayor estabilidad temporal, sino también por la fungibilidad de los miembros que pueden comprometer su parti-

cipación en las distintas áreas de la actividad colectiva o en la comisión de los delitos planificados.

El legislador utiliza un concepto jurídico indeterminado sobre la base de la exigencia del tipo básico de un número mínimo de integrantes que se fija en tres, por lo que será en definitiva la jurisprudencia la que vaya perfilando este concepto. No obstante, aunque la cualificación no habrá de limitarse a las grandes estructuras criminales, deberá comportar, en todo, caso, un incremento de gravedad en el hecho equiparable al de los otros subtipos, de modo que el número de integrantes de la organización sea relevante en función de la actividad delictiva que constituya su objeto, en la medida en que su intervención suponga un incremento del desvalor de la acción, al facilitar de forma constatable la perpetración de las actividades ilícitas y asegurar su éxito.

Cabe asimismo señalar, a los efectos de apreciación de esta agravación, que han de computarse todos los integrantes de la organización, con independencia de si son penalmente responsables por concurrir en ellos alguna causa que exima la responsabilidad criminal, como es el supuesto de organizaciones que tengan por objeto la explotación y utilización de menores para la práctica de la mendicidad o la comisión de delitos y/o faltas.

b) Cuando la organización disponga de armas o instrumentos peligrosos.

El fundamento reside en el peligro que para la vida o la integridad física de las personas significa la utilización de armas o medios peligrosos en la comisión de los delitos planificados por la organización.

Sobre el concepto de «arma», se reitera lo señalado en la Circular 2/2005, «sobre la reforma del Código Penal en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas», que ante la inexistencia de un concepto legal de arma en el Código Penal, se remite al Reglamento de Armas, aprobado por Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, que si bien no facilita un concepto de lo que se debe entender por armas, sí establece una relación y clasificación de las mismas, que no obstante debe ser matizada, en los términos fijados por la STC 24/2004, de 24 de febrero, en el sentido de no considerar como tales aquellos instrumentos u objetos, que materialmente no sean armas, aunque su tenencia esté reglamentariamente prohibida.

La mención a otros instrumentos peligrosos se refiere a objetos que implican un peligro para la vida o integridad física de las personas (puños americanos, bates de béisbol...) y también se pueden incluir sustancias peligrosas, existiendo una amplia doctrina jurisprudencial respecto a qué debe considerarse instrumento peligroso a efectos penales, que ha de ser tenida en cuenta en la integración de este concepto.

Por otra parte, no deberá confundirse la posesión de armas o instrumentos por algún integrante de la organización con la adquisición y/o disposición de tales medios por parte de la organización misma y su facilitación a sus integrantes para la ejecución de los fines criminales que le son propios, que es el fundamento de la cualificación.

c) Cuando la organización disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o de transporte.

El fundamento de la agravación reside en las características y finalidad de la posesión de tales medios por la organización, que han de ser especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos objeto de la actividad ilícita o para lograr la impunidad de los culpables. Se trata de la mera posesión por la organización criminal de medios «avanzados» que faciliten la comunicación entre sus componentes, y por tanto, la coordinación entre ellos, o de medios de transporte que favorezcan su movi-

lidad y/o el traslado de efectos, medios o instrumentos de un lugar a otro reforzando su capacidad operativa.

En cualquier caso, no basta con probar la disponibilidad de buques, embarcaciones o aeronaves, entre otros medios de transporte, o de teléfonos –o medios de comunicación– satelitales, esto es, conectados directamente a un satélite de telecomunicaciones, redes de comunicación social, o cualquier otro medio avanzado de comunicación en función del estado y evolución de la técnica, para aplicar este subtipo sino que es preciso demostrar que sus características incrementan el desvalor del injusto de modo que su empleo facilite la ejecución de los hechos o la impunidad de sus responsables.

d) Especial gravedad y naturaleza del delito planificado.

El apartado 3 del delito 570 bis establece la imposición en su mitad superior de las penas previstas en el apartado primero o en los tipos cualificados del apartado segundo, en función de la naturaleza y gravedad de los delitos planificados, esto es, la importancia del bien jurídico protegido por el delito, y concretamente cuando se trate de hechos contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos.

La referencia a la integridad de las personas hay que vincularla tanto a los delitos que atentan contra la integridad física como contra la integridad moral.

La posibilidad de que la organización criminal oriente su actividad criminal hacia la comisión de delitos de variada índole se resolverá mediante la aplicación de la penalidad más grave que corresponderá a esta modalidad cualificada. En cualquier caso, los Sres. Fiscales habrán de valorar y constatar que la finalidad primordial de la organización es ésta y que no se ha cometido un delito de los mencionados de forma esporádica u ocasional.

III. EL GRUPO CRIMINAL DEL ARTÍCULO 570 TER DEL CÓDIGO PENAL

A. Concepto de grupo criminal

El artículo 570 ter 1 *in fine* CP define de forma auténtica el grupo criminal como «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».

El concepto de grupo criminal se define, por tanto como una figura de carácter residual frente al de organización criminal, que si bien se asemeja a la organización en el sentido de conformarse por la unión de más de dos personas y tener por finalidad la perpetración concertada de delitos o reiterada de faltas, se construye sobre las notas negativas de no concurrencia de alguna o algunas de las características de la organización criminal, de modo que basta, pues, la no concurrencia de uno de los elementos estructurales del tipo de organización delictiva, para que nos encontremos ante un grupo criminal.

También el artículo 1 de la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo de la Unión Europea ofrece una definición de «asociación estructurada», de manera negativa, como «una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito ni que necesite haber asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, continuidad en la condición de miembro, o exista una estructura desarro-

llada». En el mismo sentido define el «grupo estructurado» el artículo 2 de la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada.

De este modo, se reducen los requisitos que caracterizan la organización delictiva, exigiendo sólo cierta permanencia («formación no fortuita»), y una estructura básica que supone la actuación concertada de sus miembros pero que no requiere una asignación formal de funciones entre los distintos miembros del grupo, ni continuidad en la condición de miembro.

En definitiva, para delimitar el ámbito del grupo criminal del de la organización criminal, la diferencia reside en la existencia de una estructura organizativa con vocación de permanencia o por tiempo indefinido en las organizaciones criminales, mientras que el grupo criminal puede permanecer estable cierto tiempo en función del tipo de infracción criminal a que oriente su actividad delictiva (para la comisión de uno o varios delitos o la comisión reiterada de faltas) pero puede carecer de una estructuración organizativa perfectamente definida, o bien, puede contar con una estructura organizativa interna pero no perpetuarse en el tiempo.

En este sentido, cabe considerar comprendidos en la definición de grupo criminal, los supuestos de organizaciones «de carácter transitorio» o que actúan «aun de modo ocasional» que se habían venido incorporando en diversos subtipos agravados por pertenencia a organización criminal en la parte especial del Código Penal y sobre los que se había pronunciado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ofreciendo una interpretación restrictiva de tales supuestos, señalando que «no se requiere una organización estable, siendo suficiente una “mínima permanencia” que permita distinguir estos supuestos de los de mera codelincuencia. Cabe incluso la organización constituida para una operación específica, siempre que concurren los elementos propios de la organización criminal: un centro de decisiones y diversos niveles jerárquicos, con posibilidad de sustitución de unos a otros mediante una red de reemplazo que asegure la supervivencia del proyecto criminal con cierta independencia de las personas pues esto es lo que dificulta la prevención y persecución de los delitos cometidos por una organización criminal y agrava el daño ocasionado por la actividad, permitiendo hablar de una empresa criminal» (STS 1095/2001, de 16 de julio, con cita de las de 25 de febrero de 1997 y 10 de marzo de 2000 entre otras).

El preámbulo de la LO 5/2010 justifica la tipificación del grupo criminal, extramuros del concepto de organización criminal, a partir de la necesidad de responder a «otros fenómenos análogos muy extendidos en la sociedad actual, a veces extremadamente peligrosos o violentos, que no reúnen esos requisitos estructurales. Por ello se definen los grupos criminales en el artículo 570 ter 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».

En definitiva, lo decisivo es que la existencia de concierto entre una pluralidad de personas para el desarrollo de un proyecto criminal, posibilita el desarrollo del plan delictivo de manera independiente de las personas integrantes del mismo, pues esto es lo que dificulta la prevención y persecución de los delitos cometidos por un grupo criminal y agrava el daño ocasionado por su actividad.

Debe destacarse que la tipificación autónoma del grupo criminal va a permitir una adecuada persecución de comportamientos cada vez más frecuentes en nuestra sociedad que inciden de forma importante en la seguridad ciudadana, al tratarse de agrupaciones criminales que desarrollan una forma de delincuencia en grupo sin vocación de permanencia ni estructura estable, que es útil para la comisión reiterada de cualquier modalidad delictiva, desde pequeños hurtos, robos o estafas, y otros delitos contra la propiedad, hasta operaciones de tráfico de drogas, como es el caso de grupos familiares dedicados a la venta de droga cuyos miembros indistintamente des-

empeñan diferentes tareas dirigidas a tal fin. A su vez, permite diferenciar este fenómeno de estructuras organizativas complejas, como puede ser un cártel que opera internacionalmente traficando con drogas o una red dedicada a la trata de seres humanos, pues ambos supuestos no presentan la misma antijuricidad y va a permitir guardar la debida proporcionalidad punitiva como respuesta a los hechos a los que se aplican tales tipos delictivos.

En este sentido, los Sres. Fiscales cuidarán de aplicar el tipo delictivo de grupo criminal previsto en el artículo 570 ter cuando tras la valoración de los hechos y las circunstancias concurrentes se constate efectivamente su existencia, en aras de obtener una adecuada y proporcionada sanción penal de tales comportamientos delictivos.

B. Conductas típicas

Como señala el propio Preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, el artículo 570 ter se articula equiparando a efectos penales las conductas típicas de quienes «constituyeren» el grupo, «financiaren» su actividad o «integraren» el mismo.

A estos efectos hay que considerar integrantes del grupo a quienes intervienen de algún modo, previo concierto, en la planificación y realización de sus objetivos, esto es, la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas, sin que suponga que necesariamente sean partícipes todos ellos en su ejecución. No se comprenden los actos de mera cooperación (distintos de la financiación de su actividad) o colaboración ocasional en algún aspecto puntual, sino que se exige la integración, lo que equivale a la «pertenencia» o ser miembro del grupo.

La alusión al concierto indica que en el grupo no es exigible la existencia de relaciones de jerarquía y sumisión perfectamente definidas, ni una estricta división de funciones entre los que dirigen y planifican y los que ejecutan, sin perjuicio de que pueda existir una distribución de roles o papeles entre sus miembros para facilitar la perpetración de la infracción criminal.

En relación con el concepto de organización «de carácter transitorio» que recogía el subtipo agravado previsto en el artículo 369.1.2.^a CP (derogado por LO 5/2010), la STS 933/1998, de 16 de octubre, razona que «la transitoriedad a que se refiere el párrafo 6.º del artículo 369, no hay que proyectarla sobre la relación más o menos ocasional del acusado con alguna de las operaciones de la organización sino que se refiere a la asociación u organización en sí misma y la “ocasionalidad” también citada en el precepto se refiere a los fines que la organización persigue y no a la relación del acusado con la misma».

«Lo que pretende el precepto es sancionar más gravemente el aprovechamiento por sus integrantes de redes estructuradas, más o menos formalmente, que sean utilizadas en el concreto supuesto enjuiciado, con independencia de la duración en el tiempo de dichas redes o de que los fines perseguidos por la asociación no sean en exclusiva los de difusión de la droga, confluyendo con otros que pueden ser legales, pero, en cualquier caso, el ámbito subjetivo de la agravación se limita por el legislador, de forma expresa, a los “pertenecientes” o integrantes de la organización y no a los meros colaboradores ocasionales».

Asimismo, tratándose de un delito doloso, el principio de culpabilidad exige que el constituyente, cooperador económico o miembro activo conozca el carácter ilícito del grupo y actúe con la intención específica de que su aportación favorezca los fines de aquella.

El artículo 570 ter CP distingue la respuesta punitiva a partir de la naturaleza y gravedad de las infracciones criminales que el grupo pretenda cometer. Así:

a) si la finalidad del grupo es cometer uno o más delitos graves contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos, la pena será de prisión de dos a cuatro años y si se trata de delitos menos graves la pena será de prisión de uno a tres años.

b) Si la finalidad del grupo es cometer cualquier otro delito grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años.

c) Si su objetivo es cometer uno o varios delitos menos graves no comprendidos en el apartado a) o la perpetración reiterada de faltas de hurto, la pena de prisión de tres meses a un año. Por último, si el objetivo es la perpetración reiterada de otras faltas, dicha pena se impondrá en su mitad inferior.

En términos idénticos a los establecidos para la organización criminal, el apartado segundo del artículo 570 ter regula los tipos cualificados que determinan la aplicación de las penas previstas en el apartado primero en su mitad superior, o las penas superiores en grado cuando concurren dos o más de tales circunstancias.

Como señalábamos antes para la organización criminal, cuando la finalidad del grupo criminal sea la de cometer delitos de variada índole, los Sres. Fiscales, valorando las circunstancias concurrentes, tomarán en consideración el más grave de ellos conforme al orden establecido en el precepto para determinar la disposición a aplicar a los sujetos activos, valorando que la finalidad primordial del grupo sea la de cometer ese tipo de delitos y no que se haya cometido de forma esporádica o circunstancial.

IV. DELIMITACIÓN DE LAS FIGURAS DELICTIVAS DE ORGANIZACIÓN Y GRUPO CRIMINAL FRENTE A LA CODELINCUENCIA

Una correcta delimitación legal de los nuevos tipos penales de organización y grupo criminal exige su adecuada diferenciación de los supuestos de codevincuencia o coparticipación.

Como se expone en la Circular 2/2005, «sobre la reforma del Código Penal en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas», el concepto de organización a los efectos de aplicación del subtipo agravado previsto en el artículo 369.1.2.^a CP (derogado por LO 5/2010) ha sido objeto de una consolidada y reiterada doctrina jurisprudencial que exige la concurrencia de una serie de requisitos que claramente han permitido delimitar estos casos de los supuestos de simple codevincuencia, coparticipación o consorcio ocasional para la comisión del delito: pluralidad de personas, utilización de medios idóneos, plan criminal previamente concertado para la difusión de la droga, distribución de funciones o cometidos, una cierta jerarquización y actividad persistente y duradera (SSTS de 25 de septiembre de 1985, 18 de diciembre de 1986, 5 de febrero de 1988, 14 de enero de 1989, 6 de julio de 1990, 8 de febrero de 1991, 11 de junio de 1991, 12 de julio de 1991, 23 de diciembre de 1991, 30 de junio de 1992, 8 de febrero de 1993, 12 de marzo de 1993, 17 de marzo de 1993, 5 de mayo de 1993, 17 de julio de 1993, 21 de marzo de 1994, 3 de mayo de 1994, 2 de junio de 1994, 12 de septiembre de 1994, 10 de noviembre de 1994, 19 de enero de 1995, 14 de febrero de 1995, 24 de junio de 1995, 2 de abril de 1996, 12 de abril de 1996, 12 de noviembre de 1996, 21 de mayo de 1997, 13 de octubre de 1997, 26 de enero de 1998, 4 de febrero de 1998, 7 de marzo de 1998, 6 de abril de 1998, 5 de mayo de 1998, 10 de julio de 1998, 13 de julio de 1998, 28 de julio de 1998, 1 de octubre de 1998, 16 de

octubre de 1998, 17 de octubre de 1998, 3 de diciembre de 1998, 11 de enero de 1999, 20 de febrero de 1999, 29 de mayo de 1999, 5 de junio de 1999, 10 de junio de 1999, 6 de septiembre de 1999, 10 de abril de 2000, 28 de junio de 2000, 1 de marzo de 2001, 16 de mayo de 2001, 8 de junio de 2001, 17 de octubre de 2002, 28 de febrero de 2003, 25 de junio de 2003, 23 de marzo de 2005, 19 de enero de 2007, 17 de julio de 2008 y 25 de noviembre de 2008).

Al respecto, la STS de 2 de febrero de 2006 con cita de otras anteriores, señala que «la mera delincuencia se supera cuando se aprecia, además de la pluralidad de personas, la existencia de una estructura jerárquica, más o menos formalizada, más o menos rígida, con una cierta estabilidad, que se manifiesta en la capacidad de dirección a distancia de las operaciones delictivas por quienes asumen la jefatura, sin excluir su intervención personal, y en el hecho de que la ejecución de la operación puede subsistir y ser independiente de la actuación individual de cada uno de los partícipes, y se puede comprobar un inicial reparto coordinado de cometidos o papeles y el empleo de medios idóneos que superan los habituales en supuestos de delitos semejantes. Lo que se trata de perseguir es la comisión del delito mediante redes ya mínimamente estructuradas en cuanto que, por los medios de que disponen, por la posibilidad de desarrollar un plan delictivo con independencia de las vicisitudes que afecten individualmente a sus integrantes, su aprovechamiento supone una mayor facilidad, y también una eventual gravedad de superior intensidad, en el ataque al bien jurídico que se protege, debido especialmente a su capacidad de lesión».

Respecto a las organizaciones «de carácter transitorio» la STS 1095/2001, de 16 de julio, con cita de las de 25 de mayo de 1997 y 10 de marzo de 2000, entre otras, señala que «el legislador incluye expresamente los supuestos de organizaciones transitorias es claro que no se requiere una organización estable, siendo suficiente una “mínima permanencia” que permita distinguir estos supuestos de los de mera codelinquencia».

En definitiva, los criterios que permiten diferenciar la existencia de una organización o grupo criminal frente a los supuestos de codelinquencia o ejecución del delito o delitos por una pluralidad de personas, son los siguientes:

- El acuerdo de voluntades dirigido a la programación de un proyecto o plan delictivo, con anticipación temporal a la ejecución de los concretos delitos programados, y dotado de una cierta continuidad temporal o durabilidad, que supera la simple u ocasional consorciabilidad para el delito,
 - La trascendencia del acuerdo de voluntades más allá del concreto hecho ilícito o ilícitos que se cometan,
 - La distribución de cometidos o tareas a desarrollar,
 - La existencia de una mínima estructura criminal presidida por la idea de coordinación adecuada a la actividad criminal programada,
 - Y el empleo o acopio de medios idóneos a los planes de la organización o grupo criminal.

En conclusión, teniendo en cuenta el carácter clandestino propio de la actuación de los grupos y organizaciones criminales y las dificultades probatorias de su existencia, que frecuentemente se limitará a la concurrencia de prueba indiciaria, los Sres. Fiscales valorarán para determinar la existencia de una organización o grupo criminal frente a otras formas de codelinquencia y de coparticipación, la concurrencia de circunstancias que revelen la voluntad de continuidad en otras actividades criminales de la misma clase, que ordinariamente se pondrá de manifiesto por el *modus operandi* y los medios comisivos utilizados para delinquir, y de los que a su vez se desprenda la existencia de una planificación o coordinación con un cierto reparto de papeles que

favorezca la eficacia de su actividad criminal, su capacidad ofensiva y la impunidad de sus miembros.

V. PROBLEMAS CONCURSALES

La tipificación autónoma de los delitos de organización y grupo criminal, como se ha expuesto más arriba, si bien va a servir para superar la dificultad generada hasta el momento en la persecución y sanción de estas conductas, como consecuencia de los criterios restrictivos que venían siguiendo juzgados y tribunales en la interpretación y aplicación del delito de asociación ilícita, suscita, no obstante, diversos problemas concursales que se abordan a continuación:

A. Relación concursal con el delito de asociación ilícita del artículo 515 del Código Penal

La nueva regulación por LO 5/2010 suprime los arts. 515.2 y 516 CP, que definían y sancionaban como asociaciones ilícitas «las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas», llevando su contenido al artículo 571 integrado en el Capítulo VII del Título XXII, en el marco de los delitos contra el orden público, junto a los delitos de terrorismo.

Sin embargo ha mantenido vigente el resto de la regulación de las asociaciones ilícitas, contempladas en los números 1 y 3 a 5 del artículo 515, esto es:

«1.º las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas promuevan su comisión, así como las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada.

2.º (...)

3.º las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución.

4.º las organizaciones de carácter paramilitar.

5.º las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía o inciten a ello».

De acuerdo con una consolidada doctrina jurisprudencial desarrollada sobre el tipo de asociación ilícita, «el bien jurídico protegido puede ser doble, de un lado, el derecho de asociación como garantía constitucional, y de otro, el orden público y en particular la propia institución estatal, su hegemonía y poder, frente a cualquier organización que persiga fines contrarios y antitéticos a los de aquélla» (STS 25 de noviembre de 2008 con referencia a jurisprudencia anterior como la expuesta en la STS 234/2002 de 3 de mayo, entre otras).

Como se ha señalado anteriormente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha precisado los elementos definidores de la asociación ilícita, con las siguientes exigencias: pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad; existencia de organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista; consistencia o permanencia en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio y, en el caso del artículo 515.1 CP, el fin de la asociación ha de ser la comisión de delitos.

El artículo 515 contempla, pues, auténticos supuestos de asociaciones, esto es, de agrupaciones de personas, de carácter estable, con relaciones de jerarquía entre sus miembros y división de funciones y tareas, y entre las que existen un vínculo asociativo por encima de la voluntad individual de cada uno de sus miembros y cuyos fines no se identifican necesariamente con la realización de hechos delictivos, sino que pueden tener otras finalidades distintas, si bien en atención a las mismas o a los modos utilizados para su obtención, el legislador considera que dichas conductas la hacen merecedora de reproche penal.

Sin embargo, en relación a las organizaciones y agrupaciones criminales, la propia Exposición de Motivos de la LO 5/2010 afirma que «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».

La coexistencia del delito de asociación ilícita con el delito de organización criminal plantea un conflicto de normas cuando el supuesto examinado pueda ser calificado simultáneamente conforme a lo previsto en los artículos 515.1 y 570 bis CP, esto es, en el supuesto de asociaciones ilícitas cuyo objeto exclusivo y finalidad directa sea la comisión de ilícitos penales, supuesto que coincide con los elementos que configuran el tipo de organización criminal previsto en el artículo 570 bis. Esta cuestión no se plantea en relación con el grupo criminal del artículo 570 ter CP, dado que, como se ha señalado, la doctrina jurisprudencial desarrollada sobre el tipo de asociación ilícita exige la concurrencia de las notas de existencia de estructura organizativa y de permanencia o consistencia del acuerdo asociativo que ha de ser duradero y no puramente transitorio para apreciar la existencia de asociación ilícita, por tanto no cabe aplicar el artículo 515.1 en caso de que no concorra alguno de estos elementos y sí el tipo del artículo 570 ter CP.

En relación con el resto de los supuestos de asociación ilícita tipificados en el artículo 515 CP, esto es, asociaciones con fin lícito pero que emplean medios violentos o de alteración o control de la personalidad para conseguir sus fines, organizaciones de carácter paramilitar, así como aquellas que promueven a la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones, esto es, supuestos de asociaciones ilícitas que no tienen por finalidad originaria y directa la comisión de delitos, ni se han constituido especialmente con tal objeto, hay que considerar que dichas conductas delictivas presentan características diferentes a las que configuran el tipo de organización criminal del artículo 570 bis CP. Ante cada supuesto concreto deberán valorarse, pues, las circunstancias concurrentes en orden a apreciar la existencia de los elementos definidores de uno u otro tipo penal, el previsto en el artículo 570 bis o los recogidos en el artículo 515 en relación con el artículo 517 CP.

El legislador ha previsto en el artículo 570 *quater.2 in fine* CP que «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.ª del artículo 8».

En consecuencia, en los supuestos en que se plantee un conflicto de normas entre los artículos 515.1 y 570 bis CP, los Sres. Fiscales aplicarán el criterio de alternativa previsto en el artículo 8.4 CP, de conformidad con lo establecido en el artículo 570 quáter CP, de modo que deberán aplicar el tipo con pena más grave, esto es, el artículo 570 bis.

Así, la pena prevista en el artículo 517 CP para los fundadores, directores y presidentes de las asociaciones es la de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a doce años. La pena prevista en el artículo 570 bis para los responsables de las

organizaciones criminales que tengan por finalidad la comisión de delitos graves es prisión de cuatro a ocho años y prisión de tres a seis años en los demás casos, a la que hay que añadir la pena de inhabilitación especial para todas aquellas actividades económicas o negocios jurídicos relacionados con la actividad de la organización criminal, por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta, por lo que si bien no se prevé la imposición de una pena de multa, las penas previstas para los responsables de la organización criminal son más graves que las previstas para las asociaciones ilícitas. Cabe señalar que aun cuando no coinciden plenamente en su denominación literal las personas que pueden ser responsables en ambos tipos, sin embargo, puede considerarse que se trata de las mismas conductas, en definitiva los responsables de poner en marcha y dirigir la asociación u organización.

Lo mismo cabe concluir en relación a la responsabilidad de los miembros activos, pues incluso en el supuesto de los miembros activos de una organización que no tuviera por finalidad la comisión de delitos graves, la pena de prisión a imponer –de uno a tres años–, coincide con la pena de prisión a imponer a los miembros activos de una asociación ilícita conforme al artículo 517. 2.º CP, a la que hay que añadir en el caso de los miembros activos de la organización criminal la pena de inhabilitación especial prevista en el artículo 570 quáter, que en cualquier caso es más grave que la pena de multa prevista en el supuesto de los miembros activos de una asociación ilícita.

La aplicación del criterio de alternatividad para resolver el conflicto de normas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 570 quáter CP, resulta justificada conforme a los principios de proporcionalidad y de congruencia de la pena resultante tras la resolución del concurso, ya que la preferente aplicación del criterio de especialidad frente al de alternatividad conduciría a privilegiar con una menor penalidad a aquellas agrupaciones que revistan una cierta formalidad asociativa con independencia de la gravedad de los delitos que persigan, lo que llevaría a la absurda consecuencia de que se premiaría el mayor desvalor de la conducta criminal que supone la utilización de una apariencia de legalidad que normalmente será un factor que favorece el desenvolvimiento de los fines delictivos de la organización.

B. Con los ilícitos penales cometidos por la organización o grupo criminal

No plantea dificultades el correspondiente concurso de delitos que se establece entre los delitos de organización y grupo criminal y las diferentes infracciones criminales por ellas cometidas en ejecución de su objetivo delictual, cuando en la tipificación de tales infracciones no se haya previsto específicamente un subtipo agravado por pertenencia a organización, habida cuenta que los tipos de organización y grupo criminal son autónomos respecto de los delitos para cuya comisión se constituyen, en tanto que sancionan el hecho de la articulación de una organización o grupo con fines delictivos, sin abarcar los delitos que se cometan ulteriormente por los integrantes de dichos colectivos.

En definitiva, se apreciará un concurso real de delitos entre los tipos previstos en los artículos 570 bis o 570 ter y los concretos ilícitos penales ejecutados en el seno de la organización o grupo criminal o a través de las mismas, salvo determinados supuestos en que se haya previsto un subtipo agravado por pertenencia a organización o grupo criminal como se expone en el siguiente epígrafe, y sin perjuicio, en todo caso, de que la responsabilidad del sujeto activo por los concretos delitos o faltas cometidos

en el seno de la agrupación delictiva deba sujetarse a las reglas generales de autoría y participación en el concreto hecho delictivo cometido.

C. Relación concursal entre los artículos 570 bis y 570 ter con los subtipos agravados de pertenencia a organización, asociación o grupo criminal de la parte especial del Código Penal

La pertenencia del sujeto activo a una asociación, organización, grupo criminal o agrupación transitoria para delinquir determina la previsión de subtipos agravados en relación con una serie de delitos cuya perpetración en grupos más o menos organizados es especialmente habitual, concretamente:

a) El nuevo artículo 177 bis 6 CP en relación con el delito de trata de seres humanos introducido por la reforma operada por LO 5/2010 establece una agravación por pertenencia del culpable a «una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio», previendo una penalidad aún mayor para los jefes, encargados o administradores de la organización o asociación.

b) El artículo 183.4 CP en su redacción dada por la reforma llevada a efecto por LO 5/2010, de 22 de junio, en relación con los delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, prevé una agravación cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedicaren a la realización de tales actividades.

c) Los artículos 187.4 y 188.4 CP en su redacción dada por la reforma por LO 5/2010, en relación con el delito de prostitución de menores o incapaces y el delito de determinación al ejercicio de la prostitución, cuando concurra violencia, intimidación o engaño o abuso de situación de necesidad o superioridad o vulnerabilidad de la víctima, prevén sendas agravaciones específicas en caso de que el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, dedicada a la realización de tales actividades. En el mismo sentido la agravación prevista en el artículo 189.3.e) CP para el delito de utilización de menores en espectáculos exhibicionistas o pornográficos y en la elaboración de material pornográfico.

d) El apartado 8 del artículo 197, añadido por la LO 5/2010 establece un subtipo agravado en relación con el delito de descubrimiento y revelación de secretos cuando los hechos tipificados en ese precepto se cometan en el seno de una organización o grupo criminales.

e) Los artículos 271.c) y 276.c) CP referidos a los delitos contra la propiedad intelectual e industrial prevén también un tipo especial agravado si el sujeto pertenece a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuvieran como finalidad la realización de las actividades descritas en los tipos referidos.

f) El artículo 302.1 CP prevé un subtipo agravado del delito de blanqueo de capitales por pertenencia a organización dedicada a tales fines, no incluyendo en este caso las organizaciones de carácter transitorio, distinguiendo entre la responsabilidad de los miembros y la de los «jefes, administradores o encargados» de la organización.

g) El artículo 305.1.b) CP para el tipo de defraudación a la Hacienda Pública y el artículo 307.1.b) en relación a la defraudación a la Seguridad Social, prevén una agravación en caso de existencia de una estructura organizativa que afecte o pueda afectar a una pluralidad de obligados tributarios o frente a la Seguridad Social.

h) El artículo 318 bis 4 CP en su redacción dada por LO 5/2010 respecto al delito de tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, establece una agravación para el caso de pertenencia del culpable a organización o asociación, incluso de

carácter transitorio, diferenciando la responsabilidad de los miembros y la de los jefes, administradores o encargados.

i) En relación con el delito de tráfico de drogas, el artículo 369.1 apartado 2.º CP, derogado con ocasión de la reforma del Código Penal por LO 5/2010, contemplaba una agravante específica del delito contra la salud pública por pertenencia a «una organización o asociación, incluso de carácter transitorio».

La nueva regulación contempla la agravación por pertenencia a organización delictiva en el nuevo artículo 369 bis, si bien el mismo no incluye referencia a las organizaciones de carácter transitorio ni a la expresa finalidad de la organización de difundir tales sustancias o productos aun de forma ocasional, como exigía el derogado apartado 2.º del artículo 369 CP. Se prevé asimismo una penalidad agravada para los jefes, encargados o administradores de la organización.

El artículo 370 CP establece una agravante específica cuando se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades.

Asimismo el artículo 371.2 CP prevé una agravación por pertenencia a una organización dedicada a la fabricación, transporte, distribución, comercio o posesión de los equipos y sustancias enumeradas en los cuadros I y II de la Convención de Naciones Unidas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y los que se incluyan en el mismo u otras Convenios ratificados por España como se especifica en el apartado 1 del mismo precepto. Se aplicará la pena superior en grado cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones.

En primer lugar cabe señalar que existen subtipos agravados que sólo comprenden la pertenencia a organización criminal y no a grupo criminal, de modo que no se plantea conflicto de normas, sino que se aplicará un concurso real de delitos entre el tipo básico del delito cometido y el artículo 570 ter cuando el sujeto activo del delito cometido en el seno del grupo criminal sea a su vez miembro del grupo o realice alguna otra de las conductas típicas previstas en el artículo 570 ter.

En los supuestos en que el delito específico objeto de imputación, contempla un subtipo agravado por la pertenencia o dirección de organización o grupo criminal, se produce un concurso de normas con los artículos 570 bis o 570 ter CP en los que se sanciona autónomamente dicha pertenencia o dirección de la organización o grupo, pues precisamente la agravación de la pena en el delito específico correspondiente obedece al aumento del injusto que supone la pertenencia a organización, de modo que castigar este último comportamiento de forma autónoma por la vía de los artículos 570 bis o 570 ter en concurso de delitos con el subtipo agravado específico vulneraría el principio *non bis in idem*.

Este mismo es el criterio mantenido por la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/2002, de 19 de febrero de 2002 «sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del fiscal en materia de extranjería», en cuanto al concurso entre los artículos 318 bis.5 y el artículo 515.6 (suprimido por LO 15/2003), en tanto que la solución de optar por el concurso de delitos infringiría el principio *non bis in idem* ya que se emplearía dos veces el mismo hecho para agravar la pena.

Como anteriormente se ha señalado, la ejecución de un hecho delictivo por una estructura organizada reviste una mayor gravedad porque además de posibilitar la supervivencia del proyecto delictivo con independencia de las personas que lo integran, refuerza la voluntad criminal de sus miembros, asegura la eficacia en el desempeño de sus respectivos cometidos o tareas y dificulta la respuesta de los órganos estatales de investigación en las funciones de averiguación y descubrimiento de tales hechos.

Sin embargo, el análisis de los delitos específicos que se recogen en el Libro II del Código Penal permite comprobar que algunos subtipos agravados derivados de la pertenencia a una organización o grupo criminal, o, en la dicción literal de algunos preceptos, «a asociación u organización de dos o más personas, incluso de carácter transitorio», la pena prevista es inferior a la que resultaría de aplicar un concurso de delitos entre el tipo básico correspondiente y el del artículo 570 bis CP o del artículo 570 ter CP, en su caso (delitos relativos a la prostitución y a la corrupción de menores de los artículos 187, 188 y 189, receptación y blanqueo de capitales del artículo 302. 1, por citar ejemplos), de modo que la aplicación preferente del subtipo agravado en cuanto regla especial supondría un trato más favorable respecto a la pena imponible como resultado de tal concurso en caso de no existir tipo agravado.

Al respecto, cabe también señalar que, si bien en los subtipos agravados en que uno de los dirigentes o miembros de una organización o grupo criminal participa además en la ejecución de alguno de los delitos que en el seno de la misma se cometen, el comportamiento típico comprende además del injusto de la conducta de pertenencia o dirección de la organización o grupo, el desvalor propio del delito que se haya cometido, se plantean, no obstante, algunos supuestos (como los previstos en los artículos 187.4 y 188.4, por ejemplo) en los que el dirigente de una organización criminal que además participa en la perpetración de un delito cometido en su seno tiene prevista menor pena que la correspondiente, conforme al artículo 570 bis CP, al dirigente de la organización criminal (prisión de cuatro a ocho años) aun cuando no intervenga en la comisión de delito alguno, de modo que si se castiga su actuación por el subtipo agravado se estaría privilegiando al jefe de la organización que además toma parte en la comisión de los delitos objeto de la misma.

La solución que ofrecía la citada Circular 1/2002 de la Fiscalía General del Estado a los supuestos de concursos de normas en ella analizados era la de aplicar el criterio de la especialidad como «solución paralela a la que se ofrece en casos de delitos que prevén agravaciones cuando el hecho se realiza en el seno de una organización criminal (tráfico de drogas o blanqueo de capitales, por citar ejemplos) que se reputan ley especial frente al artículo 515».

Sin embargo, la reforma por LO 5/2010 ha introducido en el artículo 570 quáter 2 *in fine* una regla expresa para solucionar el concurso de normas en este supuesto, al establecer que «en todo caso, cuando las conductas previstas en dichos artículos estuvieran comprendidas en otro precepto de este Código será de aplicación lo dispuesto en la regla 4.ª del artículo 8».

Si bien, la regla prevista en el artículo 8.4 tiene carácter subsidiario respecto del resto de los criterios establecidos en el artículo 8 para la resolución de los conflictos de normas, sin embargo, su aplicación directa ha de prevalecer por decisión del legislador expresada en el citado artículo 570 quáter 2 *in fine*, opción justificada desde el planteamiento de que el mayor desvalor del hecho determina la aplicación de la pena más grave para evitar sanciones atenuadas incongruentes por la existencia de discordancias punitivas entre los distintos tipos penales.

Teniendo en consideración que la utilización de subtipos agravados por el legislador se hace en relación con aquellos delitos que más frecuentemente se cometen en el seno de una organización, la solución de optar, en esos casos, por la norma especial, esto es, el tipo agravado, compadece mal con el tenor y finalidad de la reforma por LO 5/2010 que define de forma auténtica y que castiga autónomamente los delitos de organización y de grupo criminal, sancionando con una pena superior los primeros, y cuyo fundamento reside en la necesidad de hacer frente de forma decidida a estas organizaciones y/o grupos cuya intervención facilita la comisión de actividades ilícitas, asegura la eficacia de las mismas y favorece la impunidad de sus autores.

Por tanto, en tales supuestos, los Sres. Fiscales cuidarán de aplicar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 570 quáter CP, conforme al criterio de alternatividad, un concurso de delitos entre el artículo 570 bis o el artículo 570 ter, en su caso, y el tipo correspondiente al delito específicamente cometido con todas sus circunstancias si bien prescindiendo de la agravación específica de organización, cuando la pena así aplicada sea superior a la que prevé el subtipo agravado.

Cabe por último señalar que, sin perjuicio de que lo expuesto en la presente Circular, en relación a la aplicación del criterio de alternatividad conforme al artículo 570 quáter en los supuestos en que se plantee cuestión concursal, alcanza también a los tipos penales relativos al tráfico de drogas, las cuestiones concretas que suscitan las modificaciones introducidas por la reforma llevada a efecto por LO 5/2010 en esa materia serán objeto de tratamiento específico en otro documento.

VI. REFERENCIA A ORGANIZACIONES Y GRUPOS TERRORISTAS

La reforma del Código Penal por LO 5/2010, de 22 de junio, ha ubicado las organizaciones y grupos terroristas en la Sección 1.ª del nuevo Capítulo VII del Título XXII del Libro II, que lleva por rúbrica «de las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo», a la vez que recoge los delitos instrumentales de terrorismo en la Sección 2.ª del mencionado Capítulo VII del Título XXII, que integra los artículos 572 a 580 CP, y suprime la tipificación de las bandas armadas, organizaciones y grupos terroristas como delito de asociación ilícita (arts. 515.2 y 516 CP derogados por LO 5/2010).

El artículo 571 CP describe las conductas de dirección y pertenencia a organización o grupo terrorista en los siguientes términos:

«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 años.

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».

El terrorismo se caracteriza en nuestra legislación por requerir la presencia de dos elementos: de un lado, un elemento estructural u organizativo y de otro, un elemento teleológico, pues se precisa que las organizaciones o grupos terroristas, dotados de una articulación idónea a sus objetivos, actúen con una finalidad específica, en concreto la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública.

La reforma ha incorporado una definición de organización y grupo terrorista, remitiéndose a los conceptos generales de organización y grupo criminal tipificados en los artículos 570 bis y 570 ter CP, eliminando la antigua referencia a «banda armada», si bien tales modificaciones no afectan al concepto típico en cuanto al pro-

grama colectivo de la organización y a la definición del elemento instrumental del terrorismo.

Cabe destacar que si bien el nuevo artículo 571 CP establece una distinción conceptual entre organización y grupo, sin embargo anuda la misma consecuencia penológica para las conductas de integración y/o dirección de organización terrorista y las de integración y/o dirección de grupo terrorista, manteniendo la misma respuesta penal que ha venido dando la jurisprudencia, que venía interpretando asimismo de manera unitaria los conceptos de banda armada, organización y grupo terrorista.

La Exposición de Motivos de la LO 5/2010 explica el fundamento de la equiparación en el tratamiento punitivo de los tipos penales de organización y grupo terrorista, «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».

En materia de terrorismo, la especial gravedad de las acciones violentas cometidas tanto por organizaciones como por grupos terroristas, así como la peligrosidad para el orden democrático que tales actuaciones implican, unido a la utilización del terror como estrategia de comunicación, es justificación suficiente para que se otorgue la misma respuesta punitiva a la organización terrorista de carácter estable que al grupo terrorista de carácter temporal que se constituye puntualmente para la comisión de atentados concretos, de modo que la preparación, planificación y ejecución de los concretos atentados criminales es obra exclusiva de quienes integran el grupo o célula terrorista.

Así, frente a las organizaciones terroristas tradicionales, asentadas sobre el principio jerárquico y dotadas de una estructura mucho más piramidal, el terrorismo internacional se expande por todo el mundo a través de pequeñas células o grupos autónomos de una gran flexibilidad que se comunican, se adoctrinan, se alimentan ideológicamente e intercambian sus experiencias a través de las nuevas tecnologías, sin dependencia ni relación jerárquica alguna entre ellas más allá de una intensa vinculación ideológica.

Por otro lado, el artículo 571 CP define las conductas típicas distinguiendo dos niveles de responsabilidad penal:

- la de quienes promovieren, constituyeren, organizaran o dirigieren una organización o grupo terrorista,
- y la de quienes participaren activamente en la organización o grupo, o formaran parte de los mismos.

A diferencia de la regulación anterior (art. 516 CP derogado por LO 5/2010), la descripción de los niveles directivos se completa con las conductas de constituir y organizar, además de promover y dirigir, y la conducta de mera pertenencia se describe con mayor detalle, frente a la regulación anterior que hacía referencia genérica a los «integrantes», sin perjuicio de que sea aplicable a la nueva formulación de las conductas típicas previstas en el apartado 2 del artículo 571 CP la interpretación que ha venido sosteniendo la jurisprudencia del concepto de «integrante» o «miembro activo» de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.

Los requisitos establecidos jurisprudencialmente (STS 119/2007, de 16 de febrero, que recoge la doctrina de otras precedentes) para apreciar la pertenencia a grupo u organización terrorista son los siguientes:

- a) como sustrato primario, la existencia de un grupo o banda armada u organización terrorista, lo que a su vez, exige, la presencia de una pluralidad de personas, la

existencia de unos vínculos entre ellas y el establecimiento de relaciones de cierta jerarquía y subordinación en los supuestos de organización terrorista. Tal organización o grupo tendrá por finalidad la realización de acciones violentas contra personas y cosas, con finalidad de subvertir el orden democrático-constitucional. Su estructura generalmente será compleja, pues sus componentes pueden abarcar diversas facetas o actuaciones (informativas, ejecutivas u operativas en cualquier orden) para la consecución de sus fines, uno de cuyos aspectos será la comisión delictiva indiscriminada, con objeto de coaccionar socialmente para la imposición de sus objetivos finales.

b) Como sustrato subjetivo, tal pertenencia o integración requiere un carácter más o menos permanente, pero nunca episódico, lo que, a su vez, exige participar en sus fines, aceptar el resultado de sus actos y eventualmente realizar actos de colaboración que, por razón de su integración, se convierten en actividades que coadyuvan a la finalidad que persigue el grupo.

Asimismo, cabe destacar que, a diferencia de la descripción de las conductas típicas de la organización criminal del artículo 570 bis CP, no se recoge entre las conductas de participación activa del artículo 571 CP la de colaboración con organización o grupo terrorista, habida cuenta de que tal conducta configura el tipo específico con sustantividad propia previsto en el artículo 576 CP, sin perjuicio de recordar que el tipo de colaboración sólo resulta aplicable respecto de aquellos sujetos activos que no se consideren miembros de la organización o grupo terrorista en cuestión.

Así, a tenor de la doctrina jurisprudencial desarrollada al hilo de la distinción del delito de colaboración con el delito de integración en organización o grupo terrorista, «el integrante de banda armada –organizaciones o grupos terroristas– aparece en comunión más fuerte y nuclear con la patógena ideología que vertebraba la actividad terrorista, en una permanente renovación de la voluntad de formar parte de la empresa criminal que es la actividad terrorista, participando de sus discursos y de su actividad», sin perjuicio de la sanción que pudiera corresponder por los actos terroristas concretos que realice, mientras que por el contrario, «el delito de colaboración con banda armada –organizaciones o grupos terroristas– supone un grado claramente inferior en la medida que partiendo de una cierta adhesión ideológica, lo relevante es la puesta a disposición de la banda, de informaciones, medios económicos, transporte, en definitiva ayuda externa voluntariamente prestada por quien sin estar integrado en la banda realiza una colaboración de actividad que, en sí misma considerada, no aparece conectada con concreta actividad delictiva» (SSTS de 28 de junio de 2001, 17 de junio de 2002, 1 de octubre de 2002, 29 de mayo de 2003, 15 de julio de 2004 y 6 de mayo de 2007), de manera que si los actos de colaboración estuvieran relacionados, causalmente, con un hecho delictivo concreto se integraría en una de las formas de participación en tal delito como autor o cómplice, y no en el de colaboración.

VII. REGLAS DE PUNIBILIDAD Y PERSEGUIBILIDAD

El artículo 570 quáter 1, introducido por LO 5/2010 y modificado por la disposición final segunda de la LO 3/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, establece que «los jueces o tribunales, en los supuestos previstos en este Capítulo y el siguiente, acordarán la disolución de la organización o grupo y, en su caso, cualquier otra de las consecuencias de los artículos 33.7 y 129 de este Código».

El artículo 33.7 CP regula las consecuencias penológicas aplicables a las personas jurídicas que incurran en responsabilidad penal, estableciendo que:

«Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen toda la consideración de graves, son las siguientes:

- a) Multas 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 (...).

El artículo 33.7 *in fine* establece asimismo la posibilidad de que el Juez Instructor acuerde como medida cautelar durante la instrucción de la causa la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial.

Son aplicables también las consecuencias accesorias previstas en el artículo 129 CP en caso de organizaciones o grupos que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis CP, y en virtud del cual podrá imponerse motivadamente a dichas organizaciones o grupos «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».

Debe tenerse en consideración que tras la modificación operada en el apartado 1 del artículo 570 quáter CP por la disposición final segunda de la LO 3/2011, las consecuencias punitivas previstas en el mismo son aplicables también a las organizaciones y grupos terroristas y a los delitos de terrorismo regulados en el Capítulo VII del Título XXII del Código Penal.

Por su parte, el apartado 2 del artículo 570 quáter establece la obligación de imponer «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», ponderando en su determinación la gravedad del delito, el número de los cometidos y las circunstancias que concurren en el delincuente.

El apartado 3 del artículo 570 quáter introduce el principio de extraterritorialidad, bajo el presupuesto de comisión de un hecho típico en territorio español, al establecer que «las disposiciones de este Capítulo serán aplicables a toda organización o grupo criminal que lleve a cabo cualquier acto penalmente relevante en España, aunque se hayan constituido, estén asentados o desarrollen su actividad en el extranjero».

Este precepto, que incorpora una norma de validez espacial de la legislación penal española, obedece a las prescripciones del artículo 7 de la Decisión Marco 2008/841/JAI, que prevé en su apartado 1, como uno de los criterios en orden a delimitar la competencia de uno u otro Estado, que «todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para establecer su competencia respecto de los delitos a que se refiere el artículo 2 cometidos: a) total o parcialmente en su territorio, independientemente del lugar en que la organización delictiva tenga su base o ejerza sus actividades delictivas».

La concurrencia de competencia de más de un Estado miembro de la Unión podrá solventarse a través de Eurojust, o de cualquier otro órgano o mecanismo creado en el marco de la Unión Europea para facilitar la cooperación entre sus autoridades judiciales y la coordinación de sus actuaciones, entre los que cabe mencionar la Decisión Marco 2009/948/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales, y teniendo especialmente en cuenta los elementos que, en orden a resolver dicha situación, enuncia el artículo 7.2 de la Decisión Marco 2008/841/JAI.

VIII. SUBTIPO ATENUADO: EL TIPO PRIVILEGIADO DE COLABORACIÓN

El apartado 4 del artículo 570 quáter CP establece un tipo privilegiado de colaboración con la justicia al prever que «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».

Así, la apreciación del tipo privilegiado exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

- a) abandono voluntario de las actividades delictivas,
- b) colaboración activa con las autoridades con la finalidad de obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, o de impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o grupos a que haya pertenecido, o de evitar la perpetración de un delito que se tratara de cometer en el seno o a través de dichas organizaciones o grupos.

Se trata de una medida ya utilizada en el Código Penal en relación a otras figuras delictivas (art. 376 párrafo 1.º en relación con los delitos contra la salud pública y art. 579.3 en relación con los delitos de terrorismo) que se dirige a propiciar la conducta del colaborador mediante una atenuación de la pena, para favorecer la investigación y desarticulación de organizaciones o grupos delictivos. Razones de política criminal, pues, concretadas en la necesidad de restauración del orden jurídico perturbado a través de conductas que posibiliten remediar las consecuencias del delito y facilitar su persecución judicial, justifican la introducción de este tipo privilegiado.

Según la doctrina jurisprudencial, el abandono voluntario de las actividades y la colaboración activa con la autoridad son conductas que deben darse conjuntamente para que pueda aplicarse la atenuación (STS 24 de junio de 2004 y 13 de julio

de 2005, entre otras muchas) resultando de aplicación las circunstancias genéricas de atenuación cuando no concurra alguna de las dos acciones.

Cabe recordar y reiterar aquí los criterios expuestos en la Circular 2/2005 respecto al tipo privilegiado de colaboración previsto en el artículo 376 CP, por ser plenamente aplicables al subtipo atenuado regulado en el artículo 570 quáter 4 CP.

IX. REFERENCIA AL COMISO AMPLIADO EN RELACIÓN CON LOS DELITOS COMETIDOS EN EL MARCO DE UNA ORGANIZACIÓN O GRUPO CRIMINAL O TERRORISTA

La LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, ha completado la regulación existente del comiso y modificado el artículo 127 CP, siguiendo las directrices de la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo de 24 de febrero de 2005, «relativa al comiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito», con la finalidad de establecer «normas comunes relativas al seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los productos del delito», que constituye un «objetivo prioritario para conseguir una eficaz lucha contra la delincuencia organizada».

Así, el legislador, ha realizado la transposición de la mencionada Decisión Marco 2005/212/JAI y ha incorporado a nuestro ordenamiento jurídico el denominado comiso ampliado, «encomendando a los jueces y tribunales acordarlo respecto de aquellos efectos, bienes, instrumentos y ganancia 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» como señala la Exposición de Motivos de la LO 5/2010.

A tal fin, la LO 5/2010 de reforma del Código Penal ha introducido un segundo párrafo en el apartado 1 del artículo 127, que dispone lo siguiente:

«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».

Para facilitar la aplicación del comiso ampliado se establece, pues, la presunción *iuris tantum* de considerar que proceden de actividades delictivas aquellos patrimonios individuales cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos legales de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal o terrorista, de modo que, como señala la Circular 4/2010 de la Fiscalía General del Estado, «sobre las funciones del fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal», no será necesaria la prueba de la vinculación concreta de los bienes cuyo comiso se decreta con el hecho ilícito determinado que la sentencia declara probado, pero sí será necesario probar que el sujeto viene realizando actividades ilícitas en el marco de una organización o grupo criminal y que el valor de los bienes incautados resulta desproporcionado en relación con los ingresos que haya podido obtener legalmente la persona enjuiciada.

Como señalábamos antes, esta materia ha sido objeto de tratamiento específico en la Circular 4/2010, a cuyo contenido y prescripciones nos remitimos, recordando a los Sres. Fiscales que en los procedimientos relativos a delincuencia organizada, delitos cometidos en el seno de una organización o grupo terrorista y delitos de terrorismo, durante la fase de instrucción, deberán solicitar que los correspondientes organismos oficiales y la policía judicial emitan informe sobre la totalidad del patrimonio de los imputados, así como que se practiquen las valoraciones periciales correspondientes en los supuestos en que se deduzcan indicios de desproporción en relación con los ingresos legales de aquellos, funciones que podrán ser encomendadas a las Oficinas de Recuperación de Activos previstas en el artículo 367 septies de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Asimismo, cabe recordar que en las peticiones relativas al comiso ampliado que los Sres. Fiscales formulen en sus escritos de acusación o calificación, deberán identificar los bienes a decomisar, así como la titularidad de los mismos o, en su caso, expresar las circunstancias por las que ésta se entiende ficticia.

X. CONCLUSIONES

Primera. La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal ha introducido un nuevo Capítulo VI en el Título XXII del Libro II, que comprende los artículos 570 bis, 570 ter y 570 quáter, que tipifican de forma autónoma las figuras delictivas de organización y grupo criminal y que responde a la necesidad de articular un instrumento normativo con el propósito de combatir adecuadamente las distintas manifestaciones del complejo fenómeno de la criminalidad organizada, no sólo en lo que se refiere a la delincuencia organizada transnacional, sino también en relación con la pequeña criminalidad organizada de ámbito territorial más limitado y cuyo objetivo es la comisión de delitos menores.

Segunda. Con el objeto de diferenciar las grandes organizaciones criminales de aquellas otras sustentadas en una estructura organizativa relativamente simple, los Sres. Fiscales cuidarán de valorar el alcance y/o intensidad de los elementos definidores del tipo del artículo 570 bis y de cualesquiera otros que se detecten para graduar la pena a imponer en función de las circunstancias concurrentes, de manera que la mayor peligrosidad de una organización criminal evidenciada en una estructura considerablemente compleja, una mayor profesionalidad, una implantación geográfica extensa o su carácter transnacional, se corresponda con la aplicación de las sanciones penales más graves, pues el incremento punitivo viene justificado en tales casos por el mayor contenido del injusto.

Tercera. El apartado segundo del artículo 570 bis recoge una serie de subtipos agravados, que conllevan la imposición de la pena prevista en el apartado primero en su mitad superior, siendo de aplicación la pena superior en grado cuando concurren dos o más de ellas, estableciendo el apartado tercero un escalón punitivo superior, en función de la naturaleza y gravedad de los delitos planificados, al determinar la imposición en su mitad superior de las penas previstas en el apartado primero o en los tipos cualificados del apartado segundo cuando concurren.

La posibilidad de que la organización criminal oriente su actividad ilícita hacia la comisión de delitos de variada índole se resolverá por los Sres. Fiscales mediante la apreciación de la modalidad cualificada y, en consecuencia, la aplicación de la penalidad más grave cuando los Sres. Fiscales constaten que la finalidad primordial de la

organización es ésta y que la actuación delictiva concreta que atrae la agravación no se ha cometido esporádicamente o de forma ocasional.

Cuarta. El artículo 570 ter define el grupo criminal como una figura de carácter residual frente al de organización criminal, que si bien coincide con la organización en el sentido de conformarse por la unión de más de dos personas y tener por finalidad la perpetración concertada de delitos o reiterada de faltas, se construye sobre las notas negativas de no concurrencia de alguna o algunas de las características de la organización criminal, concretamente el carácter estable o la estructura organizativa con reparto coordinado de tareas o funciones, ateniéndose los Sres. Fiscales a los criterios interpretativos que del concepto de grupo criminal ofrece esta Circular

Quinta. A diferencia del artículo 570 bis, el artículo 570 ter CP distingue la respuesta punitiva a partir exclusivamente de la naturaleza y gravedad de las infracciones criminales que el grupo pretenda cometer. No obstante, dicho precepto sigue el criterio del artículo 570 bis al establecer una penalidad superior para los tipos cualificados, previendo el apartado segundo la aplicación de las penas del apartado primero en su mitad superior, o las penas superiores en grado cuando concurren dos o más de tales circunstancias. Cuando la finalidad del grupo criminal sea la de cometer delitos de variada índole, los Sres. Fiscales, valorando las circunstancias concurrentes, tomarán en consideración el más grave de ellos conforme al orden establecido en el precepto para determinar la disposición a aplicar a los sujetos activos, valorando que la finalidad primordial del grupo sea la de cometer ese tipo de delitos y no que dicha actuación ilícita se haya realizado de forma esporádica o circunstancial.

Sexta. Teniendo en cuenta el carácter clandestino propio de la actuación de los grupos y organizaciones criminales y las dificultades probatorias de su existencia, que frecuentemente se limitará a la concurrencia de prueba indiciaria, los Sres. Fiscales valorarán en orden a determinar la existencia de una organización o grupo criminal frente a otras formas de codeinuencia, siguiendo los criterios interpretativos ofrecidos en la presente Circular, la concurrencia de circunstancias que revelen la voluntad de continuidad en otras actividades criminales de la misma clase, que ordinariamente se pondrá de manifiesto por el *modus operandi* y los medios comisivos utilizados para delinquir, y de los que a su vez se desprenda la existencia de una planificación o coordinación con un cierto reparto de papeles que favorezca la eficacia de su actividad criminal, su capacidad ofensiva y la impunidad de sus miembros.

Séptima. La coexistencia del delito de asociación ilícita con el delito de organización criminal puede plantear un conflicto de normas cuando el supuesto examinado pueda ser calificado simultáneamente conforme a lo previsto en los artículos 515.1 y 570 bis CP, esto es, en el supuesto de asociaciones ilícitas cuyo objeto exclusivo y finalidad directa sea la comisión de ilícitos penales. En este supuesto, los Sres. Fiscales aplicarán el criterio de alternatividad previsto en el artículo 8.4 CP, de conformidad con lo establecido en el artículo 570 quáter CP, de modo que deberán aplicar el tipo con pena más grave, esto es, el artículo 570 bis.

Octava. Siendo los tipos de organización y grupo criminal autónomos respecto de los delitos para cuya comisión se constituyen, se apreciará por los Sres. Fiscales la existencia de un concurso real de delitos entre los tipos previstos en los artículos 570 bis o 570 ter y los concretos ilícitos penales ejecutados en el seno de la organización o grupo criminal o a través de las mismas, sin perjuicio, en todo caso, de que la responsabilidad del sujeto activo por los concretos delitos o faltas cometidos en el seno de la agrupación delictiva deba sujetarse a las reglas generales de autoría y participación en el concreto hecho delictivo cometido, y salvo en determinados supuestos en que se haya previsto un subtipo agravado por pertenencia a organización o grupo criminal como se expone en la presente Circular.

Novena. La pertenencia del sujeto activo a una organización y/o grupo criminal es objeto de subtipos agravados en relación con una serie de delitos cuya perpetración en grupos más o menos organizados es especialmente habitual. En tales supuestos se produce un concurso de normas con el delito de pertenencia o dirección de organización o grupo criminal previstos en los artículos 570 bis y 570 ter, pues precisamente la agravación de la pena en el delito específico correspondiente obedece al aumento del injusto que supone la pertenencia a una organización o grupo criminal, cuya existencia facilita la comisión de actividades ilícitas, asegura la eficacia de las mismas y favorece la impunidad de sus autores.

Para resolver el conflicto, sin vulnerar el principio *non bis in idem*, los Sres. Fiscales cuidarán de aplicar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 570 quáter CP, conforme al criterio de alternatividad, un concurso de delitos entre el artículo 570 bis o el artículo 570 ter, en su caso, y el tipo correspondiente al delito específicamente cometido con todas sus circunstancias si bien prescindiendo de la agravación específica de organización, cuando la pena así aplicada sea superior a la que prevé el subtipo agravado.

Décima. La reforma por LO 5/2010, de 22 de junio, ha ubicado las organizaciones y grupos terroristas en la Sección 1.^a del nuevo Capítulo VII del Título XXII del Libro II, que lleva por rúbrica «de las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo», a la vez que recoge los delitos instrumentales de terrorismo en la Sección 2.^a que integra los artículos 572 a 580 CP. Si bien el nuevo artículo 571 CP establece una distinción conceptual entre organización y grupo, y elimina la referencia a «banda armada», sin embargo anuda la misma consecuencia penológica para las conductas de integración y/o dirección de organización terrorista y las de integración y/o dirección de grupo terrorista, manteniendo la misma respuesta penal que ha venido dando la jurisprudencia, que venía interpretando asimismo de manera unitaria los conceptos de banda armada, organización y grupo terrorista.

CIRCULAR 3/2011, SOBRE LA REFORMA DEL CODIGO PENAL EFECTUADA POR LA LEY ORGÁNICA 5/2010, DE 22 DE JUNIO, EN RELACIÓN CON LOS DELITOS DE TRÁFICO ILEGAL DE DROGAS Y DE PRECURSORES

SUMARIO: 1. Los nuevos criterios punitivos en los delitos de tráfico ilegal de drogas: 1.1 Tipo básico del artículo 368 del Código Penal. 1.2 Las circunstancias atenuantes reguladas en el párrafo segundo del artículo 368 del Código Penal.— 2. La nueva regulación de los subtipos agravados del artículo 369 del Código Penal: 2.1 La incidencia de la modificación de las penas del tipo básico en los subtipos agravados. 2.2 Modificaciones en el artículo 369 del Código Penal. 2.3 La supresión de la agravante de contrabando.—3. La agravante de pertenencia a una organización dedicada al tráfico de drogas regulada en el artículo 369 bis del Código Penal: 3.1 Delimitación conceptual de organización delictiva, grupo criminal y otros supuestos de codelinencia. 3.2 Relación concursal de los subtipos agravados de los artículos 368, 369, 369 bis y 370 del Código Penal. 3.3 Relación concursal del subtipo agravado de pertenencia a una organización del artículo 369 bis y del artículo 570 bis del Código Penal. 3.4 El delito de tráfico ilegal de drogas ejecutado a través de un grupo criminal.—4. La responsabilidad penal de las perso-

nas jurídicas en los delitos de tráfico de drogas.–5. Modificaciones de las circunstancias de especial agravación previstas en el artículo 370 del Código Penal: 5.1 Utilización de menores de 18 años o de disminuidos psíquicos. 5.2 Penalidad de los jefes, administradores o encargados de organizaciones no dedicadas al tráfico de drogas. 5.3 Tráfico de drogas con cantidades de extrema gravedad. 5.4 Concurrencia de tres o más de las circunstancias previstas en el artículo 369.1 del Código Penal. 5.5 El tráfico de drogas mediante la simulación de operaciones de comercio internacional entre empresas. 5.6 La utilización de buques, embarcaciones o aeronaves en el transporte ilícito de drogas y el concurso con la agravación prevista en los artículos 570 bis 2.c) y 570 ter 2.c) del Código Penal cuando la organización o el grupo, respectivamente, disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte. 5.7 Especial referencia a la circunstancias de extrema gravedad de realizar el delito de tráfico de drogas a través de redes internacionales.–6. La incidencia de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en el delito de tráfico de precursores. Conclusiones.

1. LOS NUEVOS CRITERIOS PUNITIVOS EN LOS DELITOS DE TRÁFICO ILEGAL DE DROGAS

La reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, ha incidido en el Capítulo III, Título XVII del Libro II, en el que se tipifican los delitos contra la salud pública, determinando un reajuste en las penas establecidas para los delitos relativos al tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

En la Exposición de Motivos de la citada Ley Orgánica se indica que dicha reforma se realiza, por un lado, 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, y por otra parte, acogiendo la previsión contenida en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda 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 Código Penal.

Entre las modificaciones efectuadas por la Ley Orgánica 5/2010 también se encuentra una innovadora regulación en el artículo 369 bis CP del delito de tráfico de drogas realizado por quienes pertenezcan a una organización delictiva, así como la incorporación del Capítulo VI al Título XXII del Libro II, dedicado a las organizaciones y grupos criminales. Ambas novedades legales generan importantes cuestiones jurídicas de carácter concursal derivadas de la posibilidad de que una conducta de tráfico de drogas realizada perteneciendo a una organización criminal pueda incurrir en tipos penales regulados en diversas normas.

Además, la complejidad de las expresadas situaciones concursales se agudiza en estos delitos relativos al tráfico de drogas por la amplia descripción de las conductas típicas que los configuran, así como por la diversificación penológica derivada de la nocividad de las sustancias, del grado de participación en las organizaciones delictivas y del numeroso elenco de subtipos agravados.

Con el objeto de unificar las pautas de actuación de los Sres. Fiscales en el ejercicio de las funciones que tienen encomendadas en el proceso de individualización de las penas, la presente Circular presenta diversas tablas, a través de las cuales se pre-

tende resolver los expresados concursos normativos mediante la concreción de las penas legalmente procedentes en cada uno de los numerosos supuestos que pueden presentarse, además de facilitar la labor en la determinación de las penas aplicables.

1.1 Tipo básico del artículo 368 del Código Penal

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, ha dado la siguiente redacción al artículo 368 CP:

«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 triplo 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 concurre alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370».

Dos son las modificaciones que dicha Ley Orgánica ha operado en el artículo 368 CP: la primera, afecta a las penas privativas de libertad establecidas cuando el objeto material del delito son drogas que causan grave daño a la salud; y la segunda, consistente en la previsión de la posibilidad de atenuación de las penas establecidas en dicho artículo en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable.

Por lo que se refiere a la penalidad, se ha reducido considerablemente el límite máximo de la pena de prisión establecida en el artículo 368 CP cuando las conductas tipificadas en el mismo se realicen con sustancias o productos causantes de grave daño a la salud, estableciendo la pena privativa de libertad de prisión de tres a seis años, cuando en la regulación anterior estaban castigadas con la pena de prisión de tres a nueve años.

Aunque en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010 no se hace ninguna indicación sobre el fundamento de tal modificación, en el Proyecto de la misma se indicaba que respondía a que el límite de nueve años de prisión ha acreditado su excesiva rigidez para una adecuada individualización judicial, como de forma reiterada ha puesto de manifiesto la práctica jurisdiccional, dando lugar incluso a un elevado número de indultos a propuesta o con informe favorable del Tribunal sentenciador y del Ministerio Fiscal.

Sin embargo, no se han modificado las penas de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo del valor de la droga objeto del delito, cuando éste se realiza con sustancias que no causan grave daño a la salud, y tampoco ha variado la pena de multa del tanto al triplo cuando el mismo se ejecuta con sustancias que causan grave daño a la salud.

1.2 Las circunstancias atenuantes reguladas en el párrafo segundo del artículo 368 del Código Penal

La Ley Orgánica 5/2010 ha introducido un nuevo párrafo en el artículo 368 CP que otorga a los Tribunales la facultad de imponer la pena inferior en grado a las seña-

ladas en el párrafo primero del mismo, en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. Discrecionalidad que no será aplicable cuando concurren las circunstancias agravantes de los artículos 369 bis y 370.

En el Proyecto de dicha Ley Orgánica se incluía la expresión «excepcionalmente», y limitaba la aplicación de esta reducción de pena a los supuestos del artículo 368 CP, excluyendo expresamente tanto el artículo 369 CP como los artículos 369 bis y 370 CP. Durante la tramitación parlamentaria de dicho Proyecto, se aceptó la enmienda núm. 462 del Grupo Parlamentario Socialista, que estaba planteada en base al Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2005 y proponía la supresión de la referencia al artículo 369 CP a fin de potenciar las posibilidades de arbitrio judicial. Además, con carácter transaccional, también se excluyó el término «excepcionalmente», quedando aprobado el texto en los términos transcritos *ut supra*.

En relación con concurrencia de la expresada atenuación con alguna de las agravaciones establecida en el artículo 369 CP, hay que significar que la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 2/2005 realizó un análisis sobre cada una de dichas agravaciones, cuyos criterios se mantienen; por lo que en este momento únicamente es preciso añadir que, en principio, es factible la aplicación de la atenuación prevista en el párrafo segundo del artículo 368 CP, tanto respecto del tipo básico regulado en el párrafo primero del artículo 368 CP, como cuando concorra alguno de los subtipos agravados del artículo 369 CP. No obstante, es conveniente advertir que en determinados supuestos concretos puede resultar incompatible la apreciación de la atenuación y de alguno o alguno de los subtipos agravados en virtud de los elementos que configuran tales circunstancias, pero dadas las innumerables situaciones que pueden presentarse, no es posible establecer pautas de actuación más allá de indicar a los Sres. Fiscales que deberán estudiar pormenorizadamente cada una de dichas posibilidades y actuar con prudencia en la aplicación de dicha minoración de la pena, procurando evitar que la apreciación de la atenuación se convierta en un mecanismo para realizar calificaciones de conformidad sin el suficiente soporte fáctico.

Aunque dicho precepto establece una amplia discrecionalidad judicial, no hay que olvidar que la misma está sometida a revisión vía recurso de apelación o de casación y, por tanto, los Sres. Fiscales deberán vigilar que la apreciación por los Tribunales de dicha atenuación y la consiguiente minoración de la pena, se encuentre fundamentada en datos fácticos acreditados (STS 268/2011, de 1 de abril) respecto de la concurrencia de los presupuestos relativos a una menor antijuridicidad –la escasa entidad del hecho– y una menor culpabilidad –las circunstancias personales del culpable–, debiendo formular el recurso que corresponda en los casos en que las resoluciones judiciales carezcan de la motivación suficiente.

La redacción de este nuevo segundo párrafo del artículo 368 CP plantea la cuestión relativa a la necesidad de la concurrencia de una sola o de ambas circunstancias –objetiva, de la escasa entidad del hecho, y subjetiva, referida al culpable– para la apreciación de la expresada atenuación.

La interpretación gramatical del precepto conduce a estimar el criterio acumulativo de ambos presupuestos, toda vez que en el texto legal están unidos por la conjunción copulativa «y», argumento al que hay que añadir la *ratio legis* por la que se introduce la atenuación está referida a supuestos de menor entidad en los que concurren ambas circunstancias. En su virtud, los Sres. Fiscales únicamente instarán la apreciación de la atenuante contenida en el párrafo segundo del artículo 368 cuando en el procedimiento concreto resulte acreditada la concurrencia conjunta de los dos requisitos legales: la escasa entidad del hecho y las circunstancias personales del cul-

pable. No obstante, la apreciación conjunta de ambas circunstancias –menor culpabilidad y menor antijuridicidad– puede ponderarse en el sentido expresado en la STS 764/2011, de 19 de julio, en aquellos casos en los que concurriendo claramente una de ellas, la otra, sin ser negativa, resulte simplemente neutra.

Las penas procedentes, en el caso de apreciarse la reducción derivada de la aplicación de la indicada atenuación, serán de prisión de seis meses a once meses y veintinueve días, en el caso de que el delito se refiera a sustancias o productos que no causan grave daño a la salud, y de un año y seis meses a dos años, once meses y veintinueve días si las sustancias o productos objeto del delito son causantes de grave daño a la salud, y en ambos casos multa de la mitad del tanto al tanto del valor de la sustancia o producto.

En todo caso hay que dejar señalado que la apreciación de la expresada atenuación y, por tanto, la imposición de la pena inferior en grado conforme a las reglas contenidas en el artículo 70.1.2 CP, en los supuestos en los que concurra alguna circunstancia del artículo 369 CP, se efectuará a partir de la pena que corresponda tras la aplicación del tipo agravado; y que cuando concurren tres o más de las circunstancias del artículo 369 CP, no procederá la atenuación en ningún caso, porque los hechos revestirán extrema gravedad, y, en consecuencia, se incardinarán en el artículo 370, cuya aplicación excluye expresamente esta atenuación.

2. LA NUEVA REGULACIÓN DE LOS SUBTIPOS AGRAVADOS DEL ARTÍCULO 369 DEL CÓDIGO PENAL

2.1 **La incidencia de la modificación de las penas del tipo básico en los subtipos agravados**

La significativa reducción de la pena prevista en el nuevo artículo 368 CP para los delitos cometidos con sustancias que causan grave daño a la salud, también tiene incidencia en los supuestos agravados del artículo 369 CP, por cuanto en el mismo se establecen penas privativas de libertad superiores en grado a las previstas en el artículo anterior. Al respecto la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010 expresa que de acuerdo con los criterios punitivos marcados por dicha norma armonizadora [Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004], 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.

Las penas privativas de libertad superiores en grado resultantes de la aplicación de alguna de las cualificaciones previstas en el artículo 369 CP serán de prisión de tres años y un día a cuatro años y seis meses cuando el delito esté referido a sustancias que no causan grave daño a la salud, y de prisión de seis años y un día a nueve años cuando el delito se refiera a sustancias que causan grave daño a la salud. En ambos supuestos se impondrá la multa del tanto al cuádruplo de valor de la droga objeto del delito.

CUADRO PENOLÓGICO DEL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS (I)
ARTS. 368 Y 369

ARTÍCULO	NOCIVIDAD SUSTANCIA	PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA	MULTA
368 pfo. 1º TIPO BÁSICO	GRAVE DAÑO	03.00.00 06.00.00	06.00.00	TANTO AL TRIPLO
	NO GRAVE DAÑO	01.00.00 03.00.00	03.00.00	TANTO AL DUPLO
368 pfo 2º TIPO BÁSICO -ATENUADO-	GRAVE DAÑO	01.06.00 02.11.29	02.11.29	½ DEL TANTO AL TANTO
	NO GRAVE DAÑO	00.06.00 00.11.29	00.11.29	½ DEL TANTO AL TANTO
369 TIPOS AGRAVADOS	GRAVE DAÑO	06.00.01 09.00.00	09.00.00	TANTO AL CUÁDRUPLO
	NO GRAVE DAÑO	03.00.01 04.06.00	04.06.00	TANTO AL CUÁDRUPLO
369 TIPOS AGRAVADOS CON ATENUACIÓN art. 368 pfo. 2º	GRAVE DAÑO	03.00.01 06.00.00	06.00.00	½ DEL TANTO AL TANTO
	NO GRAVE DAÑO	01.06.01 03.00.00	03.00.00	½ DEL TANTO AL TANTO

2.2 Modificaciones en el artículo 369 del Código Penal

Además de la expresada incidencia en las penas del artículo 369 CP como consecuencia de la modificación de las establecidas en el artículo 368 CP, la Ley Orgánica 5/2010 también ha efectuado reformas directas en el artículo 369 CP, que se concretan, por un lado, en la supresión de las circunstancias agravantes núms. 2.^a y 10.^a del apartado 1, relativas a la pertenencia del culpable a una organización o asociación dedicada a la difusión de drogas y a los supuestos de contrabando, respectivamente; y de otro lado, en la derogación del apartado 2.º del artículo 369 CP que estaba referido a la responsabilidad de las organizaciones, asociaciones o personas titulares de los establecimientos donde se cometa el delito. Aunque es de significar que tales derogaciones, con la salvedad de la relativa a los supuestos de contrabando, han ido acompañadas de una nueva regulación de dichas cuestiones en el artículo 369 bis CP, que se analiza *ut infra*.

En lo que atañe al resto de las circunstancias previstas en el apartado 1.º del artículo 369 CP se mantienen con idéntico contenido tras la reforma, por lo que únicamente se han visto afectadas por la modificación del ordinal asignado a las mismas, que a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, se enumeran del 1 al 8. Por tanto, en relación con la interpretación y alcance de las mismas, se mantienen los criterios expresados en la Circular núm. 2/2005 de la Fiscalía General del Estado.

2.3 La supresión de la agravante de contrabando

La agravante que se contenía en el derogado núm. 10 del artículo 369, referida a los supuestos en los que el culpable introdujera o sacara ilegalmente las referidas sustancias o productos del territorio nacional o favoreciese la realización de tales conductas, fue incorporada al Código Penal mediante Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Esta modificación no fue ajena al cambio de criterio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que tradicionalmente había considerado que cuando la interceptación de la droga se producía en zonas fronterizas, se trataba de concurso ideal entre un delito contra la salud pública con otro de contrabando. Sin embargo, a partir de la STS 1088/1997, de 1 de diciembre, acorde con la tesis fijada en el Pleno de la Sala Segunda de 24 de noviembre de 1997, se asentó en la doctrina del Alto Tribunal la consideración (STS 141/1998, de 6 de febrero) de que la concurrencia del tráfico de drogas con la introducción o exportación ilegal de tales sustancias daba lugar a un concurso de normas a resolver conforme al artículo 8.3.º CP.

Según dicha doctrina el delito tipificado en los artículos 368 y 369 CP absorbe todo el desvalor de la conducta, es decir, alcanza toda la ilicitud del hecho, tanto la puesta en peligro de la salud pública como la lesión al interés fiscal defraudado, desde el planteamiento de que en ningún caso podrá satisfacerse pago alguno al Estado, dada la naturaleza de la sustancia objeto del delito, por lo que el plus de antijuridicidad que supone la introducción de la droga desde el exterior del territorio nacional ya ha sido incluido por el legislador en la sanción prevista en el artículo 368 CP.

A través de la última reforma, el legislador ha decidido suprimir dicha agravación, sin referencia alguna a esta modificación en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, y, posteriormente, mediante Ley Orgánica 6/2011, de 30 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando, mantiene en el artículo 2.3 que se comete delito de contrabando (...) cuando el objeto (...) sean drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas (...). Por tanto, ha de entenderse que recobra plena vigencia la expresada doctrina jurisprudencial que aprecia la absorción del delito de contrabando por el de tráfico de droga al existir un concurso de normas a resolver conforme la regla 3.ª del artículo 8 CP.

3. LA AGRAVANTE DE PERTENENCIA A UNA ORGANIZACIÓN DEDICADA AL TRÁFICO DE DROGAS REGULADA EN EL ARTÍCULO 369 BIS DEL CÓDIGO PENAL

La especial incidencia de la criminalidad organizada en el ámbito de los delitos de tráfico de drogas ya determinó una agravación específica en la redacción del artículo 344 bis a) 6.º del Código Penal TR de 1973, introducida por Ley Orgánica 1/1988, que se producía cuando el culpable perteneciere a una organización, incluso de carácter transitorio, que tuviere como finalidad difundir tales sustancias o productos aun de modo ocasional. Esta agravación, con el añadido de pertenencia a una asociación, pasó a configurar el subtipo agravado núm. 6 del artículo 369 en el texto original del Código Penal regulado por Ley Orgánica 10/1995, de 25 de noviembre; el cual, en idénticos términos, fue trasladado al núm. 2 del mismo artículo 369.1 por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

La supresión de dicha agravante núm. 2.^a del artículo 369 CP que ahora efectúa la Ley Orgánica 5/2010, no implica que la pertenencia a una organización delictiva haya dejado de tener entidad para agravar el delito, sino que esta circunstancia recibe una nueva regulación individualizada configurándose como subtipo agravado en el nuevo artículo 369 bis CP, en cuyo primer párrafo se establece que cuando los hechos descritos en el artículo 368 se hayan realizado por quienes pertenecieran a una organización delictiva, se impondrán las penas de prisión de nueve a doce años y multa del tanto al cuádruplo 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.

Además, en el segundo párrafo del nuevo artículo 369 bis CP se imponen las penas superiores en grado a las antedichas, a los jefes, encargados o administradores de la organización.

CUADRO PENOLÓGICO DEL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS (II)
ART. 369 BIS

ARTÍCULO	NOCIVIDAD SUSTANCIA	PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA	MULTA
ORGANIZACIÓN CRIMINAL	GRAVE DAÑO	09.00.00 12.00.00	12.00.00	TANTO AL CUÁDRUPLO
369 bis pfo 1 ^o -participe-	NO GRAVE DAÑO	04.06.00 10.00.00	10.00.00	TANTO AL CUÁDRUPLO
ORGANIZACIÓN CRIMINAL	GRAVE DAÑO	12.00.01 18.00.00	18.00.00	CUÁDRUPLO AL SÉXTUPLO
369 bis pfo 2 ^o -jefes, encargados o administradores-	NO GRAVE DAÑO	10.00.01 15.00.00	15.00.00	CUÁDRUPLO AL SÉXTUPLO

3.1 Delimitación conceptual de organización delictiva, grupo criminal y otros supuestos de codelincuencia

También es de significar que tras la derogación del citado artículo 369.1.2.^a CP, la nueva regulación de la agravación por pertenencia a organización delictiva en el nuevo artículo 369 bis CP, no ha sido trasladada en los mismos términos que estaba redactada en el subtipo derogado, toda vez que en el nuevo texto legal no se hace referencia a las organizaciones de carácter transitorio, ni a la expresa finalidad de la organización de difundir las sustancias o productos aun de forma ocasional, como se expresaban en la agravación de la regulación anterior.

En realidad, dicha supresión de los términos «transitorio» y «ocasional» como caracteres de la organización criminal es concordante con una de las novedades más importantes introducidas por la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, consistente en la creación de un nuevo Capítulo VI en el Título XXII del Libro II, que bajo la rúbrica «De las organizaciones y grupos crimina-

les», establece un concepto de organización criminal en el artículo 570 bis CP, definiéndola como la agrupación formada por dos o más 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.

Es decir, en lo sustancial, a través de la Ley Orgánica 5/2010 se ha venido a plasmar legalmente el concepto de organización criminal que, precisamente en relación con los delitos de tráfico de drogas, había sido objeto de una consolidada y reiterada doctrina jurisprudencial, que exigía para su apreciación la concurrencia de una serie de requisitos, resumidos en la STS 65/2006, de 2 de febrero, que, con cita de otras anteriores –759/2003, de 23 mayo; 797/1995, de 24 de junio; 1867/2002, de 7 de noviembre; 867/1996, de 12 de noviembre– señalaba que la mera delincuencia se supera cuando se aprecia, además de la pluralidad de personas, la existencia de una estructura jerárquica, más o menos formalizada, más o menos rígida, con una cierta estabilidad, que se manifiesta en la capacidad de dirección a distancia de las operaciones delictivas por quienes asumen la jefatura (...).

Por otro lado, la Ley Orgánica 5/2010 ha introducido el concepto de grupo criminal, definiéndolo en el artículo 570 ter 1 *in fine* CP como 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.

Dada la diversidad conceptual que la vigente regulación atribuye a las posibles conductas delictivas concertadas por varios sujetos, la adecuada interpretación de los correspondientes tipos penales requiere la delimitación del alcance que el vigente Código Penal atribuye a los supuestos de codelincuencia, grupo organizado y organización criminal.

Los requisitos establecidos en el nuevo concepto de organización criminal, plasmados en el artículo 570 bis –pluralidad de personas [dos o más], actividad criminal temporal indefinida o estable, distribución de funciones o cometidos, plan concertado y coordinado– permitirán delimitar los supuestos en los que concurra una organización criminal respecto de aquellos en los que se trate de manifestaciones de simple codelincuencia, coparticipación o consorcio ocasional para la comisión del delito, e incluso mediante la nota de negatividad expresada en el artículo 570 ter, respecto de la pertenencia a un grupo criminal.

Por lo que se refiere a la diferenciación de organización y grupo criminal, el legislador ha construido el concepto de este último sobre las notas negativas de no concurrencia de alguna o algunas de las circunstancias de la organización criminal, por lo que se puede concluir que los caracteres «transitorio» y «ocasional» expresados en el subtipo agravado del derogado artículo 369.1.2.^a CP, en la actualidad se incardinan en el concepto de grupo criminal, toda vez que se corresponde con una agrupación de personas no suficientemente estructurada para perpetuarse en el tiempo.

Sin embargo, mayores dificultades ofrece la diferenciación entre el delito de pertenencia a un grupo criminal y otras formas de codelincuencia o de consorcio ocasional para delinquir, siendo de suma trascendencia la diferencia entre ambas figuras pues es distinto su régimen jurídico. Mientras que los supuestos de codelincuencia no tienen trascendencia penológica al margen de los delitos que se cometan, la pertenencia a un grupo criminal constituye un delito autónomo respecto de las infracciones penales que eventualmente se cometan, que deben castigarse separadamente dando lugar a un concurso real de delitos.

Teniendo en cuenta el carácter clandestino propio de la actuación de los grupos y organizaciones criminales y las dificultades probatorias de su existencia, que frecuentemente se limitará a la concurrencia de prueba indiciaria, para la determinación de la existencia de una organización o grupo criminal frente a otras formas de codeincuencia o de consorcio ocasional para delinquir, siguiendo el criterio establecido en la Circular de la FGE núm. 2/2011 sobre la reforma del Código Penal en relación con las organizaciones y grupos criminales, los Sres. Fiscales valorarán la concurrencia de circunstancias que revelen la voluntad de continuidad en otras actividades criminales de la misma clase, que ordinariamente se pondrá de manifiesto por los medios comisivos utilizados para delinquir, y de los que a su vez se desprenderá la existencia de una planificación o coordinación con un cierto reparto de papeles que favorezca la eficacia de su actividad criminal, su capacidad ofensiva y la impunidad de sus miembros.

Además, como se ha indicado anteriormente la innovadora regulación en el artículo 369 bis CP del delito de tráfico de drogas realizado por quienes pertenezcan a una organización delictiva efectuada por la Ley Orgánica 5/2010, junto con la creación del Capítulo VI del Título XXII del Libro II, dedicado a las organizaciones y grupos criminales, plantean diversas situaciones concursales, a cuyo análisis se dedican los siguientes apartados de la presente Circular.

3.2 Relación concursal de los subtipos agravados de los artículos 368, 369, 369 bis y 370 del Código Penal

La Ley Orgánica 5/2010 mantiene la vinculación penológica de la regulación anterior entre los artículos 368, 369 y 370 CP, estableciendo que cuando concurra alguno de los supuestos de agravación regulados en estos últimos se impondrán las penas superiores en grado, o en uno o dos grados, respectivamente, a las señaladas en el primero. Es decir, se establece una relación de especialidad entre dichos artículos, de forma que son de aplicación preferente las penas establecidas en el que contiene una regulación especial en relación con la norma general.

Sin embargo, en el artículo 369 bis CP la expresada reforma legal únicamente contempla tal relación de especialidad respecto de las conductas del artículo 368 CP, pero sin correspondencia penológica, toda vez que las penas privativas de libertad se establecen en el mismo de forma individualizada, sin referencia a los otros artículos del Capítulo en el que se encuentra inserto.

El artículo 369 bis CP dispone que las penas que establece se impondrán cuando los hechos descritos en el artículo 368 CP se hayan realizado por quienes pertenecieran a una organización delictiva. Por tanto, en los supuestos en los que una conducta incurra en alguno de los subtipos agravados en el artículo 369 CP o en el artículo 370 CP y además en el 369 bis CP, se puede plantear una doble opción: a) imponer acumulativamente –curso real o ideal– las penas establecidas en las normas concurrentes, o b) estimar que de la remisión que el artículo 369 bis CP realiza a los hechos descritos en el artículo 368 CP, así como de la gravedad de las penas del artículo 369 bis CP, se deduce que el legislador ha incorporado en este artículo el desvalor de la conducta implícita en las posibles agravaciones en que haya incurrido el infractor, produciéndose un concurso de normas que se resuelve de conformidad con la regla 4.^a del artículo 8 del Código penal, toda vez que entre el artículo 369 bis CP y los artículos 369 y 370 no se produce ninguna relación de especialidad, subsidiariedad o complejidad a los efectos de la aplicación de las normas 1.^a, 2.^a y 3.^a del expresado artículo 8 CP.

Efectivamente, ante la exacerbación penal que supondría la acumulación de la suma de las penas previstas en los artículos concurrentes –concurso real (arts. 73 y 75 CP)– e incluso mediante la imposición de la pena del delito más grave en su mitad superior –concurso ideal (art. 77 CP)–, la interpretación lógica, proporcional, histórica –regulación anterior–, así como sistemática –entidad de las agravaciones– de los preceptos, conducen a la conclusión de que la remisión que el artículo 369 bis CP hace a los hechos descritos en el 368 CP, está referida a las conductas que se describen en el mismo con las eventuales agravaciones en que se haya incurrido.

Así, cuando en los delitos de tráfico de drogas se aprecie que han sido realizados por quienes pertenecieran a una organización delictiva será de aplicación el subtipo agravado regulado en el artículo 369 bis, produciéndose diversas situaciones concursales en relación con la regulación en el Capítulo VI del Título XXII del Libro II, de las organizaciones y grupos criminales, que se analizan seguidamente.

Cuando se produzca alguna de las situaciones concursales a las que se hace referencia en los siguientes apartados de la presente Circular, los Sres. Fiscales deberán cuidar que la calificación jurídica formulada en sus correspondientes escritos –si es preciso con una sucinta justificación de la misma– contenga todas las normas en concurso, incluidas las que queden absorbidas, así como las que se aplican para la resolución del mismo, de forma que en los supuestos en los que órgano jurisdiccional de enjuiciamiento no aprecie la existencia de alguna de las circunstancias fácticas que generan tal concurso, pueda dictar el correspondiente fallo en virtud de la calificación jurídica formulada respecto de los restantes hechos que se consideren probados, sin que se pueda alegar indefensión por vulneración del principio acusatorio.

3.3 Relación concursal del subtipo agravado de pertenencia a una organización del artículo 369 bis y del artículo 570 bis del Código Penal

En virtud de la coincidencia conceptual establecida por la Ley Orgánica 5/2010 entre la organización criminal tipificada en el artículo 570 bis CP y el subtipo agravado en los delitos de tráfico de drogas del artículo 369 bis CP, se evidencia un concurso de normas, el cual, con independencia de cualquier otro planteamiento, habrá de resolverse conforme al principio de legalidad que inspira el Derecho penal, es decir, a partir del criterio de alternatividad o gravedad de la pena, toda vez que dicha Ley Orgánica 5/2010 ha introducido en el artículo 570 quarter 2 *in fine* una regla expresa para solucionar el concurso de normas que opta por tal solución, al establecer que en todo caso, cuando las conductas previstas en dichos artículos estuvieran comprendidas en otro precepto de este Código será de aplicación lo dispuesto en la regla 4.ª del artículo 8.

El legislador ha decidido que en el ámbito de las organizaciones y grupos criminales el mayor desvalor del hecho de pertenecer a una organización criminal justifica la aplicación de la sanción más grave, con el objeto de evitar sanciones atenuadas derivadas de la eventual existencia de discordancias punitivas entre los distintos tipos penales.

Aunque el expresado concurso de normas entre los artículos 369 bis y 570 bis CP se produce porque la pertenencia a una organización está tipificada en ambas disposiciones, sin embargo, hay que tener en cuenta que el primero de estos artículos castiga conjuntamente dos conductas: la de traficar con drogas y la de pertenecer a una organización, mientras que el artículo 570 bis CP únicamente tipifica esta última conducta.

Efectivamente, el artículo 369 bis CP sanciona como subtipo agravado a los que trafiquen con drogas perteneciendo a una organización delictiva, incluyendo en el tipo el desvalor de la acción de traficar con droga. Sin embargo, en el artículo 570 bis se castiga únicamente a los que participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma, es decir, este tipo penal no exige para su aplicación que se haya cometido ningún otro delito; por tanto, la aplicación de este tipo penal supone que cuando a través de una organización se ejecuta un delito –tráfico de drogas–, la sanción a imponer debe incluir la pena que corresponde a ambos delitos –pertenencia a organización y tráfico de drogas en concurso real.

En su virtud, la aplicación de la regla de alternatividad prevista en el artículo 8.4 CP para resolver el concurso de normas entre los artículos 369 bis y 570 bis CP, determinando cuál de ambas disposiciones tiene señalada sanción de mayor gravedad, supone la comparación de las penas del artículo 369 bis CP con las que resulten del concurso real entre el tipo del artículo 570 bis CP y el que proceda por el delito de tráfico de drogas.

Igualmente se produce dicho concurso de normas en relación con el subtipo agravado de segundo grado previsto en el artículo 369 bis para los jefes, encargados o administradores de la organización y la agravación que establece el artículo 570 bis.1 respecto de quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal.

En ambos concursos de normas, para determinar cuál de ellas castiga con mayor pena, es preciso comparar caso por caso las penas que corresponden a cada imputado en virtud de su participación y de la actividad realizada en la organización y en el delito de tráfico de drogas, según se detalla en el siguiente cuadro.

**CUADRO PENOLÓGICO COMPARATIVO (ART. 570 BIS – ART 369 BIS)
DEL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS REALIZADO A TRAVÉS DE UNA
ORGANIZACIÓN CRIMINAL (III)**

() Se marca con sombreado la pena privativa de libertad de mayor duración*

TRÁFICO DE DROGAS (TIPO BÁSICO) ART. 368 EJECUTADO A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN							
DELITO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL (Art. 570 bis) + DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS (Art. 368)				DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN (Art. 369 bis)			
ARTÍCULO		PRISIÓN Y MULTA	PRISIÓN MÁXIMA	ARTÍCULO	NO CIVIL DAÑO	PRISIÓN Y MULTA	PRISIÓN MÁXIMA
ORGANIZACIÓN DELITO GRAVE Art. 570 bis.1 + TRÁFICO DROGAS (grave daño) Art. 368	Promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	04.00.00 08.00.00 + 03.00.00 06.00.00 y multa tanto al 3	14.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administradores)	GRAVE DAÑO	12.00.01 18.00.00 y multa del 4 al 6	18.00.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	02.00.00 05.00.00 + 03.00.00 06.00.00 y multa tanto al 3	11.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertenencia)	GRAVE DAÑO	09.00.00 12.00.00 y multa tanto al 4	12.00.00
ORGANIZACIÓN DELITO NO GRAVE 570 bis.1 + TRÁFICO DROGAS (no grave daño) 368	Promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	03.00.00 06.00.00 + 01.00.00 03.00.00 y multa tanto al 2	09.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administradores)	NO GRAVE DAÑO	10.00.01 15.00.00 y multa del 4 al 6	15.00.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	01.00.00 03.00.00 + 01.00.00 03.00.00 y multa tanto al 2	06.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertenencia)	NO GRAVE DAÑO	04.06.00 10.00.00 y multa tanto al 4	10.00.00

TRÁFICO DE DROGAS CONCURRIENDO UNA O DOS AGRAVACIONES DEL ART. 369 EJECUTADO A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN							
DELITO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL (Art. 570 bis) + DELITO DE TRAFICO DE DROGAS (Art. 369)				DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN (Art. 369 bis)			
ARTÍCULO		PRISIÓN Y MULTA	PRISIÓN MÁXIMA	ARTÍCULO	NOCIVIDAD	PRISIÓN Y MULTA	PRISIÓN MÁXIMA
ORGANIZACIÓN DELITO GRAVE Art. 570 bis.1 + TRÁFICO DROGAS (grave daño salud) Art. 369	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	04.00.00 08.00.00 + 06.00.01 09.00.00 y multa de 3 al 4½	17.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administradores)	GRAVE DAÑO	12.00.01 18.00.00 y multa del 4 al 6	18.00.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	02.00.00 05.00.00 + 06.00.01 09.00.00 y multa de 3 al 4½	14.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertenencia)	GRAVE DAÑO	09.00.00 12.00.00 y multa tanto al 4	12.00.00
ORGANIZACIÓN (DELITO NO GRAVE) 570 bis.1 + TRÁFICO DROGAS (no grave daño salud) 369	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	03.00.00 06.00.00 + 03.00.01 04.06.00 y multa de 2 a 3	10.06.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administradores)	NO GRAVE DAÑO	10.00.01 15.00.00 y multa del 4 al 6	15.00.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	01.00.00 03.00.00 + 03.01.00 04.06.00 y multa de 2 a 3	07.06.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertenencia)	NO GRAVE DAÑO	04.06.00 10.00.00 y multa tanto al 4	10.00.00

TRÁFICO DE DROGAS (TIPO BÁSICO) ART. 368, EJECUTADO A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN (CONCURRENDO UNA CIRCUNSTANCIA DEL ART. 570 BIS. 2): FORMADA POR UN ELEVADO NÚMERO DE PERSONAS, CON ARMAS, MEDIOS AVANZADOS DE COMUNICACIÓN O TRANSPORTE...							
DELITO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL (Art. 570 bis.2) + DELITO DE TRAFICO DE DROGAS (Art. 368)				DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN (Art. 369 bis)			
ARTÍCULO		PRISIÓN Y MULTA	PRISIÓN MÁXIMA	ARTÍCULO	NOCIVIDAD	PRISIÓN Y MULTA	PRISIÓN MÁXIMA
ORGANIZACIÓN 570 bis.2 DELITO GRAVE nº elevado personas, armas, medios avanzados, etc. + TRÁFICO DROGAS (grave daño) Art. 368	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	06.00.01 08.00.00 + 03.00.00 06.00.00 y multa tanto al 3	14.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administradores)	GRAVE DAÑO	12.00.01 18.00.00 y multa del 4 al 6	18.00.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	03.06.01 05.00.00 + 03.00.00 06.00.00 y multa tanto al 3	11.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertenencia)	GRAVE DAÑO	09.00.00 12.00.00 y multa tanto al 4	12.00.00
ORGANIZACIÓN 570 bis.2 DELITO NO GRAVE nº elevado personas, armas, medios avanzados, etc. + TRÁFICO DROGAS (no grave daño) Art. 368	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	04.06.01 06.00.00 + 01.00.00 03.00.00 y multa tanto al 2	09.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administradores)	NO GRAVE DAÑO	10.00.01 15.00.00 y multa del 4 al 6	15.00.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	02.00.01 03.00.00 + 01.00.00 03.00.00 y multa tanto al 2	06.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertenencia)	NO GRAVE DAÑO	04.06.00 10.00.00 y multa tanto al 4	10.00.00

TRÁFICO DE DROGAS (TIPO BÁSICO) ART. 368, EJECUTADO A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN (CON DOS O MAS CIRCUNSTANCIAS DEL ART. 570 BIS. 2): FORMADA POR UN ELEVADO NUMERO DE PERSONAS, CON ARMAS, MEDIOS AVANZADOS DE COMUNICACIÓN O TRANSPORTE...							
DELITO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL (Art. 570 bis.2) + DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS (Art. 368)				DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN (Art. 369 bis)			
ARTÍCULO		PRISIÓN Y MULTA	PRISIÓN MÁXIMA	ARTÍCULO	NO CIVILIDAD	PRISIÓN Y MULTA	PRISIÓN MÁXIMA
ORGANIZACIÓN 570 bis.2 DELITO GRAVE DOS O MAS CIRCUNST.: nº elevado personas, armas, medios avanzados, etc. + TRÁFICO DROGAS (grave daño) Art. 368	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	08.00.01 12.00.00 + 03.00.00 06.00.00 y multa de tanto al 3	18.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administradores)	GRAVE DAÑO	12.00.01 18.00.00 y multa del 4 al 6	18.00.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	05.00.01 07.06.00 + 03.00.00 06.00.00 y multa tanto al 3	13.06.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertenencia)	GRAVE DAÑO	09.00.00 12.00.00 y multa tanto al 4	12.00.00
ORGANIZACIÓN 570 bis.2 DELITO NO GRAVE DOS O MAS CIRCUNST.: nº elevado personas, armas, medios avanzados, etc. + TRÁFICO DROGAS (no grave daño) Art. 368	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	06.00.01 09.00.00 + 01.00.00 03.00.00 y multa tanto al 2	12.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administradores)	NO GRAVE DAÑO	10.00.01 15.00.00 y multa del 4 al 6	15.00.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	03.00.01 04.06.00 + 01.00.00 03.00.00 y multa tanto al 2	07.06.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertenencia)	NO GRAVE DAÑO	04.06.00 10.00.00 y multa tanto al 4	10.00.00

TRÁFICO DE DROGAS CONCURRIENDO UNA O DOS AGRAVACIONES DEL ART. 369 A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN (CON UNA CIRCUNSTANCIA DEL ART. 570 BIS. 2): FORMADA POR UN ELEVADO NÚMERO DE PERSONAS, CON ARMAS, MEDIOS AVANZADOS DE COMUNICACIÓN O TRANSPORTE...							
DELITO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL (Art. 570 bis.2) + DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS (Art. 369)				DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN (Art. 369 bis)			
ARTÍCULO		PRISIÓN Y MULTA	PRISIÓN MÁXIMA	ARTÍCULO	NOCIVIDAD	PRISIÓN Y MULTA	PRISIÓN MÁXIMA
ORGANIZACIÓN 570 bis.2 DELITO GRAVE nº elevado personas, armas, medios avanzados, etc. + TRÁFICO DROGAS (grave daño salud) Art. 369	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	06.00.01 08.00.00 + 06.00.01 09.00.00 y multa de 3 al 4½	17.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administradores)	GRAVE DAÑO	12.00.01 18.00.00 y multa del 4 al 6	18.00.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	03.06.01 05.00.00 + 06.00.01 09.00.00 y multa de 3 al 4½	14.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertenencia)	GRAVE DAÑO	09.00.00 12.00.00 y multa tanto al 4	12.00.00
ORGANIZACIÓN 570 bis.2 DELITO NO GRAVE nº elevado personas, armas, medios avanzados, etc. + TRÁFICO DROGAS (grave no daño salud) Art. 369	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	04.06.01 06.00.00 + 03.00.01 04.06.00 y multa de 2 a 3	10.06.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administradores)	NO GRAVE DAÑO	10.00.01 15.00.00 y multa del 4 al 6	15.00.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	02.00.01 03.00.00 + 03.00.01 04.06.00 y multa de 2 a 3	07.06.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertenencia)	NO GRAVE DAÑO	04.06.00 10.00.00 y multa tanto al 4	10.00.00

TRÁFICO DE DROGAS CONCURRIENDO UNA O DOS AGRAVACIONES DEL ART. 369 A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN (CON DOS O MAS CIRCUNSTANCIAS DEL ART. 570 BIS. 2): FORMADA POR UN ELEVADO NUMERO DE PERSONAS, CON ARMAS, MEDIOS AVANZADOS DE COMUNICACIÓN O TRANSPORTE...							
DELITO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL (Art. 570 bis.2) + DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS (Art. 369)				DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN (Art. 369 bis)			
ARTÍCULO		PRISIÓN Y MULTA	PRISIÓN MÁXIMA	ARTÍCULO	NO CIVIL DAÑO	PRISIÓN Y MULTA	PRISIÓN MÁXIMA
ORGANIZACIÓN 570 bis.2 DELITO GRAVE DOS O MAS CIRCUNST.: nº elevado personas, armas, medios avanzados, etc. + TRÁFICO DROGAS (grave daño salud) Art. 369	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	08.00.01 12.00.00 + 06.00.01 09.00.00 y multa de 3 al 4½	21.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administradores)	GRAVE DAÑO	12.00.01 18.00.00 y multa del 4 al 6	18.00.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	05.00.01 07.06.00 + 06.00.01 09.00.00 y multa de 3 al 4½	16.06.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertenencia)	GRAVE DAÑO	09.00.00 12.00.00 y multa tanto al 4	12.00.00
ORGANIZACIÓN 570 bis.2 DELITO NO GRAVE DOS O MAS CIRCUNST.: nº elevado personas, armas, medios avanzados, etc. + TRÁFICO DROGAS (grave no daño salud) Art. 369	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	06.00.01 09.00.00 + 03.00.01 04.06.00 y multa de 2 a 3	13.06.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administradores)	NO GRAVE DAÑO	10.00.01 15.00.00 y multa del 4 al 6	15.00.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	03.00.01 04.06.00 + 03.00.01 04.06.00 y multa de 2 a 3	09.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertenencia)	NO GRAVE DAÑO	04.06.00 10.00.00 y multa tanto al 4	10.00.00

Como se observa en la precedente tabla, hay supuestos en los que la aplicación de la norma más gravemente penada puede determinar la aplicación de tipos penales diversos en virtud del diferente rol cada sujeto en la organización.

3.4 El delito de tráfico ilegal de drogas ejecutado a través de un grupo criminal

Según se expresa en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, 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.

Sin embargo, tal similitud en el esquema de la regulación de las organizaciones y los grupos criminales sufre cierta alteración en el ámbito de los delitos de tráfico de drogas, toda vez que el legislador ha previsto en el Capítulo dedicado a estos delitos una agravación específica en el artículo 369 bis CP por razón de la pertenencia a una organización criminal, que no afecta a los supuestos de ejecución de dichos delitos a través de un grupo criminal. Por tanto, en los supuestos en los que el infractor realiza el delito de tráfico de drogas perteneciendo a un grupo criminal no se produce un concurso de normas, sino un concurso real de delitos.

Efectivamente, cuando un sujeto interviene en la ejecución de un delito de tráfico de drogas perteneciendo a un grupo criminal concurren dos hechos diferenciados que, además, afectan a dos bienes jurídicos distintos, regulados en Capítulos diferentes del texto penal. Por un lado, el hecho de pertenecer a un grupo criminal, conducta tipificada en el artículo 570 ter CP, y, por otro, la acción de traficar con drogas regulada en sus diferentes modalidades en los 368 y ss. CP. En su virtud, no serán de aplicación las normas establecidas en el artículo 8 CP, pues se trata de un concurso real regulado en los artículos 73 y 75 CP, debiéndose imponer acumulativamente las penas señaladas a ambos delitos.

4. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, ha incorporado en los cuatro últimos párrafos del nuevo artículo 369 bis las penas que corresponde imponer a las personas jurídicas que sean declaradas responsables penales de los delitos de tráfico de drogas tipificados en los artículos 368 y 369, en los siguientes términos:

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.

Se concreta así, en concordancia con lo previsto en el artículo 31 bis CP, en relación con los delitos de tráfico de drogas la superación del principio *societas delinquere non potest*, que encuentra su fuente de inspiración en una serie de instrumentos de política criminal internacional, entre los que destacan la Recomendación 18/88 de 20 de octubre del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa, la Convención de Bruselas de 26 de mayo de 1997 sobre la lucha contra la corrupción en el ámbito de la función pública de la Unión Europea, la Convención de Nueva York de 9 de diciembre de 1999 sobre terrorismo, la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, actualmente sustituida por la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008 relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal y las Decisiones Marco de la Unión Europea 2005/222 sobre ataques a los sistemas informáticos, la 2004/757 sobre punición del tráfico de drogas y la Decisión Marco 2004/68 sobre explotación sexual y pornografía infantil, entre otras, además de la Convención y los Protocolos de Naciones Unidas contra el crimen organizado transnacional.

La opción del legislador español por establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ha determinado la derogación del artículo 369.2 CP que contemplaba la posibilidad de imponer multas a las organizaciones de narcotraficantes.

Como quiera que la introducción en nuestro ordenamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas constituye la modificación de mayor trascendencia de las efectuadas por la LO 5/2010 de 22 de junio de reforma del Código Penal, y no contemplándose ninguna especialidad en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas respecto de otros delitos que se ven afectados por la innovación, ha de acudirse para su interpretación a las pautas contenidas en la Circular núm. 1/2011 de la Fiscalía General del Estado relativa a la responsabilidad penal a las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal por Ley Orgánica número 5/2010.

5. MODIFICACIONES DE LAS CIRCUNSTANCIAS DE ESPECIAL AGRAVACIÓN PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 370 DEL CÓDIGO PENAL

Dos han sido las modificaciones efectuadas por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en el artículo 370 CP. La primera afecta al ordinal 2.º con el objeto de adecuarlo a la nueva redacción del artículo 369.1, y la segunda para ampliar el concepto de buque. Quedando redactado el artículo 370 en los siguientes términos:

Se impondrá la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el artículo 368 cuando:

1. Se utilice a menores de 18 años o a disminuidos psíquicos para cometer estos delitos.
2. Se trate de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones a que se refiere la circunstancia 2.ª del apartado 1 del artículo 369.
3. Las conductas descritas en el artículo 368 fuesen de extrema gravedad.

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.

En los supuestos de los anteriores números 2 y 3 se impondrá a los culpables, además, una multa del tanto al triple del valor de la droga objeto del delito.

5.1 Utilización de menores de 18 años o de disminuidos psíquicos

La nueva redacción del expresado artículo no ha producido ninguna modificación en el punto 1, y por tanto, no se alteran los criterios interpretativos plasmados en la Circular núm. 2/2005 de la Fiscalía General del Estado en relación con la utilización de menores de edad o disminuidos psíquicos; en su virtud los Sres. Fiscales deberán restringir su aplicación a los supuestos en que el afectado tenga limitadas sus facultades de discernimiento y su capacidad de autodeterminación en relación con la ejecución de estos comportamientos típicos. Se trata de un tipo doloso y, por tanto, para la apreciación de esta circunstancia tanto en los supuestos de utilización de disminuidos psíquicos como de menores de edad, será preciso que el conocimiento del sujeto activo abarque todos los elementos del tipo objetivo y, por tanto, tenga al menos certeza probable sobre la edad o estado psíquico de las personas utilizadas.

Además, este subtipo deberá aplicarse únicamente cuanto el sujeto activo del delito se sirva de una de estas personas –menores o disminuidos psíquicos– para la comisión del hecho delictivo, prevaliéndose de su situación de ascendencia sobre ellos o captando su voluntad, quedando circunscrito el subtipo agravado al supuesto fáctico en los que el menor es mero instrumento, sin autonomía, de una voluntad ajena, que le controla y se vale de su penalmente irresponsable comportamiento para la ejecución del delito que solamente a aquél es imputable. Si hay acuerdo de voluntades libre y consciente de cualquier clase, incluyendo la responsabilidad penal del menor de 18 años, no cabe hablar de utilización (STS 311/2009, de 27 de febrero). Por tanto, no debe aplicarse este subtipo agravado en todos los supuestos de intervención de un menor de edad junto con una persona mayor de edad, en este tipo de actividades; pues resulta evidente que no es infrecuente que los menores, más que ser utilizados, lo que hacen es colaborar o cooperar con los mayores (STS 176/2009, de 13 de marzo).

El Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo examinó esta cuestión en su reunión del día 26 de febrero de 2009, tomando el siguiente acuerdo: 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 un modo abusivo y en provecho propio o de un grupo, prevaliéndose de su situación de ascendencia o de cualquier otra forma de autoría mediata.

5.2 Penalidad de los jefes, administradores o encargados de organizaciones no dedicadas al tráfico de drogas

Por lo que se refiere al punto 2 del artículo 370 CP, en virtud de la remisión a la agravación 2.ª del apartado 1 del artículo 369 y de su redacción tras reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, el supuesto de especial agravación relativo a los jefes,

administradores o encargados de las organizaciones queda reducida a la vinculación de éstos a otras actividades no relacionadas con el delito de tráfico de drogas.

Ya antes de la reforma esta agravación resultaba de compleja aplicación, pero al suprimirse la referencia a la pertenencia del sujeto a organizaciones o asociaciones dedicadas a la difusión de drogas, la referencia a otras actividades organizadas –que a falta de especificación incluso podrían ser lícitas– queda descolgada en el vacío, siendo, por otro lado, de difícil explicación el fundamento de configurar una circunstancia de especial agravación sobre la conducta básica de tráfico de drogas, incluso de escasa entidad, por el hecho de que el infractor participe en otras actividades organizadas.

Además, esta circunstancia plantea conflictos concursales con la regulación de las organizaciones y grupo criminales regulados en los artículos 570 bis y 570 ter, cuya discutible resolución además de desproporcionada tendrá muy improbables aplicaciones prácticas, por lo que con más motivos que antes de la reforma se puede vaticinar la inoperancia e inaplicabilidad del precepto, debiendo ser la prudencia de los Sres. Fiscales la guía en su actuación en el ámbito de esta circunstancia de agravación.

5.3 Tráfico de drogas con cantidades de extrema gravedad

Es conveniente hacer alguna precisión en relación con la agravante de extrema gravedad modificando el criterio fijado en la Circular núm. 2/2005 de la Fiscalía General del Estado, toda vez que en la actualidad el mismo ha quedado establecido en virtud del Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2008, a cuyo tenor la aplicación de esta agravación del artículo 370.3 CP, referida a la extrema gravedad de la cuantía de sustancia estupefaciente, procederá en todos aquellos casos en que el objeto del delito esté representado por una cantidad que exceda de la resultante de multiplicar por mil la cuantía aceptada por esta Sala como módulo para la apreciación de la agravación de notoria importancia.

A efectos de la configuración de esta agravante de extrema gravedad, conviene recordar que según el Acuerdo del Pleno de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de 19 de noviembre del 2001, la agravante específica de notoria importancia (actual circunstancia 5.^a del artículo 369 CP) se determina a partir de las 500 dosis referidas al consumo diario de cada una de las sustancias según informe del Instituto Nacional de Toxicología de 18 de octubre de 2001. Para su determinación se tiene en cuenta exclusivamente la sustancia base o toxica, con la salvedad del hachís y sus derivados.

Algunos ejemplos de cantidades de notoria importancia son los siguientes: Heroína 300 gr., Morfina 1.000 gr., Metadona 120 gr., Cocaína 750 gr., Marihuana 10 Kg., Hachís 2,5 Kg., Aceite de hachís 300 gr., LSD 300 mg., MDMA (éxtasis) 240 gr., Anfetaminas 90 gr.

5.4 Concurrencia de tres o más de las circunstancias previstas en el artículo 369.1 del Código Penal

Por lo que se refiere a la concurrencia de tres o más de las circunstancias previstas en el artículo 369.1, como quiera que uno sólo de los subtipos de este artículo implica la imposición de la pena superior en grado a la prevista en el tipo básico, el legislador ha establecido la posibilidad de incrementar la penalidad hasta los dos grados respecto de la señalada en el artículo 368 CP cuando concurren tres de aquellas circunstancias. No obstante, los Sres. Fiscales, valorarán en cada caso, las agravacio-

nes que concurren y las circunstancias personales del autor, así como las correspondientes a la comisión del hecho ilícito, para individualizar adecuadamente, en función de ello, la pena que resulte procedente solicitar.

5.5 El tráfico de drogas mediante la simulación de operaciones de comercio internacional entre empresas

No presenta especiales problemas interpretativos la circunstancia de simulación de operaciones de comercio internacional entre empresas. La razón de que esta circunstancia sea calificada como de extrema gravedad está en la mayor peligrosidad del tráfico de drogas cuando se oculta bajo la cobertura de operaciones de comercio lícitas de carácter transnacional, dado que su persecución y descubrimiento resulta, en estos casos, más dificultosa.

5.6 La utilización de buques, embarcaciones o aeronaves en el transporte ilícito de drogas y el concurso con la agravación prevista en los artículos 570 bis 2.c) y 570 ter 2.c) del Código Penal cuando la organización o el grupo, respectivamente, disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte

La modificación operada mediante la Ley Orgánica 5/2010, ha asimilado al concepto de buques o aeronaves como medio de transporte específico el de embarcaciones. La razón de esta modificación se encuentra en la interpretación que la jurisprudencia del Tribunal Supremo hacía del término buque, manifestada en SSTS 317/2010, de 19 de abril, 341/2010, de 13 de abril o 746/2010, de 15 de julio, que excluían de dicha agravación los casos de utilización de lanchas motoras, exigiendo que se tratará de embarcaciones aptas para efectuar travesías de cierta entidad y, por tanto, quedaban fuera del ámbito de esta agravación la utilización muy frecuente de potentes lanchas para el transporte de droga.

El legislador ha querido incluir dichas embarcaciones en la agravación, y la razón de ello se indica en la propia Exposición de Motivos, según la cual 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.

En definitiva, la *ratio legis* no ha sido incluir en la agravación cualquier método de transporte marítimo, sino sólo aquellos que justifican el efecto exacerbador punitivo con motivo de la extrema gravedad en la que se enmarca normativamente la conducta, la cual además se vincula a la expresión transporte específico. Es decir, se colmará la agravación mediante la utilización de una embarcación que determine una mayor intensidad criminógena y contribuya de manera decisiva al éxito de la consumación del delito y al intento potencialmente eficiente de facilitar o asegurar su impunidad, quedando también al margen de la agravación el aprovechamiento de un medio de transporte utilizado con cualquier otra finalidad, como el traslado comercial lícito de personas, bienes o efectos de otra naturaleza.

Precisamente la mayor intensidad criminológica es la que también determina la agravación prevista en los artículos 570 bis 2.c) y 570 ter 2.c) CP cuando la organización o el grupo, respectivamente, 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. Obviamente dichos medios pueden ser de múltiples especies y cualidades, pero siendo uno de ellos la utilización de buques, embarcaciones o aeronaves como medio de transporte específico previsto en el artículo 370 CP como supuesto de extrema gravedad de los delitos de tráfico de drogas, se vuelve a producir un concurso de normas cuando estos se ejecutan por una organización o grupo criminal mediante la utilización de buques, embarcaciones o aeronaves que pueda también ser considerados medios de transporte especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos.

La solución que a estos efectos establece el segundo párrafo del artículo 570 quarter.2 CP en relación con supuestos de tráfico de drogas realizado por un grupo criminal mediante la utilización de tales medios de transporte, determina la aplicación en todo caso de las penas establecidas en el artículo 370 CP, en virtud de la mayor gravedad de las mismas, en todos los posibles supuestos, respecto de las del artículo 570 ter CP.

Aunque en este ámbito hay que precisar que cuando el delito de tráfico de drogas de extrema gravedad sea cometido por un grupo criminal, el concurso de normas se referirá exclusivamente a la agravación derivada del uso de un buque, embarcación o aeronave. Por tanto, seguirá dándose la relación de concurso real antes expuesta entre el delito de tráfico de drogas cometido y el tipo básico del artículo 570 ter.1 del texto punitivo. De este modo, el empleo de la embarcación determinará la existencia de un concurso real entre el referido tipo básico del grupo criminal y el tipo agravado de tráfico de drogas del artículo 370 derivado del empleo del buque, embarcación o aeronave. Con ello, queda excluida la doble apreciación de la agravación concurrente en ambas infracciones.

**CUADRO PENOLOGICO DEL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS EN LOS
SUPUESTOS DE ESPECIAL AGRAVACIÓN DEL ART. 370 DEL CÓDIGO PENAL
(IV)**

ARTÍCULO	NOCIVIDAD SUSTANCIA	PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA	MULTA
370 TIPO SUPER- AGRAVADO	GRAVE DAÑO	06.00.01 09.00.00 o 09.00.01 13.06.00	13.06.00	TANTO AL SÉXTUPLO O AL NÓNUPLO
	NO GRAVE DAÑO	03.00.01 04.06.00 o 04.06.01 06.09.00	06.09.00	TANTO AL CUÁDRUPLO o AL SÉXTUPLO

La comparación se realiza atendiendo a toda la extensión de las penas legalmente previstas, estimando de mayor gravedad la que tenga señalada pena privativa de libertad de mayor duración. Por tanto, en lo que se refiere al artículo 370 CP que establece la posibilidad de imponer la pena superior en uno o dos grados, el término comparativo lo determina la pena máxima que puede imponerse mediante la imposición de la pena superior en dos grados. La posibilidad de imponer la pena en un grado inferior está

sujeta al arbitrio judicial al igual que sucede en el resto de los supuestos en los que los tribunales individualizan las penas dentro de los límites legalmente establecidos.

Sin embargo, la solución al concurso de normas es más compleja en los supuestos en que dichos medios de transporte son utilizados por una organización criminal, toda vez que dependiendo de la cualidad de las sustancias o productos, de la forma de participación, de entidad y el número de circunstancias en que incurra el sujeto activo, pueden resultar más graves y, por tanto, ser de aplicación las penas del artículo 370 CP en unos casos, y en otros las del artículo 570 bis, tal y como se aprecia en el cuadro comparativo (V) del siguiente apartado.

Aunque dicho cuadro *ut infra* se refiere a los artículos 369 bis, 370 y 570 bis CP, a efectos de determinar la pena de mayor gravedad en supuestos de concurrencia de organizaciones criminales y redes internacionales, dado que esta circunstancia tiene señalada la misma pena en el artículo 370 CP que la de utilización de buques, embarcaciones o aeronaves, constituyendo todas ellas, circunstancias que configuran el subtipo agravado de extrema gravedad, se puede utilizar el mismo cuadro para comparar la pena que por la utilización de estos medios se establece en el artículo 370 y la que señala el artículo 570 bis.2 en los supuestos en los que la organización disponga de medios avanzados de comunicación o transporte.

5.7 Especial referencia a la circunstancia de extrema gravedad de realizar el delito de tráfico de drogas a través de redes internacionales

Cuando la circunstancia concurrente en el delito de tráfico de drogas es la de haber realizado las conductas del artículo 368 CP mediante redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades –tráfico de drogas–, debido a los nuevos conceptos y regulación de las organizaciones y grupos criminales introducidos mediante la Ley Orgánica 5/2010, también se plantean complejas situaciones concursales, toda vez que el concepto de red internacional dedicada al tráfico de drogas tipificada en el artículo 370 CP es asimilable al de organización criminal del artículo 369 bis, cuya actividad se materializa en un espacio superior al limitado por las fronteras nacionales.

A tenor de los criterios expresados en la Circular FGE 2/2005, la cualidad de extrema gravedad por realizar el delito de tráfico de drogas mediante redes internacionales se alcanza cuando en la comisión del delito intervienen grupos organizados específicamente orientados a la comisión de estos ilícitos y dotados de proyección internacional, es decir con una estructura ocasional o permanente enraizada en ámbitos geográficos supranacionales apta para planificar y desarrollar las distintas fases del proyecto criminal en el territorio de más de un Estado.

Dicho criterio hay que conjugarlo en la actualidad con los nuevos artículos 369 bis, 570 bis y 570 ter CP que no excluyen de su ámbito típico a las organizaciones o redes internacionales. Efectivamente, es posible la ejecución de un delito de tráfico de drogas a través de una organización internacional y, también, de un grupo criminal asentado en varios países. Ello supone que se puede producir concurso de normas entre el artículo 370 (red internacional) y los artículos 570 bis (organización criminal) y 570 ter (grupo criminal).

Igualmente, nada impide que un delito de tráfico de drogas realizado a través una red internacional pueda sancionarse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 369 bis CP y, por tanto, también se produce un concurso de normas entre los 369 bis y 370 CP, toda vez que una misma actividad (tráfico de drogas realizada por una red internacional) está sancionada en ambos preceptos, que tienen la misma entidad, especialidad y complejidad a los efectos previstos en el artículo 8 CP, y, por

tanto, la resolución del mismo ha de venir por la vía de su regla 4.^a, norma que también es de aplicación en virtud de lo dispuesto en el artículo 570 quater CP en la resolución del concurso de normas con el artículo 570 bis CP.

La determinación de la pena más grave* en cada uno de los posibles supuestos por razón de la calidad de las sustancias, el grado de participación y la actividad realizada en la organización por el sujeto activo, puede resultar compleja, por lo que se ha realizado un cuadro comparativo *ut infra*, en el cual se evidencia que aunque el concepto de red internacional supera al de organización, toda vez que extiende su ámbito de actuación geográfico más allá de las fronteras de un Estado; sin embargo, en la mayor parte de los supuestos resulta más grave la penalidad prevista en el artículo 369 bis (organización) que en el 370 (red internacional).

CUADRO PENOLÓGICO COMPARATIVO DEL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS EN LOS ARTÍCULOS 570 BIS, 369 BIS y 370 DEL CÓDIGO PENAL (V)

TRÁFICO DE DROGAS (TIPO BÁSICO) ART. 368 EJECUTADO A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL										
ORGANIZACIÓN ART. 570 BIS + DROGAS				ORGANIZACIÓN DROGAS ART. 369 BIS				EXTEMA GRAVEDAD: BUQUES (...), REDES INTERNACIONALES ART. 370		
ARTÍCULO		PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA	ARTÍCULO	SUSTANCIA	PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA	SUSTANCIA	PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA
ORGANIZACIÓN (DELITO GRAVE) Art. 570 bis.1 + TRÁFICO DROGAS (grave daño) Art. 368	Promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	04.00.00 08.00.00 + 03.00.00 06.00.00 y multa tanto al 3	14.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pto 2º (Jefes, encargados administradores)	GRAVE DAÑO	12.00.01 18.00.00 y multa del 4 a 6	18.00.00	GRAVE DAÑO	06.00.01 09.00.00 o 09.00.01 13.06.00 + Multa tto al 6 o al 9	13.06.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	02.00.00 05.00.00 + 03.00.00 06.00.00 y multa tanto al 3	11.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pto 1º pertenencia	GRAVE DAÑO	09.00.00 12.00.00 y multa tanto al 4	12.00.00	GRAVE DAÑO	06.00.01 09.00.00 o 09.00.01 13.06.00 + Multa tto al 6 o al 9	13.06.00
ORGANIZACIÓN (DELITO NO GRAVE) 570 bis.1 + TRÁFICO DROGAS (no grave daño) 368	Promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	03.00.00 06.00.00 + 01.00.00 03.00.00 y multa tanto al duplo	09.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pto 2º (Jefes, encargados administradores)	NO GRAVE DAÑO	10.00.01 15.00.00 y multa del 4 a 6	15.00.00	NO GRAVE DAÑO	03.00.01 04.06.00 o 04.06.01 06.09.00 + Multa tto. al 4 o al 6	06.09.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	01.00.00 03.00.00 + 01.00.00 03.00.00 y multa tanto al duplo	06.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pto 1º pertenencia	NO GRAVE DAÑO	04.06.00 10.00.00 y multa tanto al 4	10.00.00	NO GRAVE DAÑO	03.00.01 04.06.00 o 04.06.01 06.09.00 + Multa tto. al 4 o al 6	06.09.00

(*) Se marca con sombreado la pena privativa de libertad de mayor duración y cuando son iguales se señala la pena de multa.

TRÁFICO DE DROGAS (TIPO BÁSICO) ART. 368 EJECUTADO A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL										
ORGANIZACIÓN ART. 570 BIS + DROGAS				ORGANIZACIÓN DROGAS ART. 369 BIS				EXTEMA GRAVEDAD: BUQUES (...), REDES INTERNACIONALES ART. 370		
ARTICULO		PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA	ARTICULO	SUSTANCIA	PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA	SUSTANCIA	PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA
ORGANIZACIÓN (DELITO GRAVE) Art. 570 bis.1 + TRÁFICO DROGAS (grave daño) Art. 368	Promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	04.00.00 08.00.00 + 03.00.00 06.00.00 y multa tanto al 3	14.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados administradores)	GRAVE DAÑO	12.00.01 18.00.00 y multa del 4 a 6	18.00.00	GRAVE DAÑO	06.00.01 09.00.00 o 09.00.01 13.06.00 + Multa tto al 6 o al 9	13.06.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	02.00.00 05.00.00 + 03.00.00 06.00.00 y multa tanto al 3	11.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º pertenencia	GRAVE DAÑO	09.00.00 12.00.00 y multa tanto al 4	12.00.00	GRAVE DAÑO	06.00.01 09.00.00 o 09.00.01 13.06.00 + Multa tto al 6 o al 9	13.06.00
ORGANIZACIÓN (DELITO NO GRAVE) 570 bis.1 + TRÁFICO DROGAS (no grave daño) 368	Promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	03.00.00 06.00.00 + 01.00.00 03.00.00 y multa tanto al duplo	09.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados administradores)	NO GRAVE DAÑO	10.00.01 15.00.00 y multa del 4 a 6	15.00.00	NO GRAVE DAÑO	03.00.01 04.06.00 o 04.06.01 06.09.00 + Multa tto. al 4 o al 6	06.09.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	01.00.00 03.00.00 + 01.00.00 03.00.00 y multa tanto al duplo	06.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º pertenencia	NO GRAVE DAÑO	04.06.00 10.00.00 y multa tanto al 4	10.00.00	NO GRAVE DAÑO	03.00.01 04.06.00 o 04.06.01 06.09.00 + Multa tto. al 4 o al 6	06.09.00

TRÁFICO DE DROGAS CONCURRIENDO UNA O DOS AGRAVANTES DEL ART. 369 EJECUTADO A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL										
ORGANIZACIÓN ART. 570 BIS + DROGAS				ORGANIZACIÓN DROGAS ART. 369 BIS				EXTEMA GRAVEDAD: BUQUES (...), REDES INTERNACIONALES ART. 370		
ARTICULO		PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA	ARTICULO	SUSTANCIA	PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA	SUSTANCIA	PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA
ORGANIZACIÓN (DELITO GRAVE) Art. 570 bis.1 + TRÁFICO DROGAS (grave daño salud) Art. 369	Promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigenen. (JEFES)	04.00.00 08.00.00 + 06.00.01 09.00.00 y multa 3 al 4½	17.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administradores)	GRAVE DAÑO	12.00.01 18.00.00 y multa del 4 a 6	18.00.00	GRAVE DAÑO	06.00.01 09.00.00 o 09.00.01 13.06.00 + Multa tto al 6 o al 9	13.06.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	02.00.00 05.00.00 + 06.00.01 09.00.00 y multa 3 al 4½	14.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertenencia)	GRAVE DAÑO	09.00.00 12.00.00 y multa tanto al 4	12.00.00	GRAVE DAÑO	06.00.01 09.00.00 o 09.00.01 13.06.00 + Multa tto al 6 o al 9	13.06.00
ORGANIZACIÓN (DELITO NO GRAVE) 570 bis.1 + TRÁFICO DROGAS (no grave daño salud) 369	Promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigenen. (JEFES)	03.00.00 06.00.00 + 03.00.01 04.06.00 y multa tanto al 4	10.06.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administradores)	NO GRAVE DAÑO	10.00.01 15.00.00 y multa del 4 al 6	15.00.00	NO GRAVE DAÑO	03.00.01 04.06.00 o 04.06.01 06.09.00 + Multa tto. al 4 o al 6	06.09.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	01.00.00 03.00.00 + 03.01.00 04.06.00 y multa tanto al 4	07.06.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertenencia)	NO GRAVE DAÑO	04.06.00 10.00.00 y multa tanto al 4	10.00.00	NO GRAVE DAÑO	03.00.01 04.06.00 o 04.06.01 06.09.00 + Multa tto. al 4 o al 6	06.09.00

TRÁFICO DE DROGAS CAUSANTES DE GRAVE DAÑO A LA SALUD (TIPO BÁSICO) ART. 368. EJECUTADO A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL O CON UTILIZACIÓN DE BUQUE, AERONAVE... (CONCURRENDO UNA V/O MÁS CIRCUNSTANCIAS DEL ART. 570 BIS. 2): FORMADA POR UN ELEVADO NÚMERO DE PERSONAS, CON ARMAS, MEDIOS AVANZADOS DE COMUNICACIÓN O TRANSPORTE...										
ORGANIZACIÓN ART. 570 BIS.2 + DROGAS				ORGANIZACIÓN DROGAS ART. 369 BIS				EXTEMA GRAVEDAD: BUQUES (...), REDES INTERNACIONALES ART. 370		
ARTÍCULO		PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA	ARTÍCULO	SUSTANCIA	PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA	SUSTANCIA	PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA
ORGANIZACIÓN 570 bis.2 (DELITO GRAVE) n° elevado personas, armas, medios avanzados, etc. + TRÁFICO DROGAS (grave daño) Art. 368	Promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	06.00.01 08.00.00 + 03.00.00 06.00.00 y multa tanto al 3	14.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pto 2° (jefes, encargados o administradores)	GRAVE DAÑO	12.00.01 18.00.00 y multa del 4 a 6	18.00.00	GRAVE DAÑO	06.00.01 09.00.00 o 09.00.01 13.06.00 + Multa tto al 6 o al 9	13.06.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	03.06.01 05.00.00 + 03.00.00 06.00.00 y multa tanto al 3	11.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pto 1° (perteneencia)	GRAVE DAÑO	09.00.00 12.00.00 y multa tanto al 4	12.00.00	GRAVE DAÑO	06.00.01 09.00.00 o 09.00.01 13.06.00 + Multa tto al 6 o al 9	13.06.00
ORGANIZACIÓN 570 bis.2 (DELITO GRAVE) DOS O MAS CIRCUNST. n° elevado personas, armas, medios avanzados, etc. + TRÁFICO DROGAS (grave daño) Art. 368	Promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	08.00.01 12.00.00 + 03.00.00 06.00.00 y multa del tanto al triplo	18.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pto 2° (jefes, encargados o administradores)	GRAVE DAÑO	12.00.01 18.00.00 y multa del 4 a 6	18.00.00	GRAVE DAÑO	06.00.01 09.00.00 o 09.00.01 13.06.00 + Multa tto al 6 o al 9	13.06.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	05.00.01 07.06.00 + 03.00.00 06.00.00 y multa del tanto al triplo	13.06.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pto 1° (perteneencia)	GRAVE DAÑO	09.00.00 12.00.00 y multa tanto al 4	12.00.00	GRAVE DAÑO	06.00.01 09.00.00 o 09.00.01 13.06.00 + Multa tto al 6 o al 9	13.06.00

TRÁFICO DE DROGAS CON SUSTANCIAS NO CAUSANTES DE GRAVE DAÑO EN LA SALUD DEL ART. 368 (TIPO BÁSICO). EJECUTADO A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL O CON UTILIZACIÓN DE BUQUE, AERONAVE... ¡CONCURIENDO UNA Y/O MAS CIRCUNSTANCIAS DEL ART. 570 BIS. 2! ELEVADO NÚMERO DE PERSONAS, CON ARMAS, MEDIOS AVANZADOS DE COMUNICACIÓN O TRANSPORTE...										
ORGANIZACIÓN ART. 570 BIS.2 + DROGAS				ORGANIZACIÓN DROGAS ART. 369 BIS				EXTEMA GRAVEDAD: BUQUES (...), REDES INTERNACIONALES ART. 370		
ARTÍCULO		PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA	ARTÍCULO	SUSTANCIA	PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA	SUSTANCIA	PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA
ORGANIZACIÓN 570 bis.2 (DELITO NO GRAVE) n° elevado personas, armas, medios avanzados. + TRÁFICO DROGAS (no grave daño) Art. 368	Promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	04.06.01 06.00.00 + 01.00.00 03.00.00 y multa tto al 2	09.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administradores)	NO GRAVE DAÑO	10.00.01 15.00.00 y multa del 4 a 6	15.00.00	NO GRAVE DAÑO	03.00.01 04.06.00 o 04.06.01 06.09.00 + Multa tto. al 4 o al 6	06.09.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	02.00.01 03.00.00 + 01.00.00 03.00.00 y multa tto al 2	06.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertenencia)	NO GRAVE DAÑO	04.06.00 10.00.00 y multa tanto al 4	10.00.00	NO GRAVE DAÑO	03.00.01 04.06.00 o 04.06.01 06.09.00 + Multa tto. al 4 o al 6	06.09.00
ORGANIZACIÓN 570 bis.2 (DELITO NO GRAVE) DOS O MAS CIRCUNST. n° elevado personas, armas, medios av. + TRÁFICO DROGAS (no grave daño) Art. 368	Promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	06.00.01 09.00.00 + 01.00.00 03.00.00 y multa tanto al duplo	12.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administradores)	NO GRAVE DAÑO	10.00.01 15.00.00 y multa del 4 a 6	15.00.00	NO GRAVE DAÑO	03.00.01 04.06.00 o 04.06.01 06.09.00 + Multa tto. al 4 o al 6	06.09.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	03.00.01 04.06.00 + 01.00.00 03.00.00 y multa tanto al duplo	07.06.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertenencia)	NO GRAVE DAÑO	04.06.00 10.00.00 y multa tanto al 4	10.00.00	NO GRAVE DAÑO	03.00.01 04.06.00 o 04.06.01 06.09.00 + Multa tto. al 4 o al 6	06.09.00

TRÁFICO DE DROGAS CAUSANTES DE GRAVE DAÑO, CONCURRIENDO UNA O DOS AGRAVACIONES DEL ART. 369, EJECUTADO A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL O CON UTILIZACIÓN DE BUQUE, AERONAVE... (CONCURRIENDO UNA Y/O MÁS CIRCUNSTANCIAS DEL ART. 570 BIS. 2: FORMADA POR UN ELEVADO NÚMERO DE PERSONAS, CON ARMAS, MEDIOS AVANZADOS DE COMUNICACIÓN O TRANSPORTE...										
ORGANIZACIÓN ART. 570 BIS.2 + DROGAS				ORGANIZACIÓN DROGAS ART. 369 BIS				EXTEMA GRAVEDAD: BUQUES (...), REDES INTERNACIONALES ART. 370		
ARTÍCULO		PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA	ARTÍCULO	SUSTANCIA	PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA	SUSTANCIA	PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA
ORGANIZACIÓN 570 bis.2 (DELITO GRAVE) n° elevado personas, armas, medios avanzados + TRÁFICO DROGAS (grave daño) Art. 369	Promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	06.00.01 08.00.00 + 06.00.01 09.00.00 y multa 3 al 4½	17.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pto 2º (jefes, encargados o administradores)	GRAVE DAÑO	12.00.01 18.00.00 y multa del 4 a 6	18.00.00	GRAVE DAÑO	06.00.01 09.00.00 o 09.00.01 13.06.00 + Multas tto al 6 o al 9	13.06.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	03.06.01 05.00.00 + 06.00.01 09.00.00 y multa 3 al 4½	14.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pto 1º (pertenencia)	GRAVE DAÑO	09.00.00 12.00.00 y multa tanto al 4	12.00.00	GRAVE DAÑO	06.00.01 09.00.00 o 09.00.01 13.06.00 + Multas tto al 6 o al 9	13.06.00
ORGANIZACIÓN 570 bis.2 (DELITO GRAVE) DOS O MAS CIRCUNST. n° elevado personas, armas, medios avanzados + TRAFICO DROGAS (grave daño) Art. 369	Promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	08.00.01 12.00.00 + 06.00.01 09.00.00 y multa 3 al 4½	21.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pto 2º (jefes, encargados o administradores)	GRAVE DAÑO	12.00.01 18.00.00 y multa del 4 a 6	18.00.00	GRAVE DAÑO	06.00.01 09.00.00 o 09.00.01 13.06.00 + Multas tto al 6 o al 9	13.06.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	05.00.01 07.06.00 + 06.00.01 09.00.00 y multa 3 al 4½	16.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pto 1º (pertenencia)	GRAVE DAÑO	09.00.00 12.00.00 y multa tanto al 4	12.00.00	GRAVE DAÑO	06.00.01 09.00.00 o 09.00.01 13.06.00 + Multas tto al 6 o al 9	13.06.00

TRÁFICO DE DROGAS NO CAUSANTES DE GRAVE DAÑO, CONCURRIENDO UNA O DOS AGRAVACIONES DEL ART. 369, EJECUTADO A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL O CON UTILIZACIÓN DE BUQUE, AERONAVE... (CONCURRIENDO UNA Y/O MÁS CIRCUNSTANCIAS DEL ART. 570 BIS. 2: ELEVADO NÚMERO DE PERSONAS, CON ARMAS, MEDIOS AVANZADOS DE COMUNICACIÓN O TRANSPORTE...										
ORGANIZACIÓN ART. 570 BIS.2 + DROGAS				ORGANIZACIÓN DROGAS ART. 369 BIS				EXTEMA GRAVEDAD: BUQUES (...), REDES INTERNACIONALES ART. 370		
ARTICULO		PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA	ARTICULO	SUSTANCIA	PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA	SUSTANCIA	PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA
ORGANIZACIÓN 570 bis.2 (DELITO NO GRAVE) n° elevado personas, medios avanzados. + TRÁFICO DROGAS (no grave daño) Art. 369	Promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	04.06.01 06.00.00 + 03.00.01 04.06.00 y multa 2 al 3	10.06.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pto 2º (Jefes, encargados o administradores)	NO GRAVE DAÑO	10.00.01 15.00.00 y multa del 4 al 6	15.00.00	NO GRAVE DAÑO	03.00.01 04.06.00 o 04.06.01 06.09.00 + Multa tto. al 4 o al 6	06.09.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	02.00.01 03.00.00 + 03.00.01 04.06.00 y multa 2 al 3	07.06.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pto 1º (pertinencia)	NO GRAVE DAÑO	04.06.00 10.00.00 y multa tanto al 4	10.00.00	NO GRAVE DAÑO	03.00.01 04.06.00 o 04.06.01 06.09.00 + Multa tto. al 4 o al 6	06.09.00
ORGANIZACIÓN 570 bis.2 (DELITO NO GRAVE) DOS O MAS CIRCUNST: n° elevado personas, medios avanzados. + TRÁFICO DROGAS (no grave daño) Art. 369	Promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	06.00.01 09.00.00 + 03.00.01 04.06.00 y multa 2 al 3	13.06.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pto 2º (Jefes, encargados o administradores)	NO GRAVE DAÑO	10.00.01 15.00.00 y multa del 4 al 6	15.00.00	NO GRAVE DAÑO	03.00.01 04.06.00 o 04.06.01 06.09.00 + Multa tto. al 4 o al 6	06.09.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	03.00.01 04.06.00 + 03.00.01 04.06.00 y multa 2 al 3	09.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pto 1º (pertinencia)	NO GRAVE DAÑO	04.06.00 10.00.00 y multa tanto al 4	10.00.00	NO GRAVE DAÑO	03.00.01 04.06.00 o 04.06.01 06.09.00 + Multa tto. al 4 o al 6	06.09.00

6. LA INCIDENCIA DE LA LEY ORGÁNICA 5/2010, DE 22 DE JUNIO, EN EL DELITO DE TRÁFICO DE PRECURSORES

El artículo 371 del Código penal sanciona el denominado tráfico ilícito de precursores, cuya tipificación se remonta a la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de Tráfico de Drogas, que introdujo por primera vez el tráfico de precursores en el artículo 344 bis g) del antiguo Código Penal.

La Ley Orgánica 5/2010 no ha afectado directamente a la redacción del artículo 371, cuya última modificación –referida a su apartado 2– proviene de la efectuada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, siendo su redacción actual la siguiente:

1. El que fabrique, transporte, distribuya, comercie o tenga en su poder equipos, materiales o sustancias enumeradas en el cuadro I y cuadro II de la Convención de Naciones Unidas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y cualesquiera otros productos adi-

cionados al mismo Convenio o que se incluyan en otros futuros Convenios de la misma naturaleza, ratificados por España, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícita de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o para estos fines, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los géneros o efectos.

2. Se impondrá la pena señalada en su mitad superior cuando las personas que realicen los hechos descritos en el apartado anterior pertenezcan a una organización dedicada a los fines en él señalados, y la pena superior en grado cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones o asociaciones.

En tales casos, los jueces o tribunales impondrán, además de las penas correspondientes, la de inhabilitación especial del reo para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de tres a seis años, y las demás medidas previstas en el artículo 369.2.

Sin embargo, la Ley 5/2010 sí ha afectado de forma indirecta al tráfico de precursores, por un lado, en cuanto que el último párrafo ya no será aplicable al haber quedado sin contenido el artículo 369.2 al que se remite, y por otro, porque la pertenencia a una organización dedicada al tráfico de precursores entra en concurso con la nueva regulación que se efectúa en el nuevo Capítulo VI en el Título XXII del Libro II, que bajo la rúbrica «De las organizaciones y grupos criminales» y, por tanto, la pena a imponer en determinados casos puede ser la establecida en este Capítulo.

En los supuestos muy habituales en que el delito de tráfico de precursores concurre con el tráfico de drogas, se produce una absorción por éste de aquel, toda vez que el primero constituye un adelantamiento de las barreras de intervención penal, que determina la punición de actos preparatorios del delito de tráfico de drogas. Como afirma la STS de 26 de marzo de 2001, la «ratio» del precepto no puede ser más clara: el legislador ha tipificado en este caso actos preparatorios, en relación con el cultivo y la fabricación de productos tóxicos o estupefacientes o sustancias psicotrópicas, porque ha querido concertar con la comunidad internacional los instrumentos jurídicos orientados a la represión de determinadas actividades definidas como singularmente amenazadoras y perjudiciales para el bienestar de los pueblos.

El adelantamiento de la protección penal ha supuesto, en este caso, considerar como objeto del delito no sólo las drogas ya elaboradas sino los productos que se denominan sus «precursores».

Cuestión más problemática es la que se produce cuando el delito de tráfico de precursores se realiza perteneciendo a una organización dedicada a dicha finalidad. En términos similares a los ya expuestos *ut supra* en relación con los delitos de tráfico de drogas, se produce un concurso de normas con el delito de pertenencia a una organización criminal tipificado en el artículo 570 bis, el cual se ha de resolver mediante la aplicación de la regla de alternatividad prevista en el artículo 8.4.^a CP, y por tanto, comparar cuál de las disposiciones tiene señalada pena de mayor gravedad(*), a cuyo efecto en la tabla VI de la presente Circular se sistematizan las diferentes posibilidades.

Deberá tenerse en cuenta que el tipo penal del artículo 570 bis CP no sanciona la conducta de tráfico de precursores, por lo que para hacer la comparación de penas con el artículo 371, es preciso añadir a las penas fijadas por aquél, las que procedan por esta actividad delictiva.

En los supuestos en que la coparticipación en el delito de tráfico de precursores no alcanza el grado de organización y sí de grupo criminal, se produce un concurso real en el que se plantea la misma problemática anteriormente analizada en relación con el concurso entre los delitos de tráfico de drogas y pertenencia a un grupo criminal, que determina la imposición acumulada de las penas señaladas para ambos, debiendo procurar los Sres. Fiscales que en ningún supuesto se imponga pena superior a los partícipes en un grupo criminal, que la que les correspondería si estuvieran integrados en una organización.

**CUADRO PENOLÓGICO DEL TRÁFICO ILÍCITO DE PRECURSORES
Y COMPARATIVO CON PARTICIPACIÓN EN ORGANIZACIÓN
CRIMINAL (VI)**

PRECURSORES					ORGANIZACIÓN ART. 570 BIS + PRECURSORES					
ARTÍCULO	PRISION	PRISION MÁXIMA	MULTA	INHABILI TAC.	ARTICULO	PARTICIPA CION	PRISION	PRISION MAXIMA	MULTA	INHABILI TACION
TIPO BASICO (371.1)	03.00.00 06.00.00	06.00.00	TANTO AL TRIPLO							
ORGANIZA CIÓN -particpe- (371.2)	04.06.01 06.00.00	06.00.00	TANTO AL TRIPLO	INH.B. Especial DE 3 A 6 AÑOS	PRECURSORES + ORGANIZA CIÓN 570 bis.1 DELITO GRAVE	Participa cion, coopera cion activa	03.00.00 06.00.00 + 02.00.00 05.00.00	11.00.00	TANTO AL TRIPLO	INH.B. Especial DE 3 A 6 AÑOS
					PRECURSORES + ORGANIZA CIÓN 570 bis.2 DELITO GRAVE	num. elevado personas, armas, medios avanzados. (UNA O MAS CIRCUNTS)	03.00.00 06.00.00 + 03.06.01 05.00.00 05.00.01 07.06.00	11.00.00 13.06.00		
ORGANIZA CIÓN -jefes, administrador o encargados (371.2)	06.00.01 09.00.00	09.00.00	TANTO AL TRIPLO	INH.B. Especial DE 3 A 6 AÑOS	PRECURSORES + ORGANIZA CIÓN 570 bis.1 DELITO GRAVE	Promoto res, directo res, etc.	03.00.00 06.00.00 + 04.00.00 08.00.00	14.00.00	TANTO AL TRIPLO	INH.B. Especial DE 3 A 6 AÑOS

(*) Se marca con sombreado la pena privativa de libertad de mayor duración

CONCLUSIONES

Primera.–La reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, ha incidido en el Capítulo III, Título XVII del Libro II, produciendo un reajuste en las penas establecidas para los delitos relativos al tráfico de drogas tóxicas. En la aplicación de dichas penas tiene especial relevancia la innovadora regulación en el artículo 369 bis CP del delito de tráfico de drogas realizado por quienes pertenezcan a una organización delictiva, así como la incorporación del Capítulo VI al Título XXII del Libro II, dedicado a las organizaciones y grupos criminales. Con el objeto de unificar las pautas de actuación de los Sres. Fiscales en el ejercicio de las funciones que tienen encomendadas en el proceso de individualización de las penas, la presente Circular presenta diversas tablas con el objeto de facilitar la resolución de las situaciones concursales derivadas de la nueva regulación, mediante la concreción de las penas legalmente procedentes en cada uno de los diversos supuestos que pueden presentarse.

Segunda.–Los Sres. Fiscales deberán vigilar que las sentencias que aprecien el tipo atenuado previsto en el segundo párrafo del artículo 368 CP estén sustentadas en datos fácticos acreditados de la concurrencia de los presupuestos relativos a la escasa entidad del hecho y las circunstancias personales del culpable, interponiendo, en su caso, el correspondiente recurso de apelación o casación.

Tercera.—La atenuación prevista en el párrafo segundo del artículo 368 CP, a tenor del texto legal, puede ser aplicada respecto del tipo básico regulado en el párrafo primero del artículo 368 CP, y también cuando concurra uno o dos subtipos agravados del artículo 369 CP. No obstante, es conveniente advertir que en determinados supuestos concretos puede resultar incompatible la apreciación de la atenuación con alguno o alguno de los subtipos agravados en virtud de los elementos que configuran tales circunstancias, pero dadas las innumerables situaciones que pueden presentarse, no es posible establecer pautas de actuación más allá de indicar a los Sres. Fiscales que deberán estudiar pormenorizadamente cada una de dichas posibilidades y actuar con prudencia en la aplicación de dicha minoración de la pena.

Cuarta.—La apreciación de la expresada atenuación y, por tanto, la imposición de la pena inferior en grado conforme a las reglas contenidas en el artículo 70.1.2 CP, en los supuestos en los que concurra alguna circunstancia del artículo 369 CP, se efectuará a partir de la pena que corresponda tras la aplicación de tipo agravado.

Quinta.—En los supuestos en los que el culpable introdujera o sacare ilegalmente sustancias estupefacientes o productos psicotrópicos del territorio nacional o favoreciese la realización de tales conductas, deberá apreciarse la absorción del delito de contrabando en el de tráfico de drogas por existir un concurso de normas a resolver conforme la regla 3.ª del artículo 8 CP.

Sexta.—Cuando una acción incurra en alguno de los subtipos agravados en el artículo 369 CP o en el artículo 370 CP y además se aprecie la concurrencia de la agravación de pertenencia a organización delictiva en delitos de tráfico de drogas prevista en el artículo 369 bis, se producen diversas situaciones concursales en relación con la nueva regulación en el Capítulo VI del Título XXII del Libro II, de las organizaciones y grupos criminales, para cuya resolución hay que atender a lo que se establece en las siguientes conclusiones.

Séptima.—Cuando se produzca alguna de las situaciones concursales a las que se hace referencia en la presente Circular, los Sres. Fiscales deberán cuidar que la calificación jurídica formulada en sus correspondientes escritos contenga todas las normas en concurso, incluidas las que queden absorbidas, así como las que se aplican para la resolución del mismo, de forma que en los supuestos en los que órgano jurisdiccional de enjuiciamiento no aprecie la existencia de alguna de las circunstancias fácticas que generan tal concurso, pueda dictar el correspondiente fallo en virtud de la calificación jurídica formulada respecto de los restantes hechos que se consideren probados, sin que se pueda alegar indefensión por vulneración del principio acusatorio.

Octava.—A los efectos de la correcta calificación de los hechos típicos realizados en concierto por varios sujetos, como supuestos de organización, grupo criminal u otra forma de codelinquencia, siguiendo el criterio establecido en la Circular de la FGE núm. 2/2011 sobre la reforma del Código Penal en relación con las organizaciones y grupos criminales, los Sres. Fiscales valorarán la concurrencia de circunstancias que revelen la voluntad de continuidad en otras actividades criminales de la misma clase, que ordinariamente se pondrá de manifiesto por los medios comisivos utilizados para delinquir, y de los que a su vez se desprenderá la existencia de una planificación o coordinación con un cierto reparto de papeles que favorezca la eficacia de su actividad criminal, su capacidad ofensiva y la impunidad de sus miembros.

Novena.—En los supuestos en los que se produzca un concurso entre las normas que regulan la pertenencia a una organización criminal, es decir, entre los artículos 369 bis y 570 bis CP, se ha de aplicar la regla de alternatividad prevista en el artículo 8.4.ª CP, y por tanto, comparar cuál de las disposiciones tiene señalada pena de mayor gravedad, a cuyo efecto en la tabla III de la presente Circular se sistematizan las diferentes posibilidades.

Deberá tenerse en cuenta que el tipo penal del artículo 570 bis CP no sanciona la conducta de tráfico de drogas, por lo que para hacer la comparación de penas con el artículo 369 bis, es preciso añadir a las penas previstas por aquél, las que procedan por esta actividad delictiva.

Décima.—En el delito de tráfico de drogas perteneciendo a un grupo criminal concurren dos hechos diferenciados que afectan a bienes jurídicos distintos.

Por un lado, el hecho de pertenecer a un grupo criminal, conducta tipificada en el artículo 570 ter CP, y, por otro, la acción de traficar con drogas regulada en sus diferentes modalidades en los artículos 368 y ss. CP, no siendo de aplicación las normas establecidas en el artículo 8 CP, pues se trata de un concurso real regulado en los artículos 73 y 75 CP, debiéndose imponer acumulativamente las penas señaladas a ambos delitos.

Undécima.—Los Sres. Fiscales deberán restringir la aplicación de la agravación del delito de tráfico de drogas mediante la utilización de menores de edad o disminuidos psíquicos a los supuestos en que tales circunstancias estén relacionadas con la ejecución del comportamiento típico, siendo preciso que el conocimiento del sujeto activo abarque todos los elementos del tipo objetivo y, por tanto, tenga al menos certeza probable sobre la edad o estado psíquico de las personas utilizadas.

Además en virtud del Acuerdo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2009, este tipo agravado resulta de aplicación cuando el autor se sirve de un menor de edad o disminuido psíquico de un modo abusivo y en provecho propio o de un grupo, prevaliéndose de su situación de ascendencia o de cualquier otra forma de autoría mediata.

Duodécima.—Los Sres. Fiscales deberán aplicar la circunstancia agravante de extrema gravedad de la cantidad de sustancia estupefaciente o producto psicotrópico en todos aquellos casos en que exceda del resultado de multiplicar por mil la cuantía señalada por el Tribunal Supremo como módulo para la apreciación de la agravación de notoria importancia.

Decimotercera.—En los supuestos en los que concurren tres o más de las circunstancias previstas en el artículo 369, los Sres. Fiscales valorarán en cada caso, las agravaciones que concurren y las circunstancias personales del autor, así como las correspondientes a la comisión del hecho ilícito, para individualizar adecuadamente, en función de ello, la pena que resulte procedente solicitar.

Decimocuarta.—Los Sres. Fiscales deberán aplicar la circunstancia agravante de extrema gravedad por utilización de buques, embarcaciones o aeronaves en el transporte ilícito de drogas en aquellos supuestos en los que dicha circunstancia determine una mayor intensidad criminal, por tanto, no cualquier método de transporte marítimo merecerá el efecto exacerbador de la pena, sino sólo aquellos cuya utilización contribuya de manera decisiva al éxito de la consumación del delito y al intento potencialmente eficiente de facilitar o asegurar su impunidad, quedando también al margen de la agravación el aprovechamiento de un medio de transporte utilizado con cualquier otra finalidad, como el traslado comercial lícito de personas, bienes o efectos de otra naturaleza.

Decimoquinta.—En los delitos de tráfico de drogas cometidos por organizaciones o grupos criminales utilizando buques, embarcaciones o aeronaves constitutivos de la agravación de extrema gravedad del artículo 370 CP, se produce un concurso de normas con lo dispuesto en los artículos 570 bis.2 y 570 ter.2 CP, respectivamente, que ha de resolverse conforme a la regla 4.ª del artículo 8 CP. La determinación de la pena más grave en cada uno de los múltiples supuestos que pueden presentarse quedan reflejadas en la tabla V, en la que se ha omitido la referencia al grupo criminal del artículo 570.ter, toda vez que, como ha quedado explicado en el cuerpo de esta Circular,

las penas establecidas en el artículo 370 CP son, en todos los casos, de mayor gravedad y, por tanto, de aplicación, en virtud de lo dispuesto en la regla 4.^a del artículo 8 CP.

Decimosexta.—En los supuestos muy habituales en que el delito de tráfico de precursores concurre con el tráfico de drogas, se produce una absorción por éste de aquel, toda vez que el primero constituye un adelantamiento de las barreras de intervención penal, que determina la punición de actos preparatorios del delito de tráfico de drogas.

Decimoséptima.—Cuando el delito de tráfico de precursores se realice por una organización se produce un concurso de normas entre los artículos 371.2 y 570 bis CP, el cual se ha de resolver mediante la aplicación de la regla de alternatividad prevista en el artículo 8.4.^a CP, y por tanto, hay que comparar cuál de las disposiciones tiene señalada pena de mayor gravedad, a cuyo efecto en la tabla/cuadro VII de la presente Circular se sistematizan las diferentes posibilidades, en la que se incluye el cuadro de penas correspondiente a los supuestos en que el delito se realice por un grupo criminal, en cuyo caso se produce un concurso real en el que se plantea la misma problemática anteriormente analizada en relación con el concurso entre los delitos de tráfico de drogas y pertenencia a un grupo criminal, que determina la imposición acumulada de las penas señaladas para ambos, debiendo procurar los Sres. Fiscales que en ningún supuesto se imponga más pena a los partícipes en un grupo criminal, que la que les correspondería si estuvieran integrados en una organización.

OTRAS CIRCULARES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

CIRCULAR 4/2011, SOBRE CRITERIOS PARA LA UNIDAD DE ACTUACIÓN ESPECIALIZADA DEL MINISTERIO FISCAL EN MATERIA DE SINIESTRALIDAD LABORAL

I. Introducción.—II. Cuestiones sustantivas: II.1 Delitos de riesgo doloso del artículo 316 del CP: II.1.1 Posibles sujetos responsables del delito de riesgo del artículo 316 CP: II.1.1.1 El empresario como posible sujeto activo del delito de riesgo de los artículos 316 y 317 del CP. II.1.1.2 La delegación de funciones en el ámbito preventivo laboral. II.1.1.3 Los servicios de prevención y su posible responsabilidad. II.1.1.4 Los Recursos Preventivos. II.1.1.5 La concurrencia de empresas: supuestos de contratación y subcontratación. II.1.1.6 Los técnicos en la actividad de construcción. Especial referencia al coordinador de seguridad y salud. II.1.1.7 Especial referencia a los Delegados de Personal y a los miembros de los Comités de Seguridad y Salud. II.1.2 Caracteres y categorías conceptuales. II.1.2.1 Tipo de peligro. II.1.2.2 Concepto del peligro grave. II.1.2.3 Concepto de «facilitar». II.1.2.4 Concepto de «medios necesarios». II.1.2.5 Cuestiones concursales. II.2 Delito de riesgo imprudente del artículo 317 del CP. II.3 El artículo 318 del CP. II.4 Infracciones imprudentes. II.4.1 Importancia de la calificación inicial del resultado lesivo. II.4.2 Graduación de la imprudencia: imprudencia grave y leve. II.4.3 Imprudencia de la víctima. II.4.4 Imprudencia profesional. II.4.5 Valoración médico-legal del resultado lesivo causado en accidente laboral. II.4.6. Enfermedades profesiona-

les.–III. Cuestiones procesales: III.1 Las Diligencias de Investigación del Ministerio Fiscal: III.1.1 Recepción en la Fiscalía de comunicaciones o atestados de las instancias citadas o denuncias de particulares o sindicatos relativas a fallecidos o lesionados en accidente laboral. III.1.2 Comunicaciones de atestados o denuncias relativas a delitos de riesgo. III.2 La intervención del Fiscal en la fase de instrucción: III.2.1 La intervención activa del Fiscal durante la instrucción del procedimiento. III.2.2 Especial referencia a la instrucción de procedimientos seguidos por accidentes laborales sufridos por trabajadores inmigrantes extranjeros. III.2.3 Intervención de la acusación particular –fundamentalmente de los Sindicatos– en los procesos de siniestralidad laboral. III.2.4 Medidas cautelares personales en los procedimientos seguidos como consecuencia de la siniestralidad laboral. III.2.6 Control por los Fiscales de los Autos de archivo, sobreseimiento y declaración de falta de estos procedimientos. III.3 La intervención del Ministerio Fiscal en la fase intermedia: III.3.1 El escrito de petición de sobreseimiento. III.3.2 Control del auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado. III.3.3 El escrito de acusación: III.3.3.1 Redacción de los hechos. III.3.3.2 Calificación jurídica. III.3.3.3 La calificación provisional en supuestos de concursos de normas entre delitos de riesgo y delitos de resultado lesivo. III.3.3.4 Homogeneidad o heterogeneidad de los artículos 316 y 317 del CP. III.3.3.5 Determinación de las penas. III.3.3.6 La responsabilidad civil. III.3.3.7 Intervención en el juicio oral de los Inspectores de Trabajo y los Técnicos de los organismos autónomos. III.4 La intervención del Ministerio Fiscal en el Juicio Oral. III.5 La intervención del Fiscal en la ejecución de las Sentencias: III.5.1 La aplicación de los sustitutivos penales de las penas cortas de prisión: III.5.1.1 La suspensión de la pena de prisión. III.5.1.2 La sustitución de la pena de prisión conforme al artículo 88 del CP. III.5.2 La ejecución de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión u oficio.–IV. Conclusiones.

CIRCULAR 5/2011, SOBRE CRITERIOS PARA LA UNIDAD DE ACTUACIÓN ESPECIALIZADA DEL MINISTERIO FISCAL EN MATERIA DE EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN

I. Introducción: Contrabando de personas, inmigración clandestina y trata de seres humanos.–II. El delito de trata de seres humanos: Artículo 177 bis CP: II.1 Introducción. Bien jurídico protegido. II.2 Conductas típicas alternativas. II.3 Medios comisivos alternativos. II.4 Tipo subjetivo: II.4.1 La imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre, o a la mendicidad. II.4.2 La explotación sexual, incluida la pornografía. II.4.3 La extracción de sus órganos corporales. II.5 Tipos cualificados: II.5.1 Tipos cualificados en atención a la víctima: 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. II.5.2 Delito cometido por la autoridad, sus agentes o funcionarios. II.5.3 Delincuencia organizada. II.6 Reincidencia internacional. II.7 Responsabilidad penal de las personas jurídicas. II.8 Concurso de delitos con el artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación. II.9 Exclusión de responsabilidad penal de las víctimas de trata.–III. De los delitos contra los

derechos de los ciudadanos extranjeros: III.1 Introducción. III.2 La ilegalidad del tráfico y la clandestinidad de la inmigración. III.3 Bienes jurídicos protegidos: delito de peligro abstracto. Conductas inocuas. III.4 Las acciones de promoción, favorecimiento o facilitación, directa o indirecta del tráfico ilegal o inmigración clandestina. III.5 Los supuestos de favorecimiento de la estancia ilegal sobrevenida. III.6 Tipo subjetivo. III.7 Consumación. Delito de mera actividad. III.8 Sujetos pasivos: exclusión de los ciudadanos comunitarios. III.9 Unidad o pluralidad de víctimas. Inexistencia de continuidad delictiva. III.10 Subtipos cualificados: III.10.1 Ánimo de lucro. III.10.2 Puesta en peligro de la vida, la salud o la integridad de las personas. III.10.3 Menores de edad e incapaces. III.10.4 Autoridad, agente de ésta o funcionario público. III.10.5 Criminalidad organizada. III.11 Subtipo privilegiado.–IV. Delito de prostitución coactiva: IV.1 Introducción. IV.2 Concepto de prostitución. IV.3 Bien jurídicamente tutelado por el artículo 188.1 CP. IV.4 Conductas típicas: determinación y mantenimiento en la prostitución. IV.5 Medios comisivos. Concurso con el delito de detención ilegal. IV.6 Delito de trata de seres humanos y prostitución coactiva: concurso instrumental de delitos. IV.7 Delito de explotación de la prostitución de otra persona. IV.8 Tipos cualificados: IV.8.1 Minoría de edad e incapacidad. IV.8.2 Otros subtipos cualificados. IV.9 Responsabilidad civil.–V. Delitos contra los derechos de los trabajadores extranjeros: V.1 Introducción. V.2 Naturaleza jurídica y bien jurídico protegido. V.3 La explotación como elemento diferenciador de las conductas perseguibles por el derecho laboral sancionador. V.4 Sujeto activo y las personas jurídicas. V.5 Sujeto pasivo: súbditos extranjeros sin permiso de trabajo. V.6 Relación laboral. V.7 Casos analizados por la jurisprudencia: *a)* Contrato de esclavo. *b)* Contratos abusivos y leoninos. V.8 Prostitución coactiva y delitos contra los derechos de los trabajadores extranjeros: concurso real de delitos.–VI. Expulsión de ciudadanos extranjeros no residentes legalmente en España como medida sustitutiva de penas privativas de libertad (art. 89 CP): VI.1 Introducción. VI.2 Ámbito subjetivo de aplicación del artículo 89 CP: «extranjero no residente legalmente en España»: VI.2.1 Ciudadanos no comunitarios. VI.2.2 Prueba de la situación de residencia. VI.2.3 Ciudadanos de la Unión Europea y asimilados. VI.2.4 Padres de niños españoles (o comunitarios) [Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) 8/3/2011 (C/34/09)]. VI.2.5 Momento de valoración de la situación administrativa: cambio de circunstancias. VI.3 Sustitución íntegra de la condena privativa de libertad por la expulsión del territorio nacional: VI.3.1 Ámbito objetivo de aplicación de la sustitución íntegra: penas privativas de libertad inferiores a seis años: VI.3.1.1 Penas privativas de libertad. VI.3.1.2 Límite de los seis años: *a)* la pena a tomar en consideración es la pena efectivamente impuesta. *b)* Pluralidad de penas privativas de libertad, cada una de ellas inferiores a seis años, pero que sumadas exceden ese límite. *c)* Concurrencia de resoluciones, aplicando unas la expulsión judicial y otras exigiendo su cumplimiento en centro penitenciario: imposibilidad de refundición de conformidad con el artículo 76.2 CP. *d)* Concurrencia entre causas penales pendientes de enjuiciamiento y expulsión ya decretada. VI.3.2 Superación de automatismo: criterio de la preferencia de la sustitución. VI.3.3 Motivación de la decisión: las razones que justifican su no aplicación: VI.3.3.1 Gravedad y naturaleza de delito: prevención general. VI.3.3.2 Los intereses particulares del afectado. VI.3.3.3 Los antecedentes y el riesgo de reiteración delictiva del afectado. VI.3.4 Previa audiencia del condenado: debate contradictorio. VI.3.5 El escrito de acusación del Ministerio Fis-

cal. VI.3.6. La disposición adicional 17.^a LO 19/2003 y el posible ingreso en Centro de Internamiento de Extranjeros (art. 89.6 CP). VI.3.7 La sustitución íntegra de la condena mediante auto posterior. VI.3.8 Imposibilidad de llevar a cabo la expulsión. VI.3.9 La suspensión de condena y otras modalidades de sustitución aplicables a los penados extranjeros sin residencia legal. VI.4 Expulsión como medida sustitutiva del cumplimiento parcial de la condena: VI.4.1 Presupuestos objetivos de aplicación. VI.4.2 La expulsión sustitutiva a instancia del Ministerio Fiscal. VI.5 Quebrantamiento de la expulsión. VI.6 Régimen transitorio. VI.7 Las consecuencias de la aplicación del artículo 89 CP a extranjeros sancionados administrativamente.–VII. Conclusiones.

CIRCULAR 6/2011, SOBRE CRITERIOS PARA LA UNIDAD DE ACTUACIÓN ESPECIALIZADA DEL MINISTERIO FISCAL EN RELACIÓN A LA VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

I. Introducción.–II. Competencia de los juzgados de violencia sobre la mujer: II.1 Competencia en el orden penal: II.1.1 Competencia objetiva: II.1.1.1 Por razón de la materia: *a)* Delito de quebrantamiento. *b)* Delito contra los derechos y deberes familiares. II.1.1.2 Por razón de las personas: *a)* Relaciones de noviazgo. *b)* Relaciones de afectividad de mujeres menores de edad. *c)* Relaciones sentimentales paralelas. *d)* Parejas homosexuales. *e)* Víctimas transexuales. II.1.2 Competencia territorial: II.1.2.1 Concepto de domicilio. II.1.2.2 Excepciones al fuero determinado por el domicilio de la víctima. II.1.3 Competencia por conexidad. II.2 Competencia civil: II.2.1 Catálogo de procedimientos: II.2.1.1 Procedimiento para la liquidación del régimen matrimonial y la formación de inventario. II.2.1.2 Procedimientos de ejecución de sentencias y resoluciones dictadas por los juzgados especializados. II.2.1.3 Procedimiento de justicia gratuita. II.2.1.4 Procedimiento para la reclamación de derechos y gastos que hubiere suplido en un asunto el procurador o de honorarios de abogados. II.2.2 Interpretación de la expresión «fase del juicio oral» contenida en el artículo 49 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil.–III. La dispensa a la obligación de declarar: III.1 Excepciones a la obligación de denunciar prevista en el artículo 261 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. III.2 La dispensa del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: III.2.1 Sujetos con derecho a dispensa: III.2.1.1 Relaciones de noviazgo. III.2.1.2 Ruptura de la relación: *a)* Supuesto de ruptura de la convivencia en parejas de hecho. *b)* Ruptura de la convivencia entre cónyuges. III.2.2 Determinación del momento en que han de darse esas relaciones para la aplicación de la dispensa. III.2.3 La información del contenido del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Supuestos y efectos.–IV. Legitimación del titular de la Delegación de Gobierno contra la violencia sobre la mujer ante los órganos jurisdiccionales: IV.1 Personación de la Delegación del Gobierno y administraciones autonómicas. Normativa. IV.2 Problemática en torno a la personación de la Delegación del Gobierno y las Comunidades Autónomas en los procedimientos de violencia sobre la mujer: IV.2.1 Admisibilidad y cualidad de la personación. IV.2.2 Exigibilidad de querrela y prestación de fianza.–V. Intervención del Ministerio Fiscal en relación con las medidas de asistencia social: V.1 Capítulos II y III del Título II de la LO 1/2004. V.2 Ley de Extranjería. V.3 El artículo 174.2 de la Ley de Seguridad Social.–

VI. Dispositivos Electrónicos.–VII. Cuestiones sustantivas penales: VII.1 La pena de prohibición de aproximación: artículo 57.2 del CP: VII.1.1 Sobre el carácter imperativo de la pena de prohibición de aproximación en los supuestos de violencia de género y doméstica. VII.1.2 Sobre el cumplimiento simultáneo de la pena de prisión y de las penas accesorias de prohibición de aproximación y/o comunicación. VII.2 El delito de quebrantamiento: VII.2.1 «Quebrantamiento consentido» de la pena o medida cautelar de prohibición de aproximación. VII.2.2 Continuidad delictiva en los delitos de quebrantamiento de medida o pena de aproximación y/o comunicación. VII.3 Problemática en relación con la aplicación del artículo 148.1 y 4 del Código Penal. VII.4 El delito de violencia habitual. Principio *non bis in idem*. VII.5 La nueva regulación de la pena de privación de la patria potestad y de la inhabilitación para su ejercicio.–VIII. Cuestiones sustantivas civiles. Custodia compartida y violencia sobre la mujer.–IX. Conclusiones.

CIRCULAR 7/2011, SOBRE CRITERIOS PARA LA UNIDAD DE ACTUACIÓN ESPECIALIZADA DEL MINISTERIO FISCAL EN MATERIA DE MEDIO AMBIENTE Y URBANISMO

I. Introducción.–II. Nuevas conductas del artículo 319 del Código Penal.–III. La demolición.–IV. El comiso.–V. La prevaricación urbanística del artículo 320.–VI. El nuevo concepto de «alta mar» del artículo 325.–VII. Nuevas conductas del artículo 328 del Código Penal.–VIII. La prevaricación omisiva del artículo 329.–IX. Criterios interpretativos relativos a los artículos 332, 333 y 334.–X. Criterios en relación con la caza o pesca de otras especies del artículo 335.–XI. Novedades relativas al maltrato de animales domésticos del artículo 337.–XII. Conclusiones.

CIRCULAR 9/2011, SOBRE CRITERIOS PARA LA UNIDAD DE ACTUACIÓN ESPECIALIZADA DEL MINISTERIO FISCAL EN MATERIA DE REFORMA DE MENORES

I. Introducción.–II. La prescripción en la jurisdicción de menores: II.1 La prescripción en Diligencias Preliminares. II.2 La interrupción de la prescripción en el Expediente de Reforma. II.3 Actos interruptivos subsiguientes. II.4 Supuestos de ampliación de expediente. II.5 Supuestos contemplados en el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional del TS de 26 de octubre de 2010. II.6 La prescripción en causas remitidas por inhibición de los Juzgados de Instrucción.–III. Reglas para la determinación de las medidas: III.1 Interpretación del artículo 10.1.b, segundo y tercer párrafo y 10.2 LORPM, respecto a las medidas de internamiento en centro cerrado y libertad vigilada. III.2 Tratamiento de los delitos contra la indemnidad sexual.–IV. Fase de instrucción: IV.1 Algunas cuestiones relativas a la detención de menores: IV.1.1 Asistencia letrada en Comisaría a menores detenidos por delitos contra la seguridad vial. IV.1.2 Requisitorias expedidas desde la Fiscalía. IV.1.3 Asistencia de los representantes legales en la declaración del menor infractor. IV.1.4 Asistencia a menores detenidos. IV.1.5 Menores emancipados detenidos. IV.1.6 Mayores

de edad detenidos por hechos cometidos siendo menores. IV.2 Representación de menores: IV.2.1 Representación de menores no detenidos. IV.2.2 Incompatibilidad entre el menor y sus representantes y designación de letrado. IV.3 Notificación de expediente al menor imputado. IV.4 Instrucción de causas cuando resultan imputados mayores y menores de edad. IV.5 Archivos por ejercicio del principio de oportunidad (arts. 18, 19 y 27.4 LORPM): IV.5.1 Desistimientos del artículo 18 LORPM. IV.5.2 Sobreseimiento del expediente por conciliación, reparación o actividad educativa (art. 19 LORPM). IV.5.3 El sobreseimiento del expediente conforme al artículo 27.4 LORPM. IV.6 Intervención del Equipo Técnico: IV.6.1 Informes orales en faltas. IV.6.2 Intervención de uno o todos los profesionales del Equipo Técnico en el informe. IV.7 Auxilios Fiscales: IV.7.1 Comunicaciones entre Fiscalía en las que se evitará recurrir al auxilio fiscal. IV.7.2 Auxilios fiscales para declaración de imputados: IV.7.2.1 Competencia para decidir la detención en caso de incomparecencia: IV.7.2.2 Menores detenidos en diferente provincia de aquella donde se instruye o se ha de instruir el expediente. IV.7.3 Auxilios fiscales en los que se plantee o proceda alguna de las soluciones extrajudiciales del artículo 19 LORPM. IV.7.4 Otras cuestiones: Idioma, Labor coordinadora de los Fiscales Delegados y resolución de eventuales controversias. IV.7.5 Declaración mediante videoconferencia en audiencia de quienes hubieran sido oídos en vía de auxilio.–V. Fase de enjuiciamiento: V.1 Impulso de la celeridad. V.2 Tesis. V.3 Salida del menor expedientado de la sala de vistas. V.4 Presencia del Equipo Técnico en la audiencia. V.5 Celebración de la audiencia a puerta cerrada. V.6 Prohibición de identificación.–VI. Suspensión de condena.–VII. Cuestiones relativas al recurso de casación.–VIII. Cuestiones relativas a la ejecución: VIII.1 Uso de videoconferencia. VIII.2 Ejecución de la medida de permanencia de fin de semana. VIII.3 Régimen disciplinario. VIII.4 Registros de ropa y enseres. VIII.5 Ejecución de la medida de internamiento terapéutico. VIII.6 Refundiciones. VIII.7 Inspecciones a Centros de Internamiento. VIII.8 Visitas de Letrados a Centros. VIII.9 Supervisión de la situación de los hijos de menores infractores ingresados en Centros. VIII.10 Menores ejecutoriados en situación de desamparo. VIII.11 Abono de medidas cautelares.–IX. Condena en costas.–X. Cuestiones relativas a la responsabilidad civil: X.1 Determinación del *quantum* indemnizatorio. X.2 Responsabilidad civil y emancipación. X.3 Cuestiones relativas a la ejecución de las disposiciones civiles de la sentencia. X.4 Otras cuestiones.–XI. Relaciones con los medios de comunicación.–XII. Conclusiones.

CIRCULAR 10/2011, SOBRE CRITERIOS PARA LA UNIDAD DE ACTUACIÓN ESPECIALIZADA DEL MINISTERIO FISCAL EN MATERIA DE SEGURIDAD VIAL

I. Contexto europeo e internacional de la delincuencia vial.–II. Las reformas penales operadas por la LO 15/2007 y 5/2010. Significación de la intervención penal en el tráfico viario. El principio de intervención mínima.–III. El bien jurídico protegido e los delitos contra la seguridad vial.–IV. El delito de exceso de velocidad punible del art. 379.1 CP: IV.1 Situación anterior. Antecedentes legislativos y datos científicos. La legislación de complemento. IV.2 Vías urbanas e interurbanas. IV.3 Elementos normativo del tipo. Conducción con excesos de

velocidad. Velocidad permitida reglamentariamente. IV.4 Normativa sobre señalización. IV.5 Elementos probatorios. Márgenes de error de los radares.—V. El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas. La tasa objetivada del artículo 379.2 CP: V.1 Antecedentes. Derecho comparado. V.2 Naturaleza jurídica. Peligro abstracto. V.3 La tasa objetivada en una de las dos pruebas. V.4 Márgenes de error. Redacción de atestados.—VI. El delito de conducción temeraria del artículo 380 CP. El nuevo supuesto contemplado en el artículo 380.2 CP.—VII. La conducción con manifiesto desprecio a la vida de los demás del artículo 381 CP.—VIII. La nueva regla concursal del artículo 382 CP: VIII.1 Las modificaciones introducidas en la norma concursal por la LO 15/2007. Naturaleza del concurso. VIII.2 Delitos de peligro y de resultado que entran en situación de concurso. VIII.3 Relación de causalidad. Imputación objetiva. VIII.4 Pluralidad de homicidios y lesiones imprudentes. VIII.5 Criterios de determinación de la infracción más grave. VIII.6 Responsabilidad civil. VIII.7 La supresión del libre arbitrio. Otras cuestiones.—IX. La negativa a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la detección de bebidas alcohólicas y drogas tóxicas del artículo 383 CP. Los controles de drogas del artículo 796.7 LECrim: IX.1 El bien jurídico protegido. IX.2 Conductas típicas. IX.3 La negativa a someterse a los controles de drogas del artículo 796.7 LECrim.—X. El delito de conducción tras la pérdida de vigencia del permiso por pérdida total de puntos (art. 384 inciso 1).—XI. El delito de conducción habiendo sido privado cautelar o definitivamente en vía judicial del derecho a conducir del artículo 384.2 CP: XI.1 Privación definitiva o cautelar. XI.2 Momento de ejecución del delito. XI.3 Las retiradas inmediatas del permiso de conducir tras la sentencia de conformidad en el Juzgado de Guardia.—XII. El delito de conducción sin haber obtenido nunca permiso o licencia del artículo 384 último inciso CP: XII.1 Los supuestos de pérdida de vigencia y permisos extranjeros. XII.2 Conducción con permiso distinto al exigido por la categoría del vehículo. XII.3 La obtención del permiso en el proceso. Resultado de daño. XII.4 Motos de competición, minimotos o minibikes. XII.5 Participación.—XIII. La nueva redacción del tipo de creación de grave riesgo para la circulación del artículo 385.1 CP.—XIV. La previsión penológica del artículo 47.3 CP. La disposición adicional 13.ª de la LSV: XIV.1 Las condenas a penas de privación del derecho a conducir inferiores a 2 años. XIV.2 Sentencia y ejecución. Examen del artículo 47.3 CP. Fundamento. XIV.3 Cómputo. La suma de las penas impuestas. Otros supuestos.—XV. Los concursos de delitos y la agravante de reincidencia: XV.1 Concursos. XV.2 La agravante de reincidencia.—XVI. La aplicación del comiso en los delitos viales. El nuevo artículo 385 bis CP: XVI.1 Criterios. XVI.2 La titularidad del vehículo. Los terceros de buena fe. XVI.3 La intervención policial del vehículo.—XVII. La reforma de la LO 5/2010. Nuevas previsiones penológicas en los artículos 379, 384 y 385 ter CP. La pena de trabajos en beneficio de la comunidad: XVII.1 Modificaciones penológicas. XVII.2 La pena de trabajos en beneficio de la comunidad.—XVIII. La diferenciación entre los delitos de lesiones y homicidio imprudente en el tráfico viario y la falta del artículo 621 CP. Vigencia de la instrucción 3/2006 FGE.—XIX. El resarcimiento a las víctimas de accidentes de tráfico. El baremo de seguro obligatorio. XIX.1 Introducción. XIX.2 Elemento temporal: cuantificar las indemnizaciones conforme a la fecha del siniestro o de la determinación judicial. XIX.3 Elemento personal: los perjudicados tabulares y extratabulares en caso de muerte. XIX.4 Las víctimas secundarias. XIX.5 Elemento material: el principio de reparación íntegra. Los daños y perjuicios resarcibles.—XX. Conclusiones.

BIBLIOGRAFÍA

Revista de Libros

BERNARD E. HARCOURT: *Against Prediction. Profiling, Policing and Punishing in an Actuarial Age* (2007) y *The Illusion of Free Markets. Punishment and the Myth of Natural Order* (2011)

NEOLIBERALISMO Y POLÍTICA PENAL

Aproximación al trabajo de Bernard E. Harcourt

1. Introducción

Bernard E. Harcourt es, desde hace algunos años, *Professor* de Derecho y Ciencia Política de la *University of Chicago*. Apenas es necesario resaltar que si se otorga credibilidad a las habituales clasificaciones de centros de enseñanza superior, esto significa que Harcourt ocupa una alta posición académica en una de las mejores universidades del planeta. A mayor abundamiento, ha sido profesor visitante en diversas instituciones de educación superior francesas y estadounidenses, y, aunque en su carrera profesional no sólo se ha dedicado a la docencia y a la investigación universitaria, presenta un currículum académico muy notable(1).

A pesar de todo ello, y por razones sólo parcialmente comprensibles, Bernard Harcourt no es excesivamente conocido en el ámbito del pensamiento penal en lengua española. Este déficit de conocimiento no puede entenderse sino como desafortunado. Y ello no tanto porque el profesor de Chicago ocupe, como se ha apuntado, una relevante posición académica. Lo que hace que su escaso conocimiento merezca ser superado es que Harcourt seguramente se encuentra hoy, sin temor a incurrir en una hipérbole, entre los pensadores del hecho penal y criminológico más interesantes, cuando menos en el ámbito anglosajón. Es seguro que su nombre no aparecerá en los catálogos bibliográficos de teoría del delito (entre otras cosas porque, como es sabido, en el ámbito estadounidense ésta es una materia bien poco cultivada),

(1) Una aproximación al currículum y a los trabajos de Bernard Harcourt puede verse en <http://bernardharcourt.com/>.

y que tampoco se hallará en los estudios de criminología administrativa o en las otras variantes de neopositivismo criminológico. Pero no lo es menos que sus aportaciones de la última década a la renovación de las aproximaciones críticas al sistema penal. Partiendo de una sólida formación politológica, con confesados rasgos postestructuralistas (2), Harcourt ha sabido ofrecer en esta etapa interesantes líneas de interpretación para aproximarse al sistema penal desde una perspectiva crítica.

El objetivo del presente texto es contribuir a paliar el mencionado desconocimiento. Para ello, no se pretende en este momento hacer referencia al conjunto de las materias abordadas por el autor estadounidense. Harcourt ha escrito importantes publicaciones en relación con temáticas como las políticas de control denominadas *Tolerancia Cero*, los problemas derivados de la libre circulación de armas en la sociedad estadounidense o la desviación juvenil (3). Sin embargo, en este momento no se va a prestar atención a esas destacadas líneas de investigación. El objetivo es menos ambicioso: se trata de reflexionar sobre la que seguramente ha constituido su principal preocupación de trabajo en el último lustro, a saber, la relación entre las teorías y prácticas neoliberales y la consolidación de un sistema penal expansivo, cada vez más alejado de cualquier ideal garantista. En este ámbito destacan sobre todo dos libros del autor: *Against Prediction. Profiling, Policing and Punishing in an Actuarial Age* (2007) y el recientemente publicado *The Illusion of Free Markets. Punishment and the Myth of Natural Order* (2011). Al margen de la valía intrínseca de estos textos, no cabe perder de vista que el autor se encuentra en una posición difícilmente mejorable para analizar la relación entre neoliberalismo y política penal. Por una parte, porque escribe desde el sistema estadounidense, que no en vano ha realizado el mayor experimento conocido de expansionismo punitivo. Por otra, porque su posición en la Universidad de Chicago le permite conocer de primera mano las ideas de quienes han hecho de esa institución el epicentro mundial de difusión de las ideas neoliberales durante los dos últimos cuartos de siglo.

2. Predicción y justicia actuarial. Las insuficiencias de una política penal sustentada en modelos de riesgo

El primero de los libros anteriormente citados, *Against Prediction. Profiling, Policing and Punishing in an Actuarial Age*, constituye la principal aportación de Harcourt al análisis crítico de las prácticas de cálculo de riesgos aplicadas al sistema penal. El modelo en el que se enmarca dicho género

(2) Quizás estos rasgos pueden verse con cierta claridad en buena parte de los textos de la revista *Carceral Notebooks* (<http://www.thecarceral.org>), de la cual es editor. En concreto, el volumen 4 (2008) de la revista, titulado *Discipline, Security and Beyond*, versó sobre el estudio de los cursos impartidos por Foucault en el *Collège de France* en 1978 (*Sécurité, Territoire, Population*) y 1979 (*Naissance de la Biopolitique*).

(3) *Vid.*, respectivamente, HARCOURT, 2001; 2003; 2005.

de prácticas, comúnmente denominado actuarial (4), ha sido objeto de estudio con cierta frecuencia en los últimos lustros (5). No es para menos, ya que los parámetros de dicho modelo suponen una transformación de gran alcance en los modos de funcionamiento del sistema penal. Por otra parte, en el contexto anglosajón la aplicación de criterios de riesgo en materia punitiva goza ya de una cierta tradición (6), como se ha ocupado de poner de manifiesto el propio autor (HARCOURT, 2007a: 7 ss., 17, 39 ss., 47 ss.), en materias como el *profiling* de transportistas de drogas, las decisiones sobre libertad condicio-

(4) El autor (2007a: 1) describe el modelo actuarial en Derecho penal como «el uso de métodos estadísticos, en vez de clínicos, consistentes en amplias bases de datos, para determinar los diferentes niveles de actuación criminal relacionados con uno o más rasgos grupales, a los efectos (1) de predecir la conducta criminal pasada, presente o futura y (2) de administrar una solución político-criminal [de tablas actuariales del sector de seguros, usadas para predecir las tasas de mortalidad de diferentes grupos de sujetos asegurados y para fijar las primas individuales]». En el mismo sentido, cfr. HARCOURT, 2007b: 93.

(5) El pensamiento *actuarial*, inicialmente denominado «*Nueva Penología*», se debe, en su teorización originaria, a los trabajos de M. FEELEY y J. SIMON (1992; 1994). Sobre ello, *vid.* asimismo, por todos, ANITUA, 2005: 508 s.; BECKETT, 1997: 9 ss.; DE GIORGI, 2000: 36 ss., 81 ss., 95 ss.; 2002: 113 ss.; O'MALLEY, 2010; RE, 2006: 90 ss.; SANTORO, 2004: 121 ss.; ZEDNER, 2009: 78 ss.

El modelo de justicia actuarial se caracterizaba, en el entendimiento de esos trabajos iniciales, por un tipo de discurso y de tecnologías en relación con sujetos peligrosos que venían a sustituir la gramática previa, sustentada en la culpabilidad individual, en los diagnósticos clínicos y en las intervenciones de tratamiento. Por lo demás, ese nuevo lenguaje actuarial, basado en cálculos probabilísticos aplicados a grupos poblacionales, no pretendía responder a comportamientos individuales, sino regular niveles de desviación criminal (cfr. HARCOURT, 2007a: 109; 2007b: 87).

Por lo demás, esos trabajos iniciales identificaron una matriz de sentido de un conjunto de prácticas a las que se aproximaron de forma crítica. En efecto, las tesis actuariales han sido conocidas, y estructuralmente analizadas, más por sus críticos que por sus defensores (cfr. MELOSSI, 2002: 231 s.).

(6) En efecto, en el ámbito anglosajón se realizaron aportaciones relevantes en esa orientación ya a comienzos de los años 80, incluso antes de que Beck popularizase la retórica del riesgo. *Vid.*, a modo de referencia, FLOUD/YOUNG, 1981; FLOUD, 1982: 213 ss.; GREENWOOD, 1982.

HARCOURT (2007a: 89 ss.) dedica algunas páginas de su libro al análisis del último texto citado. El autor destaca que la intención del trabajo era analizar la reformulación de la política penitenciaria, en el entendimiento de que encerrando durante mayor tiempo a los infractores de alta peligrosidad un Estado podría reducir, de forma simultánea, su índice de criminalidad y su población penitenciaria. El autor añade que el problema del estudio fue que la tasa de evaluaciones erróneas de la alta peligrosidad de los sujetos era elevada, con lo que podían incrementarse las resistencias a imponer condenas basadas en estimaciones con tal grado de error. Ello no evitó que las leyes que basan el incremento –en ocasiones muy relevante– de la condena en la peligrosidad del sujeto hayan proliferado en EE.UU. ya desde los años 90. Sobre todo ello, *vid.* asimismo HARCOURT, 2011b: 20 ss.

Sobre el abandono de las tesis de la incapacitación selectiva por parte de los autores que inicialmente las impulsaron, *vid.* asimismo MELOSSI, 2002: 231.

nal o las propias guías punitivas federales de EE.UU. (7). Quizás la posibilidad de disponer de esa perspectiva histórica, en la que a una primera etapa de auge tendencialmente acrítico de los criterios actuariales ha sucedido un momento ulterior de cierta conciencia de sus límites, ha facilitado el trabajo del autor de Chicago, que de este modo puede confrontar con mayor solidez las aporías de la teorización del riesgo. No obstante, su aportación no puede resultar temporalmente más oportuna, sobre todo en relación con los países en los que el actuarialismo se ha afirmado durante la última década, con un claro retraso en relación con el ámbito anglosajón. Este es el caso, por ejemplo, de Francia, en donde las evaluaciones en clave de eficiencia orientan de manera capital las actividades policial y judicial (8). Pero también es el caso de España, donde, más allá de unas ciertas experiencias en el ámbito penitenciario, los dispositivos de cálculo de riesgo van colonizando otras materias, como el tratamiento de la delincuencia sexual. En consecuencia, no parece ocioso reiterar que la aportación de Harcourt cobra una relevancia especialmente notable en contextos como el europeo, donde la penetración de las prácticas actuariales se produce en un contexto –por el momento– más bien acrítico.

Against Prediction está estructurado en tres partes diferenciadas. En la primera (pp. 39-107), Harcourt hace una detenida exposición de la penetración de las formas actuariales en el sistema penal, sin descuidar la atención a las consecuencias de esta transformación. Esa parte constituye, junto a otros trabajos del autor (9), una magnífica introducción al modelo de la justicia penal actuarial. En ella puede comprobarse que un campo privilegiado de penetración de las consideraciones actuariales es el del *profiling*, o diseño de perfiles de sujetos peligrosos, a los efectos de orientar la labor policial con la intención de mejorar su productividad (p. 103) (10).

La segunda parte (pp. 109-192) constituye seguramente el núcleo del libro. En ella el autor se ocupa de demostrar las aporías que subyacen a los criterios actuariales, además de poner de relieve sus efectos disfuncionales, que chocan tanto con evidentes criterios normativos de justicia cuanto con los propios parámetros de eficiencia que supuestamente sustentan el modelo. Para realizar esta detenida demostración, Harcourt no sólo recurre a los crite-

(7) Sobre estos antecedentes, algunos de los cuales el autor los remonta a inicios del siglo pasado, *vid.* también HARCOURT, 2011b: 5 ss., 10 ss.

HARCOURT, 2007b: 87 s., destaca que si bien en EE.UU. las leyes probabilísticas se aplican al análisis del delito desde antiguo, en la última etapa ha cambiado el modo en que son empleados análisis de riesgo y estadísticas. En efecto, con la superación del paradigma rehabilitador, estadísticas y datos se concentran únicamente en el análisis de los delitos y de los antecedentes criminales, desatendiendo las variables sociales, familiares y ambientales, que previamente tenían una notable relevancia.

(8) *Vid.*, sobre ello, MUCCHIELLI, 2008: 100 ss.; SAINATI/SCHALCHLI, 2007: 25 ss.

(9) *Vid.*, a modo de referencia, HARCOURT, 2007b: 87 ss.

(10) *Vid.* asimismo HARCOURT, 2007b: 87. Para una aproximación a las graves consecuencias del empleo de esta táctica policial, *vid.*, además de los trabajos del autor de Chicago, HARRIS, 2006: 213 ss.; MUCCHIELLI, 2008: 102, 106, 108.

rios normativos habituales en el debate político-criminal, sino que hace algo seguramente más valioso aún, y –desde luego– mucho más complejo. El autor se confronta con los modelos actuariales en el mismo terreno en el que éstos buscan afirmarse: el campo de las *hards sciences*, connotado por el empleo de complejos modelos matemáticos de probabilidades. Con un sorprendente dominio de dicha metodología, el académico estadounidense logra poner de relieve las falacias de los modelos de cálculo de riesgo, en particular los aplicados al ámbito policial del *profiling*. Vale la pena reiterar que es especialmente interesante que Harcourt emplee para cuestionar la orientación actuarial el mismo tipo de métodos que usa ese pensamiento; no en vano, como señala el autor (p. 106 s.) la consolidación de la justicia actuarial también se debe a la convicción de la comunidad científica –y política– sobre la especial utilidad de los métodos de cálculo de riesgo para la predicción de hechos futuros.

La tercera parte (pp. 193-239) cierra el libro con algunas consideraciones complementarias, entre las cuales no es menor la defensa de la aleatoriedad en el funcionamiento del sistema penal, que será objeto de breve comentario *infra*.

Un logro no menor de *Against Prediction*, que merece ser enfatizado, es que el autor no sólo confronta las tesis actuariales con las mismas herramientas metodológicas que las sustentan, sino que las discute en su propio plano funcional. En efecto, Harcourt consigue socavar los fundamentos de las prácticas de riesgo mediante consideraciones de justicia que son ajenas a la lógica de dicho paradigma, pero también las cuestiona desde su propia escala de fines, basada sobre la idea de eficacia –y, cuando menos indirectamente–, de eficiencia. Tal como señala el autor (p. 21), el parámetro funcional que sostiene las técnicas actuariales es que con su empleo se incrementa el descubrimiento de delitos, con lo que la eficacia del sistema penal crece, y mediante las funciones disuasorias e incapacitadoras del castigo se logra la disminución de las tasas de criminalidad.

Centrando su análisis en ese plano de eficacia de la respuesta penal, Harcourt demuestra (p. 122 ss.) que el empleo de las técnicas de cálculo actuarial en materia de *profiling* policial no tiene por qué generar necesariamente una disminución de la criminalidad. En efecto, esto sólo se producirá si la elasticidad de la respuesta ante la vigilancia policial por parte del grupo objeto de *profiling* es mayor que la de los grupos desatendidos. En caso contrario, ese criterio de selección de los objetos de atención policial genera un efecto de incremento de la delincuencia (11). Y precisamente este presupuesto de la elasticidad relativa del grupo objeto de control es desatendido en los cálculos de riesgo que se aplican a la actividad policial. Por lo demás, Harcourt destaca con razón que el *profiling* puede generar, indirectamente, un segundo efecto de incremento de la criminalidad. En efecto, en la medida en que el respeto de la ley se sustenta, en cierta medida, en la convicción de su justicia, el grupo objeto de control puede mantener, o incrementar, su nivel de delin-

(11) *Vid.* asimismo HARCOURT, 2007b: 89, 94 ss.

cuencia como consecuencia de la apreciación del carácter discriminatorio de la actividad policial (p. 128). A mayor abundamiento, el control policial focalizado genera unas específicas dificultades a los miembros del grupo objeto de vigilancia para acceder al trabajo o a opciones formativas, así como para mantener una vida familiar, lo que supone un costo del delito generalmente desatendido(12).

Como se ha apuntado, aun siendo muy importante el cuestionamiento de las prácticas actuariales en el plano de su eficacia para la disminución de las tasas delictivas, Harcourt no limita su crítica a esa perspectiva. También se detiene en el análisis de los efectos del modelo actuarial en relación con los criterios de justicia del sistema penal.

Por una parte, el autor de Chicago enfatiza el hecho de que las prácticas actuariales contribuyen a consolidar la discriminación por razón de color de piel en el seno del sistema penal, consideración que resulta válida no sólo en EE.UU. No en vano, unas prácticas policiales de *profiling* étnico(13) que concentran los recursos en la vigilancia de ciertas minorías, partiendo de la convicción de su mayor implicación delictiva, generan efectos discriminatorios que se transmiten a través de las diversas fases e instancias del sistema punitivo, incluido el ámbito penitenciario (pp. 118 ss., 148 s.)(14). Por otra parte, esos datos de sobrerrepresentación de ciertas minorías en el sistema penal tienden a perpetuarse, reforzando no sólo la estigmatización del grupo objeto de control, sino también la convicción de la idoneidad del *profiling* étnico (p. 29, 154, 149, 162 s., 192)(15).

Esta circunstancia conduce al autor a formular, con acierto, la crítica fundamental que puede plantearse al actuarialismo penal desde una perspectiva axiológica: la aplicación de las tesis del riesgo ha ido colonizando las teorías del castigo, hasta el punto de alejarlas progresivamente de las consideraciones normativas de justicia. De este modo, los cálculos actuariales pierden de vista un postulado básico de no discriminación, a saber, toda persona ha de tener las mismas oportunidades de ser objeto de persecución penal, con independencia de sus condiciones de raza, etnicidad, género, clase u origen nacional (pp. 188, 214, 237). Por lo que se refiere a los fines normativos de la pena, los cálculos de riesgo facilitan la aceptación colectiva de la incapacitación selectiva de los infractores(16). Como ha puesto de referencia el autor en otra de sus publicaciones(17), todo ello constituye un efecto de la preeminencia en las tesis y prácticas actuariales de ciertas disciplinas de las ciencias humanas, o de los Estudios de policía, que carecen de criterios normativos útiles para guiar la aplicación de la legislación penal.

(12) *Vid.*, sobre ello, HARCOURT, 2007b: 96 ss.

(13) Un interesante trabajo del autor de Chicago sobre el *profiling* étnico puede verse en castellano en Harcourt, 2010: 161 ss.

(14) *Vid.* asimismo HARCOURT, 2007b: 89, 96 ss.

(15) Sobre ello, *vid.* asimismo HARRIS, 2006: 219; MONCLÚS MASÓ, 2008: 194, 494; SAINATI/SCHALCHLI, 2007: 13, 35; SANTORO, 2004: 137.

(16) *Cfr.* HARCOURT, 2007b: 99 ss.

(17) *Cfr.* HARCOURT, 2007b: 89.

No parece procedente concluir la reflexión sobre *Against Prediction* sin una referencia a sus últimas páginas, en las que el profesor de Chicago defiende las virtudes de la aleatoriedad en el sistema penal, idea que ha desarrollado de forma más extensa en otros trabajos (18). Las premisas de su punto de vista no pueden sino compartirse: el autor destaca que ni los modelos actuariales ni los diagnósticos clínicos han sabido dar respuestas a los retos de la política criminal (pp. 237 s.). Más aún, Harcourt entiende, en un análisis extremadamente sugerente que no duda en calificar –con acierto– de postmoderno, que el conjunto del pensamiento penal moderno se desarrolló alcanzando conclusiones que no pueden sustentarse en los parámetros metodológicos del racionalismo científico moderno (19).

La alternativa que el autor propone para superar esta situación es altamente provocadora: orientar el funcionamiento del sistema penal de acuerdo con criterios de aleatoriedad. Harcourt entiende, seguramente no sin razón, que éste es el único modo de que todos los infractores tengan las mismas probabilidades de ser objeto de persecución penal, y de lograr que la población carcelaria refleje la composición de la población de infractores (p. 238).

El desarrollo de este planteamiento no resulta, empero, tan llamativo como la apelación a la aleatoriedad. El autor propone efectivamente que la actividad policial se guíe por la aleatoriedad, lo cual, demostrado lo discutible de la eficacia de las técnicas de *profiling*, no tendría por qué suponer un perjuicio en términos funcionales y, en cambio, comportaría una clara ventaja desde una perspectiva de justicia. Frente a ello, en el ámbito judicial y de ejecución penal, Harcourt entiende que el recurso a la aleatoriedad debería suponer el abandono de consideraciones de peligrosidad, y la toma en consideración únicamente de cuestiones como la dañosidad del comportamiento delictivo (pp. 238 s.) (20).

También este último punto de vista merece ser compartido, seguramente incluso por lo que se refiere al ámbito penitenciario. No obstante, es evidente que el planteamiento del autor de Chicago, también en esta versión matizada, encierra algunos riesgos. No es seguro que el recurso a la aleatoriedad genere mejores efectos que la consideración de determinados criterios de justicia (como el autor parece admitir, al hacer referencia a la medida de la dañosidad del delito). Y aún lo es menos que todos los parámetros normativos conformados mediante la discusión penal y criminológica moderna hayan de ser abandonados. Por ello, seguramente la alternativa más adecuada consistiría, en primer lugar, y como hace con acierto el autor estadounidense, en negar el carácter supuestamente científico, en tanto que lógico-racional, del debate

(18) *Vid.*, en lengua castellana, HARCOURT, 2009: 335 ss.

(19) *Cfr.* HARCOURT, 2009: 337 ss.

(20) El autor desarrolla este punto de vista en HARCOURT, 2009: 350 s., y en dicho texto otorga un mayor campo de aplicación la aleatoriedad. Si bien mantiene la misma perspectiva en relación con la actividad policial, el autor considera que en el momento judicial –siempre dentro de marcos de penalidad ya determinados– e incluso en el de la producción legislativa se debería recurrir a métodos aleatorios de toma de decisiones ante las dudas de jueces o legisladores.

penal. Y, en segundo lugar, admitir, recuperando teorizaciones de filosofía de la ciencia ya clásicas, que este debate es inherentemente axiológico y –en tal medida– político. De este modo, el papel de una ciencia penal y criminológica crítica debe seguir siendo debatir políticamente sobre los criterios normativos de orientación del sistema y sobre sus efectos, sin negar el carácter ineludiblemente valorativo –por lo tanto, alejado de cualquier pretensión de verdad propia de las ciencias puras– de la discusión.

Sea como fuere, las ideas de la última parte del texto no dejan de ser, como se ha apuntado, muy sugerentes. Constituyen el digno colofón de un libro fundamental para pensar hoy la deriva neoliberal de la política penal, y en particular las tesis actuariales de riesgo. Para dar un adecuado complemento a esta contribución, el autor sólo necesitaba aproximarse al pensamiento de la Escuela de Chicago y al Análisis Económico del Derecho (AED), algo a lo que dedicó su siguiente libro.

3. Mercados libres y sistema penal. Genealogía de la Escuela de Chicago y del AED

En efecto, en los primeros días de 2011 salió publicado el nuevo libro de Bernard Harcourt. El texto, titulado *The Illusion of Free Markets. Punishment and the Myth of Natural Order*, ha gozado, en el breve plazo transcurrido desde su aparición, de una notable acogida(21).

Como se ha apuntado, en una primera aproximación al libro, no parece difícil hallar una cierta continuidad entre esta investigación y algunas de las principales preocupaciones de análisis del autor de Chicago, plasmadas en sus principales obras anteriores. En ellas, Harcourt analiza críticamente las bases teóricas de las principales orientaciones que han conducido a que en las cuatro últimas décadas EE.UU. haya experimentado una expansión del sistema penal sin parangón en ningún otro momento de su historia ni en ningún otro lugar del planeta(22).

Tras la publicación de *Against Prediction*, no puede extrañar que el nuevo libro de Harcourt se ocupe de otra de las principales orientaciones

(21) Prueba de ello son los comentarios publicados en una pluralidad de medios, entre otros *The Wall Street Journal* o *Les Echos*, o su presentación en varios países. En ese marco, Bernard Harcourt realizó en marzo de 2011 una gira, que los autores de este artículo tuvieron el gusto de contribuir a coordinar, de una decena de conferencias en universidades españolas y portuguesas de introducción al texto.

(22) Por decirlo en palabras del propio autor: «Lo que hemos presenciado a lo largo de nuestra vida es una de las expansiones más monumentales de la esfera penal que se haya producido a lo largo de la Historia» (HARCOURT, 2011a: 220). De acuerdo con los datos del *Bureau of Justice Statistics* del gobierno estadounidense, a 30/VI/2009 su sistema penitenciario encarcelaba a 2,297 millones de reclusos, lo que suponía una tasa de 751 por cada 100.000 habitantes. Estas cifras implicaban que a comienzos de 2009 el sistema penitenciario de EE.UU. recluía aproximadamente al 23% de los presos del planeta, mientras que su población representaba sólo el 4,5% del conjunto mundial.

político-criminales surgidas en la última etapa en el contexto estadounidense: la política criminal neoliberal y, más en concreto, el AED. Esta elección del objeto de estudio sorprende aún menos si se repara en que la posición del autor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago, centro en el que se ha originado, con base en las elaboraciones previas de Von Hayek, Friedman o Coase, el AED, y en el cual han sido profesores algunos de sus más renombrados impulsores, como Gary Becker, Richard Epstein o Richard Posner, a los que el autor dedica el libro.

Desde la privilegiada posición que supone el acceso directo a dichos autores –la huella de las conversaciones con ellos es fácilmente localizable en el texto– el autor se plantea indagar en qué medida los análisis del AED han contribuido a la descomunal expansión del sistema penal estadounidense. Dicho de otro modo, Harcourt estudia en el texto la relación entre el pensamiento neoliberal –del cual la *Escuela de Chicago* ha sido una de las principales impulsoras– y la disfunción punitiva presente. Para ello el autor indaga las aporías que encierra dicho pensamiento teórico, que permitan explicar algo que *prima facie* no puede entenderse sino como una contradicción: la simultánea defensa de la máxima abstención estatal en el ámbito económico y de un notable intervencionismo punitivo en el gobierno de lo social.

Para esta empresa de estudio, Harcourt desarrolla varias líneas analíticas, en las cuales no es difícil hallar ecos de la epistemología foucaultiana. En efecto, uno de los rasgos más acusados del libro es que su metodología de trabajo podría denominarse, recuperando un término frecuentemente empleado por el filósofo francés, como genealógica, en el sentido de que hace una suerte de historia del presente, en este caso del presente del pensamiento de la Escuela de Chicago y el AED, y del expansionismo penal estadounidense.

Para ello, y con el objetivo –como se ha apuntado– de descubrir las aporías teóricas, y de desvelar las consecuencias prácticas, de ese segmento del neoliberalismo penal, el autor emprende dos tareas investigadoras fundamentales.

En primer lugar, Harcourt investiga la genealogía del pensamiento de la Escuela de Chicago, y en particular de la idea del mercado libre como *orden natural* o, dicho desde una perspectiva más contemporánea, como criterio de máxima eficiencia en la asignación de recursos. Esta singladura analítica conduce al lector a través de los escritos de los fisiócratas franceses del siglo XVIII (en particular, Quesnay; pp. 27 ss., 77 ss., 93 ss.) y de Adam Smith (pp. 79 ss., 107 ss.). El recorrido atraviesa también el pensamiento, sobre las cuestiones penales –pero también económicas– de Cesare Beccaria (pp. 53 ss., 63 ss.) y Jeremy Bentham (pp. 103 ss., 110 ss.). Este conjunto de autores constituyen la referencia fundamental del utilitarismo penal que subyace a la aproximación del AED a las problemáticas del delito y de la pena, algo ya visible en los primeros textos de Becker. Ahora bien, el recorrido de estudio que emprende Harcourt permite constatar cómo se ha operado una apropiación selectiva de dichos autores por parte de la literatura del AED. De este

modo, invocando una axiología utilitarista se llega a la defensa del mercado libre junto con un intervencionismo penal tendencialmente ilimitado, algo de difícil justificación desde la perspectiva del utilitarismo.

La segunda gran tarea investigadora que emprende Harcourt en el libro consiste en desentrañar cuánto hay realmente de «libre», esto es, de exento del intervencionismo estatal, en el funcionamiento actual de los mercados. Para ello, el autor analiza de forma detenida la regulación y el funcionamiento de dos ejemplos icónicos de sendas etapas de la Historia económica, distantes en el tiempo, y –en principio– más bien antitéticas. Por una parte, la *police des grains* del París del siglo XVIII, no por azar identificada por el propio Foucault como expresión paradigmática de las técnicas disciplinarias de gobierno (23) o, dicho de otro modo, de un momento álgido de la intervención estatal en la vida económica (24). Por otra, el *Chicago Board of Trade*, uno de los mercados de derivados financieros de mayor relevancia global. La conclusión de estos análisis no puede ser más rotunda: ni la *police des grains* constituía verdaderamente una realidad socioeconómica tan colonizada por el intervencionismo institucional, ni cabe ver en absoluto al *Chicago Board of Trade* como escenario de expresión del funcionamiento de un mercado libre, toda vez que tanto dicha sede, como el conjunto de los mercados financieros, sustentan su operatividad en una miríada de normas reguladoras de su funcionamiento (pp. 25, 146, 152 ss., 241 s.). De este proceso de análisis, el autor deriva dos consecuencias de gran relevancia para el estudio de la relación entre neoliberalismo y expansionismo punitivo. En primer lugar, hablar de «mercado libre» como criterio de funcionamiento económico caracterizado fundamentalmente por el abstencionismo estatal es en gran medida una falacia. La invocación de dicho constructo retórico sirve, en cambio, para *naturalizar*, e intentar marginar del debate político, unos modos de regulación económica que conducen a una distribución de la riqueza con graves efectos en materia de desigualdad (pp. 32, 48, 191, 242). En segundo lugar, no es menos falaz fundamentar el neoliberalismo en una contracción del protagonismo del Estado en el gobierno de la vida colectiva: la etapa histórica neoliberal no ha generado tal proceso, sino una reubicación del papel de regulación estatal de la vida económica y un incremento formidable de su intervención en materia de control y de castigo (p. 207) (25).

El detenido análisis de los fundamentos y de la evolución del AED permite al autor resaltar, de forma muy oportuna, un extremo que en una aproximación a dicha escuela teórica no debería ser obviado; a saber, frente a la imagen hoy prevalente de la vertiente legal de la *Escuela de Chicago*, y a las

(23) Cfr. FOUCAULT, 2004a: 46, 351 s.

(24) En este punto, el autor desarrolla su labor investigadora de forma consonante con lo que era habitual también en Foucault: mediante el estudio de materiales de literatura gris, en este caso las actas de mediados del siglo XVIII de la cámara de policía de París-Châtelet, custodiadas en los *Archives Nationales* franceses.

(25) Vid. también en este sentido ANITUA, 2005: 484; BAUMAN, 2004: 156; ERICSON, 2007: 154; FOUCAULT, 2004b: 123 ss., 137 ss.; O'MALLEY, 2006: 75 s.; WACQUANT, 2004: 26 s., 61 ss., 169, 175; WESTERN, 2006: xi; ZEDNER, 2009: 52.

consecuencias de sus planteamientos, no cabe perder de vista que al menos sus primeras elaboraciones, debidas a Becker (26), presentaban un sesgo progresista (pp. 39 s., 133 s.) (27). No en vano, como destaca Harcourt, algunos de los planteamientos del AED surgen, en su momento de enunciación a fines de los años '60, como alternativa a los excesos clínicos de la ideología rehabilitadora, y a las ideas penales neoconservadoras que posteriormente se fueron afirmando. Esa valoración política-criminal debe ser aplicada, cuando menos, al empleo por parte del AED del criterio de la elección racional como determinante del comportamiento delictivo, lo que impide diferenciar entre sujetos criminales y no criminales, y a la consideración de que desde una perspectiva utilitarista lo que procede no es luchar contra el delito *in totum*, sino sólo concentrar la respuesta punitiva en relación con aquellos hechos cuya confrontación genere a la colectividad menores costes que soportar los efectos de tales ilícitos.

La primera de esas ideas no es completamente novedosa. Diversas orientaciones de pensamiento penal han negado –o han desatendido– la existencia de rasgos diferenciales entre los *sujetos criminales* y los *no criminales*; a modo de referencia puede pensarse en Beccaria o en las construcciones de la Escuela Clásica de Derecho penal. No obstante, el actual es un momento idóneo para retomar esta consideración, evitando de este modo los errores teóricos y los excesos prácticos de buena parte de la Criminología etiológica y de ciertos métodos de intervención de la ideología resocializadora, incluidos los aspectos más pobres del modelo progresivo de nuestros sistemas penitenciarios.

La segunda de las ideas anteriormente mencionadas, relativa a los límites del sistema penal sustentados en el utilitarismo, no puede ser más pertinente. Si la selectividad es una constante inveterada del funcionamiento del sistema penal, sólo cabe entender que en una etapa histórica en la que un ámbito punitivo en expansión se confronta con la preocupación colectiva por los límites del gasto público, esa selectividad experimenta una fase de intensificación. Precisamente por ello, es recomendable que, en un ejercicio de realismo, se asuma de forma colectiva que no es posible combatir el delito en su conjunto, lo que, por cierto, podría conducir indirectamente a un saludable proceso de descriminalización. Más aún, ante los evidentes límites materiales del expansionismo penal, y ante los riesgos de una selectividad creciente, es perentorio hallar criterios normativos que orienten la labor político-criminal. Uno de ellos, especialmente sugerente, es la idea utilitarista de costes y beneficios sociales que emplea el AED, como parámetro básico de razonamiento político-criminal (28).

(26) *Vid.*, a modo de referencia clásica, BECKER, 1968: 169 ss.

(27) Como recuerda Harcourt, estas consideraciones determinaron la admiración del propio Foucault por el trabajo de Becker (*vid.* FOUCAULT, 2004b: 255 s.).

(28) Esto no supone necesariamente acoger las evaluaciones de costes y beneficios sociales en materia delictiva que realiza la literatura hegemónica del AED, lecturas en las cuales se suele infravalorar los costes sociales derivados de la aplicación

Si el texto de Harcourt resulta especialmente feliz en el momento en que recuerda estos extremos, no lo es menos cuando se enfrenta al interrogante de por qué una orientación de pensamiento que contenía tales potencialidades acabó constituyendo el sustrato teórico del giro punitivista estadounidense. La respuesta es de gran lucidez: porque no fue consecuente con dichos planteamientos; dicho de forma más concreta, porque prefirió aceptar como una realidad dada la definición legal de los delitos, y no desarrolló su postulado de estudiar qué debe ser criminalizado (ya en el propio plano de creación legislativa) a partir de las consideraciones utilitaristas (pp. 135 ss.). Es posible que en este punto quepa ubicar una decepción mayor en relación con el AED, toda vez que, como se ha apuntado, hoy es más necesario que nunca recuperar criterios de utilidad y bienestar social frente a una hipertrofia del sistema penal inmune a otros límites. Es posible que el tiempo presente sea especialmente sensible a las epistemologías utilitaristas. Por ello, hablando en términos dogmáticos, si la expansión penal no ha podido ser evitada desde las consideraciones de proporcionalidad y de merecimiento de pena, es procedente concentrarse en el presente en la necesidad de pena. Y en ese ámbito las consideraciones utilitaristas del AED pueden ser una orientación oportuna para el desarrollo del análisis.

Después de recorrer la genealogía de la relación entre neoliberalismo, *Escuela de Chicago*-AED y sistema penal, Harcourt dedica los dos capítulos finales del libro a aproximarse a la situación presente del ámbito punitivo, con especial –pero no exclusiva– atención a EE.UU. Por una parte, el autor introduce de forma somera (en el capítulo 9) los preocupantes datos del expansionismo punitivo estadounidense, e indaga en qué medida el neoliberalismo ha constituido una condición básica de posibilidad de este fenómeno. En ese punto Harcourt establece un interesante paralelismo entre la situación de la etapa presente y la que se produjo en la fase de la Historia estadounidense conocida como *Market Revolution* (de 1820 a la guerra de secesión), no por azar un periodo en el que también convivieron una política económica que afirmó el abstencionismo estatal y la consolidación del sistema penitenciario (pp. 208 ss.).

En segundo lugar, el autor dedica el décimo y último capítulo a analizar la relevancia que ha podido tener en el nexo entre neoliberalismo y sistema penal la creación de un sector mercantil en el ámbito penitenciario, expresado fundamentalmente mediante el negocio de las prisiones privadas (pp. 235 ss.) (29). Junto a ello, este capítulo final aborda dos cuestiones que el autor entiende que, en principio, podrían poner en cuestión su tesis de la relación entre pensamiento neoliberal y crecimiento del sistema penal. Por una parte,

del sistema penal. Sobre ello, *vid.* LACEY, 2008: 186; TONRY, 2004: 191 ss.; WACQUANT, 2004: 186 s.; WESTERN, 2006: 128.

(29) En este punto, el autor no renuncia a insinuar (HARCOURT, 2011a: 202, 238) que la actual etapa de crisis económica puede imponer un freno al expansionismo penal estadounidense, como parecen evidenciar las últimas estadísticas disponibles, y como ya han apuntado otros autores (a modo de referencia, *vid.* FRAMPTON/LÓPEZ/SIMON, 2008).

se detiene en el hecho de que el desmesurado incremento de la población penitenciaria en EE.UU. ha sido en gran medida debido a la orientación político-criminal conocida como Guerra contra las drogas (*War on Drugs*), mientras que los autores de la *Escuela de Chicago* han preconizado en diversas ocasiones la descriminalización de ese mercado ilegal (pp. 231 ss.).

Sin restar un ápice de interés a esta cuestión, se intuye aún más relevante el otro interrogante que el autor aborda en este capítulo conclusivo, a saber: si en otros países se ha implementado una política económica neoliberal semejante a la estadounidense, ¿por qué no se ha producido una expansión penal como la conocida en el caso norteamericano? Harcourt afronta en este momento una cuestión básica del debate político-criminal y criminológico actual, pero que seguramente no le corresponde responder a él, sino en todo caso a penalistas de otras latitudes. Nuestras investigaciones son las que deben resolver la duda de si lo sucedido en EE.UU. en las últimas décadas es el inmediato porvenir de otros sistemas penales.

En la medida en que no le corresponde, Harcourt no responde detenidamente a esa pregunta, pero apunta dos consideraciones muy oportunas (pp. 225 ss.). En primer lugar, es cierto que otros sistemas penales –v.gr., los europeos– no han conocido una evolución comparable al estadounidense, pero no lo es menos que su pasado reciente es de claro expansionismo, lo que se manifiesta tanto en el crecimiento generalizado de las poblaciones penitenciarias cuanto en las reformas penales aprobadas, o en la progresiva normalización de nuevos dispositivos de control ciudadano. En segundo lugar, el autor destaca que en este proceso ha tenido influencia el neoliberalismo, pero también que su incidencia no es comparable al caso estadounidense, toda vez que las condiciones económicas, políticas, sociales y culturales en las que se afirma el neoliberalismo en Europa (antes de nada, la profundidad del *Estado del Bienestar*) son claramente disímiles en relación con el contexto estadounidense. Ambas consideraciones son de la máxima pertinencia para el caso español. En efecto, sin llegar a la magnitud del fenómeno norteamericano, también aquí se ha producido una formidable expansión del sistema penal, en la medida en que, a modo de referencia, la población penitenciaria española se ha multiplicado, en términos absolutos, por 3,5 en el curso de los últimos 25 años (30). Es precisamente ésta la etapa histórica en la que se produce una transformación de gran profundidad del sistema económico español, en la que la reconversión industrial y la notabilísima financiarización del régimen de acumulación han conducido a la consolidación de importantes segmentos de población en riesgo de exclusión social, clientela prioritaria del sistema penal. El heroínómano en los años 80 y comienzos de los 90, y el

(30) De acuerdo con los datos del Instituto Nacional de Estadística y de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, a 31/XII/1985 había en las prisiones españolas 22.802 reclusos, lo que suponía una tasa de 59,2 por cada 100.000 habitantes. A 31/XII/2010 el sistema penitenciario español recluía, tras el primer descenso en una década, a 74.510 personas o, dicho en términos relativos, 158 reclusos por cada 100.000 habitantes.

migrante irregular en la pasada década, son los sujetos sociales icono de esa evolución histórica.

The Illusion of Free Markets concluye con una frase de gran potencia semiótica: «No será posible quebrar el dominio de un sistema penitenciario excesivamente punitivo si no nos liberamos antes del lenguaje de los mercados “libres”» (p. 242). En efecto, el texto logra mostrar la responsabilidad del pensamiento y las prácticas neoliberales en la normalización de los excesos estatales en materia de castigo (pp. 40 ss., 196 ss.). No obstante, no es posible ver en ello una explicación unidimensional ni omnicomprendiva; es más que probable que Harcourt no lo pretende. En efecto, a la hora de escribir la Historia de esta singular etapa de evolución de los sistemas penales (de EE.UU., pero también de otros países occidentales), no cabe sino ver que las políticas neoliberales en materia punitiva no ocupan sino una parte del argumento. Como ha apuntado entre otros Garland (31), junto a ellas –y, frecuentemente en tensión con ellas– han contribuido al momento presente orientaciones político-criminales neoconservadoras. Tendencias que, como si de una recuperación de las clásicas ideas durkheimianas se tratase (32), han pretendido la recuperación de la cohesión social y de la legitimidad institucional, han construido nuevos enemigos colectivos, y han perseguido mediante el castigo la recuperación de ciertas orientaciones morales, todo ello en una etapa de profundas transformaciones e incertidumbres. Esta fase de políticas penales neoconservadoras, que –como recuerda de forma sugerente MELOSSI (33)– reaparece de forma periódica a la largo de la Historia, es fácilmente perceptible tanto en EE.UU. (véase, v. gr., la presidencia de Reagan (34)) como –con los correspondientes matices– en diferentes países europeos. Y es evidente que la influencia política, pero también social y cultural, del neoconservadurismo ha contribuido sobremanera al (des)orden penal presente.

De esa segunda parte de la historia ya se han ocupado con cierto detenimiento Wacquant, Simon o Garland (35), por citar autores que el propio Harcourt menciona. No era éste el objeto de estudio del libro del profesor de Chicago. No obstante, ello no pone en absoluto en cuestión la trascendencia analítica del texto. Del mismo modo que ya no es posible hablar de actuarialismo punitivo sin tener en cuenta *Against Prediction*, en adelante no cabe analizar la influencia del AED o del pensamiento neoliberal sobre el sistema penal sin remitirse a la extraordinaria contribución de *The Illusion of Free Markets*.

(31) Cfr. GARLAND, 2005: 59, 228 ss., 300 s., 310 ss. Vid., asimismo, MELOSSI, 2002: 220, 223, 227 s.; O'MALLEY, 2006: 154 ss., 185 s., 193 ss., 225 s., 249 s.; 2010: 32.

(32) Vid., a modo de referencia, DURKHEIM, 1981: 64 ss.

(33) Cfr. MELOSSI, 2006: 115 s.

(34) Harcourt se refiere también a estas cuestiones de la evolución política estadounidense en las pp. 203 ss. de su libro.

(35) Vid. GARLAND, 2005; SIMON, 2007; WACQUANT, 2004.

4. Bibliografía citada

- ANITUA, G.I. (2005), *Historias de los pensamientos criminológicos*, Del Puerto, Buenos Aires.
- BAUMAN, Z. (2004), *La Globalización*, 2.^a ed., FCE, México.
- BECKER, G. (1968), «Crime and Punishment: an Economic Approach», en *The Journal of Political Economy*, núm. 76, pp. 169-217.
- BECKETT, K. (1997), *Making Crime Pay: Law and Order in Contemporary American Politics*, Oxford Univ. Press, New York.
- DURKHEIM, E. (1981), *Les règles de la méthode sociologique*, 20.^a ed., Quadrige/PUF, Paris.
- ERICSON, R. (2007), *Crime in an Insecure World*, Polity, Cambridge.
- FEELEY, M./SIMON, J. (1992), «The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Correction and its Implications», en *Criminology*, núm. 4/1992, pp. 449-474.
- FEELEY, M./SIMON, J. (1994), «Actuarial Justice: The Emerging New Criminal Law», en NELKEN, D.(ed.), *The Futures of Criminology*, Sage, London, pp. 173-201.
- FLOUD, J./YOUNG, W. (1981), *Dangerousness and Criminal Justice*, Heinemann, London.
- FLOUD, J. (1982), «Dangerousness and Criminal Justice», en *British Journal of Criminology*, 1982/3, pp. 213-228.
- FOUCAULT, M. (2004a), *Sécurité, Territoire, Population*, Seuil/Gallimard, Paris.
- (2004b), *Naissance de la biopolitique*, Seuil/Gallimard, Paris.
- FRAMPTON, M.L./LÓPEZ, I.H./SIMON, J.(eds.) (2008), *After the War on Crime*, New York University Press, New York.
- GARLAND, D. (2005), *La cultura del control*, Gedisa, Barcelona.
- DE GIORGI, A. (2000), *Zero Tolleranza*, DeriveApprodi, Roma.
- (2002), *Il governo dell'eccedenza. Postfordismo e controllo della moltitudine*, Ombre corte, Verona.
- GREENWOOD, P.W. (1982), *Selective Incapacitation*, Rand Corp., Santa Monica.
- HARCOURT, B.E. (2001), *Illusion of Order. The False Promise of Broken-Windows Policing*, Harvard Univ. Press, Cambridge.
- (2003), *Guns, Crime, and Punishment in America*, New York Univ. Press, New York.
- (2005), *Language of the Gun. Youth, Crime, and Public Policy*, Univ. of Chicago Press, Chicago.
- (2007a), *Against Prediction*, Univ. of Chicago Press, Chicago.
- (2007b), «Sulla svolta attuariale in criminologia», en *Conflitti Globali*, núm. 5, pp. 87-102.
- (2009), «Meditaciones postmodernas sobre el castigo: acerca de los límites de la razón y de las virtudes de la aleatoriedad (Una polémica y un manifiesto para el siglo XXI)», en *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 13, pp. 335-361.
- (2010), «El camino hacia el *profiling* racial está pavimentado con migrantes», en PALIDDA, S./BRANDARIZ GARCÍA, J.A.(dirs.)/IGLESIAS SKULJ, A./

- RAMOS VÁZQUEZ, J.A. (coords.), *Criminalización racista de los migrantes en Europa*, Comares, Granada, pp. 161-187.
- (2011a), *The Illusion of Free Markets. Punishment and the Myth of Natural Order*, Harvard Univ. Press, Cambridge.
- (2011b), «Surveiller et punir à l'âge actuariel. Généalogie et critique», en *Déviance et société*, vol. 35, núm. 1, pp. 5-33.
- HARRIS, D.A. (2006), «U.S. experiences with racial and ethnic profiling: history, current issues, and the future», en *Critical Criminology*, núm. 14, pp. 213-239.
- LACEY, N. (2008), *The prisoner's dilemma: Political economy and punishment in contemporary democracies*, Cambridge Univ. Press, Cambridge.
- MELOSSI, D. (2002), *Stato, controllo sociale, devianza*, Bruno Mondadori, Milano.
- (2006), «Teoría social y cambios en las representaciones del delito», en SOZZO, M. (coord.), *Reconstruyendo las criminologías críticas*, Ad-hoc, Buenos Aires, pp. 115-156.
- MONCLÚS MASÓ, M. (2008), *La gestión penal de la inmigración*, Del Puerto, Buenos Aires.
- MUCCHIELLI, L. (2008), «Faire du chiffre: le nouveau management de la sécurité», en MUCCHIELLI, L. (dir.), *La frénésie sécuritaire*, La Découverte, Paris, pp. 99-112.
- O'MALLEY, P. (2006), *Riesgo, neoliberalismo y justicia penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires.
- (2010), *Crime and Risk*, Sage, London.
- RE, L. (2006), *Carcere e globalizzazione. Il boom penitenziario negli Stati Uniti e in Europa*, Laterza, Bari.
- SAINATI, G./SCHALCHLI, U. (2007), *La décadence sécuritaire*, La Fabrique, Paris.
- SANTORO, E. (2004), *Carcere e società liberale*, 2.^a ed., Giappichelli, Torino.
- SIMON, J. (2007), *Governing through Crime*, Oxford Univ. Press, New York.
- TONRY, M. (2004), *Thinking about Crime*, Oxford Univ. Press, New York.
- WACQUANT, L. (2004), *Punir les pauvres*, Agone, Marseille.
- WESTERN, B. (2006), *Punishment and Inequality in America*, Russell Sage Foundation, New York.
- ZEDNER, L. (2009), *Security*, Routledge, London.

JOSÉ ÁNGEL BRANDARIZ GARCÍA
 AGUSTINA IGLESIAS SKULJ
 Universidad de A Coruña

DOLZ-LAGO, Manuel-Jesús (Director)/FIGUEROA NAVARRO, Carmen (Coordinadora): *La prueba pericial científica*. Edisofer. Madrid, 2012, 437 pp.

I

El Instituto Universitario de Investigación en Ciencias Policiales (a partir de ahora IUICP) de la Universidad de Alcalá ha patrocinado este excelente libro, enmarcado en uno de sus valiosos proyectos de investigación, razón de ser fundamental, entre otros cometidos científicos, de su labor académica. Número 2 de la Colección de Ciencias Jurídicas y Forenses de la Editorial, el texto es una aportación colectiva, verdaderamente única en nuestro panorama bibliográfico. Varios profesores y destacados técnicos y especialistas policiales firman el amplio texto que aborda prácticamente todos los variados aspectos de la materia, presentando una indagación rotunda y exhaustiva al respecto.

La obra consta de dos grandes partes, además de una introducción, unas conclusiones y, lógicamente, una bibliografía final, y aunque todos los epígrafes se enumeran correlativamente en ordinales romanos (del I al V), en esencia, como he dicho, dos son los apartados esenciales de la misma (el II y el III) que compendian todo el trabajo llevado a cabo, siendo el primero de estos el estudio de los aspectos jurídicos de la prueba penal (pp. 35 ss.) y el segundo, los científicos sobre las pericias en los laboratorios oficiales (pp. 195 ss.), a cada cual más relevante.

La presente monografía ha recibido cuatro determinantes impulsos. El primero el del propio IUICP, con su admirable Directora, la profesora de Antropología, Virginia Galera Olmo, a la cabeza; el segundo, el que aportan a la específica materia su competente director literario, el Fiscal Dolz-Lago y su inteligente coordinadora, mi querida discípula y eficaz Secretaria Técnica del mencionado Instituto, la profesora Figueroa Navarro, Titular de Derecho penal de la Universidad de Alcalá y, en la práctica, los proporcionados por la Comisaría General de Policía Científica del Cuerpo Nacional de Policía, el Servicio de Criminalística de la Guardia Civil; por fin, el cuarto sustento lo prestó el Instituto Nacional de Toxicología y cuantos han sido citados, siempre en la figura de sus máximos responsables en el momento de la realización del proyecto investigador y de la confección del libro. Todas las instituciones mencionadas y sus miembros concretos, que figuran como coautores del texto, hicieron posible, con absoluta entrega y dedicación, la perfección del actual libro.

II

La Introducción realmente presenta, y de esta manera la anticipa con claridad, la investigación llevada a cabo, su metodología, sus objetivos y el listado de los investigadores que la integraron, con su respectiva titulación, fundamental en este caso para poder valorar en su justa medida el elevado valor de la misma.

La parte jurídica no tiene parangón. Está confeccionada por un destacado miembro de nuestra fiscalía y dos relevantes profesoras. Manuel Dolz-Lago, destinado en la Sala Segunda del Tribunal Supremo y publicista reconocido, firma la temática más extensa (pp. 35 ss.). Mis queridas discípulas, Silvia Valmaña, profesora Titular de Derecho penal de la Universidad de Castilla-La Mancha y la ya citada Carmen Figueroa, se han ocupado, respectivamente, del siempre importante asunto del derecho comparado (pp. 165 ss.) y del esclarecedor análisis jurisprudencial (pp. 184 ss.), temas ambos también perfectamente elaborados. Este gran apartado global lleva el peso de la obra en lo que se refiere a la presencia doctrinal y judicial en la compleja problemática. Plagada de citas y notas a pié de página, con un recorrido completo, tanto lo elaborado acerca de la historia (pp. 37 ss.), así como la teoría general sobre la prueba penal (pp. 91 ss.), cuanto lo referido al valor probatorio de las diversas pericias oficiales en sede institucional o policial (pp. 95 ss.), se nos muestra como el trabajo académico más moderno y actualizado al respecto, útil por demás para peritos, Tribunales y restantes operadores jurídicos. Los ya citados estudios de legislación comparada y de sentencias de distintas instancias, completan el panorama con una solvencia que solo pueden ofrecerlos, a día de hoy, sus correspondientes responsables, firmantes de los textos.

La segunda parte también tiene extrema originalidad. Es la referida a las pericias llevadas a cabo, con rigor y objetividad, en los laboratorios oficiales, características éstas que han de impregnar cualquier informe policial, pues la precisa y verídica información a los jueces y a las partes no puede –o no debe– estar condicionada por subjetivismo alguno. A su vez, este apartado se subdivide en epígrafes que se relacionan con las respectivas tareas desenvueltas en la Comisaría de Policía Científica (pp. 197 ss.), en el Servicio de Criminalística de la Guardia Civil (pp. 269 ss.) y en el Instituto de Toxicología del Ministerio de Justicia (pp. 325 ss.) El desarrollo de la competencia de cada centro directivo y la labor especializada de sus concretos servicios en cada una de las pruebas obtenidas o aportadas con posterioridad, con las debidas garantías, respetando la cadena de custodia –serio nuevo proyecto investigador que se anuncia y está dirigido por la mencionada profesora Carmen Figueroa– es el magnífico contenido de este apartado, también extensamente expuesto, que alcanza a temas tales como el ADN y la biología, la balística, los documentos, la lofoscopia, la acústica, la antropología, etc., o sea la totalidad de las ciencias forenses que pueden verse comprometidas en la técnica probatoria. Y si la primera parte de esta excepcional obra era un recorrido teórico –con soporte legal y jurisprudencial, así como de doctrina, verdaderamente único– por la teoría de la prueba penal, esta segunda es la revelación compendiada, posiblemente por vez primera, de las investigaciones ocasionadas en los laboratorios oficiales acerca del correcto análisis y presentación de aquélla.

Las conclusiones reflexionan sobre el futuro procesal de las pruebas, recogiendo propuestas de reforma legislativas tan interesantes como las relativas a la consideración de las pruebas periciales oficiales como documentales, sin necesidad de ratificación en el juicio oral, salvo impugnación fundada

(pp. 417 y 418), o las que se ocupan de la extensión de la videoconferencia para la comparecencia de los peritos ante la Sala, criterio por donde se orientan las futuras previsiones legislativas. Un completo aparato bibliográfico completa el libro (pp. 421 ss.), sin duda el de mayor relieve publicado en nuestro país sobre la prueba científica, pues su talante multidisciplinar le convierte en una enciclopedia de conocimientos, en un auténtico manual de criminalística.

CARLOS GARCÍA VALDÉS
Catedrático de Derecho penal UAH

SANZ DELGADO, Enrique: *Introducción a la técnica de resolución de casos prácticos de Derecho Penal*. Edisofer. Madrid, 2012, 266 pp.

I

El profesor contratado doctor, reciente y merecidamente acreditado como Titular de Derecho penal de la UAH, mi discípulo Enrique Sanz Delgado, acaba de dar a la imprenta su cuarto libro referido esta vez a la resolución de casos prácticos de la asignatura, texto que se antoja especialmente útil para el alumnado de nuestras Facultades de Derecho y no solo para ellos, pues su valía puede extenderse a los distintos profesionales jurídicos.

Enrique Sanz es un trabajador incansable desde que un día, ya relativamente lejano, entró en mi despacho y me eligió como su maestro. Muy destacado penitenciarista, si no el mejor de los modernos, de lo que ha ido dejando reiterada huella en el panorama bibliográfico español con libros y artículos determinantes, el presente texto le aproxima definitivamente al derecho sustantivo, pues ya había publicado, en forma de artículos, trabajos de este estilo, y le muestra como un gran conocedor de su dogmática, expuesta con especial cercanía, corrección y claridad.

No son muy habituales las obras sobre prácticas penales, pues pareciera que se postulaban como investigaciones menores, como trabajos de pequeño nivel, lo cual es radicalmente incierto cuando se acometen con seriedad y esclarecedor método de aproximación a las mismas. Por eso, si bien es verdad que existen en nuestra ciencia meritorias aportaciones al respecto, citadas de manera indicativa en su lugar correspondiente por el autor, también lo es que no había, por lo que alcanzo a ver, una monografía explicativa de la manera de adentrarse en el análisis de aquéllas y en la forma de abordar su precisa presentación. Y una vez que esta materia se elige como materia de estudio había que hacerlo muy bien, llana e intensamente, que es precisamente lo que se ha hecho ahora por Sanz Delgado.

Los habituales libros de casos prácticos tienen por lo general una técnica más o menos similar. Tratan de una recopilación bien seleccionada y meritoria de los supuestos, en la inmensa mayoría de las ocasiones, reales que condicionan su solución jurídica. Yo mismo he afrontado, en ocasión no muy lejana, esta metodología complementaria de las reflexiones científicas y, asi-

mismo, otros valiosos colegas han actuado con semejante criterio donde, además de ofrecer en sus trabajos los hechos probados de las sentencias, se explayan en desentrañar sus componentes legales. Ahora bien, aquí finalizaba la investigación. Lo verdaderamente nuevo del libro de Enrique Sanz es el pormenorizado y extenso comentario que introduce previamente, excelente cirineo que conduce a desentrañar, paso a paso, ordenadamente, a tenor de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (a partir de ahora LECrim), las instituciones penales. Este es principalmente su elevado valor.

II

En efecto, la obra consta de dos partes tajantemente separadas. La primera responde a la trascendental pregunta «¿cómo se resuelve un caso práctico?» (pp. 13 ss.) que, a su vez, se subdivide en otras dos de proporción muy distinta, ocupándose de lo que denomina el autor el «esquema de resolución», que llena la parte del león de este amplio apartado, y de los «ejemplos» que complementan la exhaustiva explicación. La segunda (pp. 153 ss.) es una selección actualizada de tales casos, sistematizada por delitos, según una de las clasificaciones que se adoptan convencionalmente, según el plan Bolonia, en los nuevos y actualizados manuales de cátedra de la disciplina (Derecho penal II) y, en concreto, en la Universidad a la que el autor pertenece y, con su labor docente e investigadora, prestigia.

El extenso apartado primero constituye, ya lo he dicho, el material más meritorio y original de la obra del profesor Sanz Delgado. Siguiendo el inicial esquema del artículo 650 LECrim el desarrollo del mismo es un repaso a la teoría del delito, es decir, al contenido tradicional de la denominada Parte General del Derecho penal y a la calificación delictiva de los antecedentes de hecho, esencia de la Parte Especial, pues para ambas el libro sirve y no únicamente para estudiosos obligados de la temática, los futuros graduados, sino para cualquier operador jurídico que pretenda mantener o renovar sus conocimientos. Tal es la información dogmática y especialmente jurisprudencial que se ofrece, plenamente puesta al día, elaborada con extremo rigor y claridad pero sin cansar, sin olvidar la esencia práctica de lo que se presenta.

Y si el escrito de calificación adjetiva legalmente tiene sus correspondientes apartados ordenados correlativamente, hasta en número de seis, la presente monografía también es tributaria de tal sistemática, situando cada institución en los correspondientes numerales. De esta manera, se comienza por la tipificación delictiva (pp. 17 ss.), incluyéndose la problemática del concurso de leyes y el *iter criminis*. La autoría y la participación criminal vienen, lógicamente, después (pp. 36 ss.); para continuar luego con la exhaustiva exposición del amplio catálogo de las circunstancias modificativas de la responsabilidad (pp. 47 ss.), estudio detallado que abarca las eximentes, las atenuantes, las agravantes y la mixta de parentesco, así como el importante tema de la comunicabilidad entre las mismas. Esta materia se encuentra expuesta de forma profunda. Igual que en toda la obra, se acompaña de notas a pie de página, que sustentan lo mantenido en el cuerpo de la escritura, y de una colección determinante de sentencias procedentes de diversos órganos

jurisdiccionales, fundamentalmente, como dice Enrique Sanz Delgado en sus palabras introductorias (p. 10), del Tribunal Supremo, con sus exactas referencias de número y fecha que otorgan solidez a lo escrito y conceden facilidad de comprensión a cuanto se ha mantenido en el texto principal.

La pena aplicable a los hechos descritos, tenido ya como delitos, y la responsabilidad civil subsidiaria (pp. 120 ss.) se analizan después, tanto en lo referente a las reglas aplicativas de las sanciones, aquella «parte aritmética» del Código, como decía el gran Pacheco, cuanto a las medidas de seguridad o sustitutivos penales, con idéntico valor instructivo y definitiva validez.

Esta primera parte concluye con dos ejemplos ilustrativos (pp. 139 ss.), como todos los recogidos en el libro, reales y con la completa mención para su búsqueda, que enseñan las distintas ópticas con que un supuesto puede afrontarse, es decir la visión de la fiscalía, la acusación particular y la defensa respecto del mismo, todos difiriendo de criterio, siempre defendible, cuando es razonado, acorde a los intereses legales o del propio cliente, dignos la totalidad de ellos de ser tenidos en cuenta.

III

Como ya he anticipado, la parte segunda de la obra del profesor Sanz Delgado compila, además de los referenciados como ejemplos, entremezclados en el texto de la parte previa citada, una abundante y selectiva serie de casos relativos a concretos delitos. Aquí la clasificación que se lleva a cabo es una selección del libro II del vigente Código penal, con la que yo expresamente me muestro de acuerdo, no en balde la misma es la que se presenta en las «Lecciones de Derecho penal. Parte Especial» (Edisofer, 2011) de García Valdés/Mestre Delgado/Figueroa Navarro, adaptadas, escueta pero suficientemente, por imperativo del tiempo lectivo, al plan de estudios de Bolonia.

En número total de 135, la reproducción se centra en cinco grandes grupos: delitos contra la vida y la integridad (pp. 155 ss.), contra la libertad y otros derechos fundamentales (pp. 183 ss.), patrimoniales y societarios (pp. 209 ss.), contra la sociedad (pp. 245 ss.) y contra el orden público, o sea, terrorismo (pp. 257 ss.). Dentro de los genéricos hechos criminales mencionados, es fácil advertir la cantidad apreciable de conductas delictivas concretas que se traen a colación, enmarcadas en las anteriores titulaciones globales y que vienen, más o menos, a responder a la clasificación contenida en el texto punitivo. Todas las sentencias están perfectamente identificadas y son de una modernidad necesaria. La actualidad de las mismas es elemento básico para el conocimiento del sentir jurisprudencial del momento, con sus razonables y meditadas variables, y ello, desde luego, se ha logrado plenamente en la elección acometida por el profesor de Alcalá.

Una «bibliografía sugerida», como modestamente indica el autor (p. 265), cierra el presente libro que, como puede comprobarse y es obvio contemplar al detenerse en los escuetos títulos mencionados, viene a ocupar, salvo contadas excepciones, una lamentable y reiterada laguna –la de buenos textos sobre casos prácticos– en nuestra literatura científica, ahora plenamente subsanada.

Pero esto, es decir, el tratar de profundizar en lo a veces no muy tenido en cuenta e incluso ignorado por los demás, es habitual en la investigación monográfica de Enrique Sanz Delgado. Lo hizo con las prisiones privadas, cuando nadie, hablando en serio, sabía lo que eran en el panorama penitenciario; lo continuó efectuando al tratar magistralmente de la historia carcelaria, como ninguno lo hizo antes y, también, de la misma manera, del panorama que presentan los beneficios penitenciarios; lo va a culminar, de momento, al publicar, en breve, su estudio acerca de las Instituciones comparadas del ramo, españolas y latinoamericanas, próximo libro en el que está trabajando y que, estoy convencido, no tendrá parangón con cuanto se ha escrito hasta la fecha.

CARLOS GARCÍA VALDÉS
Catedrático de Derecho penal UAH

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, 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.